

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- La prueba en el proceso penal: el documento electrónico. *Raquel Castillejo Manzanares* 11
- El elemento personal en la determinación de la competencia del juzgado de violencia sobre la mujer. Especial consideración al menor como víctima incluida en la Ley Orgánica 1/2004 de violencia de género. *Arantza Libano Beristain* 45
- El delito de realización arbitraria del propio derecho. *Antonio Gili Pascual* 59
- La interpretación jurisprudencial de la “conexidad” en el concurso real de delitos (art. 76.2 del CP). El sentido de la pena y la ley penitenciaria como criterio de apreciación. *Javier Nistal Burón* 103

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- Los límites de la acusación popular. *Carmen Samanes Ara* 129

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 143
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 151
- **Sentencia 175/2009 (Pleno), de 16 de julio:** Citación defectuosa a juicio de faltas. Condena en ausencia 151

	<u>Página</u>
— Sentencia 177/2009 (Pleno), de 21 de julio: Violencia de género	153
— Sentencia 184/2009 (Pleno), de 7 de septiembre: Vulneración del derecho de defensa. Condena en apelación	156
— Sentencia 191/2009 (Pleno), de 28 de septiembre: Euroorden	159
— Sentencia 195/2009 (Pleno), 28 de septiembre: Prescripción .	162
— Sentencia 199/2009 (Pleno), de 28 de septiembre: Euroorden y condena en rebeldía	168
TRIBUNAL SUPREMO	181
— Acuerdo de 27 de octubre de 2009	181
— Sentencia 556/2009, de 16 de marzo: Estafa	181
— Sentencia 541/2009, de 27 de abril: Falsedades atípicas por inocuas	182
— Sentencia 494/2009, de 7 de mayo: Principio acusatorio. Concurso medial	184
— Sentencia 543/2009, de 12 de mayo: Asesinato con dolo eventual. Desistimiento voluntario	186
— Sentencia 547/2009, de 19 de mayo: Error de prohibición en abuso sexual	191
— Sentencia 630/2009, de 19 de mayo: Estafa. Letras de cambio	193
— Sentencia 674/2009, de 20 de mayo: Pornografía infantil	196
— Sentencia 653/2009, de 25 de mayo: Violencia doméstica habitual	198
— Sentencia 611/2009, de 29 de mayo: Regularización en el delito fiscal	199
— Sentencia 663/2009, de 30 de mayo: Manipulación de tarjetas de cajero automático	201
— Sentencia 669/2009, de 1 de junio: Usurpación de estado civil y estafa	208
— Sentencia 616/2009, de 2 de junio: Alzamiento de bienes . . .	210
— Sentencia 592/2009, de 5 de junio: Conformidad	212
— Sentencia 691/2009, de 5 de junio: Intervención de ordenador de trabajo y CD. Vólcado de datos	214

	<u>Página</u>
— Sentencia 654/2009, de 8 de junio: Violencia doméstica	217
— Sentencia 683/2009, de 15 de junio: Detenciones ilegales . . .	221
— Sentencia 661/2009, de 18 de junio: Cuestión de competencia. Procedimiento abreviado	222
— Sentencia 725/2009, de 24 de junio: Validez probatoria. Nulidad	224
— Sentencia 728/2009, de 26 de junio: Competencia del Tribunal del Jurado. Conexidad	226
— Sentencia 817/2009, de 29 de junio: Realización arbitraria del propio derecho y extorsión	230
— Sentencia 740/2009, de 30 de junio: Inmigración clandestina .	232
— Sentencia 813/2009, de 7 de julio: Coautoría	233
— Sentencia 867/2009, de 8 de julio: Falta de motivación del vere- dicto	235
— Sentencia 754/2009, de 13 de julio: Sentencia de conformidad	238
— Sentencia 755/2009, de 13 de julio: Quebrantamiento de la pena de alejamiento. Amenazas	241
— Sentencia 796/2009, de 15 de julio: Tráfico de drogas	242
— Sentencia 819/2009, de 15 de julio: Estafa. Doble venta	245
— Sentencia 767/2009, de 16 de julio: Tráfico de drogas. Complici- dad	249
— Sentencia 768/2009, de 16 de julio: Apropiación indebida. Res- ponsabilidad civil subsidiaria. Suspensión del juicio oral	251
— Sentencia 825/2009, de 16 de julio: Falsedad documental impru- dente. Intervención del <i>extraneus</i> en un delito especial	261
— Sentencia 830/2009, de 16 de julio: Sobreseimiento libre en dili- gencias previas. Inadecuación del procedimiento. Competencia ob- jetiva	272
— Sentencia 900/2009, de 23 de septiembre: Estafa por omisión	276
— Sentencia 901/2009, de 24 de septiembre: Responsabilidad perso- nal subsidiaria por impago de multa	279
— Sentencia 910/2009, de 25 de septiembre: Torturas no finalistas	283
— Sentencia 941/2009, de 29 de septiembre: Exacciones ilegales, prevaricación e infidelidad en la custodia de documento	285

	Página
AUDIENCIAS PROVINCIALES	295
— Sentencia 91/2009, de 4 de mayo (AP Logroño): Quebrantamiento de condena: no procede respecto de medidas impuestas al menor	295
— Sentencia 40/2009, de 21 de mayo (AP Huelva): Órgano competente para controlar el cumplimiento de medidas de seguridad no privativas de libertad	297
— Sentencia 27/2009, de 28 de mayo (AP Soria): Realización arbitraria del propio derecho: necesidad de que preexista un crédito previo	299
— Sentencia 310/2009, de 3 de junio (AP Alicante): Asesinato: participación consistente en ocultar el cadáver en el maletero de un coche y arrojarlo a un barranco	301
— Sentencia 64/2009, de 4 de junio (AP Las Palmas): Intrusismo: extensión a profesiones cuyo ejercicio no requiere titulación académica. Gestión	302
— Sentencia 179/2009, de 10 de junio (AP Álava): Órgano judicial competente por determinar la responsabilidad civil de los menores por hechos delictivos	305
— Sentencia 65/2009, de 15 de junio (AP Madrid): Omisión del deber de perseguir delitos: no se trata de perseguir materialmente, sino de promover la persecución	307
— Sentencia 92/2009, de 18 de junio (AP Salamanca): Delito contra la propiedad industrial: necesidad de registro de la marca	309
— Sentencia 148/2009, de 26 de junio (AP Logroño): Copia ilícita de películas: tratamiento del ánimo de lucro; principio de intervención mínima	311
— Sentencia 309/2009, de 2 de julio (AP Tarragona): Delitos contra la fauna: caza con barraca con liga y reclamo eléctrico	313
— Sentencia 594/2009, de 6 de julio (AP Barcelona): Quebrantamiento de depósito judicial: malversación impropia. Diligencia debida al depositario	314
— Sentencia 101/2009, de 20 de julio (AP Madrid): Abusos sexuales: comisión por omisión: madre que no los impide	316
— Sentencia 61/2009, de 30 de julio (AP Mallorca): Corrupción de menores: la actividad debe ser de tercería	318
— Sentencia 20/2009, de 31 de julio (AP Cáceres): Derecho al juez predeterminado por la ley: resolución acordando registro domiciliario	320

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- Circular 3/2009, sobre protección de los menores víctimas y testigos 325

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Crónica Legislativa 335

BIBLIOGRAFÍA

- Derecho Penal 343
— Derecho Procesal Penal 345

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL: EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES

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

RESUMEN

La lucha contra la delincuencia cibernética implica un esfuerzo desde el ordenamiento jurídico, su adecuación a las nuevas formas de comisión de hechos delictivos, para ello el derecho procesal penal ha de tenerlas en cuenta en su investigación, prueba y persecución.

Entre otras cuestiones, se hace precisa la regulación del documento electrónico a los efectos de servir de prueba en el proceso penal, pues mientras la LEC prevé los nuevos soportes como fuente de prueba, la LECr los obvia, provocando serios problemas en lo relativo a su acceso al proceso, tanto en el juicio oral, como habiendo sido el resultado de una diligencia de investigación limitativa de derechos fundamentales.

Palabras clave: *Prueba, documento, documento electrónico, firma digital, diligencia de investigación.*

ABSTRACT

The fight against the cybernetic delinquency implies an effort from the juridical system, its adequacy to the new forms to commit criminal facts, for that reason the penal procedural law has to bear them in mind in its investigation research, proof and pursuit.

Among other questions, there becomes necessary the regulation of the electronic document to the effects of be used as evidence in the penal trial, so while the LEC envisages the new supports as source of evidence, the LECr obviates them, provoking serious problems in the access to the trial, so much in the oral proceeding as that restrict the result of a diligence of investigation fundamental rights.

Key words: *Evidence; document; electronic document; digital signature; diligence of investigation.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONCEPTO DE DOCUMENTO.
 1. El documento en el Código Penal.
 2. El documento electrónico como fuente de prueba.
- III. LA FIRMA DIGITAL. LA VALIDEZ JURÍDICA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO.
- IV. DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y PROCESO PENAL.
- V. INTRODUCCIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN EL JUICIO ORAL.
 1. **Introducción del documento electrónico como resultado de una diligencia de investigación.**
 - A) *La falta de regulación legal.*
 - B) *Derecho al secreto de las comunicaciones.*
 - a) Las comunicaciones telefónicas.
 - b) La correspondencia postal.
 - C) *Diligencia de entrada y registro.*
 - D) *Protección del entorno digital.*
 2. **Introducción del documento electrónico por las partes.**

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, la delincuencia cibernética resulta de lo más habitual, la red informática es un espléndido instrumento a través del cual se cometen hechos delictivos, siendo normalmente los bienes jurídicos contra los que más se atenta, la intimidad, imagen, dignidad y honor de las personas; la libertad sexual; la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores; y, por último, la seguridad nacional y el orden público⁽¹⁾.

⁽¹⁾ PÉREZ LUÑO, A.E., "Internet: atentados, criminales y respuestas jurídicas", en *Jornadas sobre Delincuencia Informática*, junio, 1997, CEJAJ, p. 337.

Por ello se hace preciso, que no sólo la norma penal se modifique, adaptándose a estos nuevos medios, sino que resulta imprescindible que el Derecho procesal penal tenga presente en su investigación, prueba y persecución, esta nueva realidad ⁽²⁾.

En este marco, deviene un instrumento de gran importancia el documento electrónico, en el que en varios supuestos coincide en él la condición de objeto material del delito y el de fuente de prueba, siendo en muchas ocasiones, el mismo soporte físico para ambos. En cualquier caso, lo relevante del documento electrónico va a ser la información que contenga y su capacidad de prueba, la cual se analizará a través del soporte material en que se contenga y el programa y claves necesarias para poder visualizarla.

II. CONCEPTO DE DOCUMENTO

1. El documento en el Código Penal

El artículo 26 CP define lo que deba entenderse por documento “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese e incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica” ⁽³⁾. Con este artículo se da respuesta a una

⁽²⁾ URBANO CASTRILLO, E., “El documento electrónico: Aspectos procesales”, en “Internet y Derecho penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, 2001, p. 531, destaca de la ciberdelincuencia el ser una categoría criminológica específica, en cuanto se trata de una delincuencia internacional, que salta fronteras, son delitos de fácil comisión, ya que los ordenadores personales están cada vez más al alcance de cualquiera; se detecta un elevado grado de impunidad, muchas veces porque las víctimas-empresas no denuncian por el desprestigio que les puede suponer; y existe una gran dificultad para encontrar y viabilizar las pruebas, por la falta de medios existente, el desconocimiento sobre lo que se denomina todavía nuevas tecnologías y por los problemas de legislación y praxis judicial.

⁽³⁾ Manifiesta al respecto de este artículo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de julio de 1996: “El artículo 26 del nuevo Código penal aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, aceptando el reto suscitado por doctrina y jurisprudencia, dispone que «a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica». Concretamente en el ámbito doctrinal se consideró que si en cualquiera de las fases del procedimiento informativo se introdujera dolosamente un dato no verdadero, se alterase alguno de los ya incorporados, se suprimiera el existente, se simularan datos de manera que induzcan a error sobre su autenticidad, etc., habría de entenderse producido un delito de falsificación de documentos subsumible en el tipo penal que corresponda, conforme a la naturaleza pública o privada del documento”. Con la definición legal

tendencia jurisprudencial, recogida toda ella en la STS de 19 de abril de 1991, según la cual “el concepto de documento, no puede reservarse y ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad; una grabación de vídeo, o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamientos, con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito”.

En definitiva, y según manifiesta el Tribunal Supremo y ha recogido posteriormente el legislador, se ha de tratar de un soporte físico capaz de corporizar y dotar de perpetuación el pensamiento, la manifestación de voluntad y la declaración de conocimiento de una persona, con vocación probatoria.

Pues bien, la definición, por un lado, se centra exclusivamente en el orden jurisdiccional penal y, por otro, exige para que se le dé a un soporte la consideración de documento, el que sea material ⁽⁴⁾, ya siendo en papel o cualquier otra sustancia o medio material capaz de recoger información. A este respecto, con relación a los soportes informáticos manifiesta GANZENMÜLLER ⁽⁵⁾, que “la información introducida a través del teclado en el ordenador queda conservada en la memoria RAM mientras el usuario informático no guarda el trabajo realizado en el disco duro, un disquete, un CD-ROM o cualquier otro medio de almacenamiento que permita la informática. Pero la memoria RAM es esencialmente volátil, sólo se mantiene mientras el ordenador está funcionando, al apagarse, su contenido desaparece. Por ello, la memoria RAM no podrá considerarse sustento físico de un documento, y sí gozarán en cambio de tal consideración todos aquellos medios de almacenamiento a que antes nos referíamos. El soporte físico requiere pues de su aptitud para conservar, durante un razonable

antedita merecerá la condición de documento cualquier soporte de los hoy conocidos o que en el futuro pudieran concebirse, con tal que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica que pueda derivar de la información proyectada en el soporte u objeto material, cuyo sentido o contenido se manipula o altera”.

⁽⁴⁾ Según URBANO CASTRILLO, E., “*El documento electrónico: Aspectos procesales...*” cit., p. 558, las notas o caracteres del soporte material, para hacerlo operativo y tener la consideración de documento, se pueden resumir en su aptitud para incorporar datos; permanencia en el tiempo, lo que implica su durabilidad; la inalterabilidad, salvo el lógico deterioro del transcurso del tiempo; y su movilidad, pues el soporte no transportable, como un inmueble, deja fuera de este concepto, a las inscripciones en él contenidas.

⁽⁵⁾ GANZENMÜLLER, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA, *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995. Personas criminalmente responsables*, Ed. Bosch, 2000, p. 353.

período de tiempo, la información en él contenida, sin menoscabo —evidentemente ningún soporte material es eterno—”.

En cualquier caso, dicho soporte material habrá de contener datos, hechos o narraciones, esto es ha de contener información que ha de ser atribuible a alguna persona, ya se trate de una manifestación de voluntad o de una declaración de conocimiento ⁽⁶⁾.

Por último se exige que éstos tengan eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, esto es, en palabras del Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de julio de 1996 “lo decisivo será la trascendencia jurídica que pueda derivar de la información proyectada en el soporte u objeto material”.

En definitiva, han de concurrir una serie de características para poder considerar que un objeto es un documento ⁽⁷⁾:

- El documento ha de constar en un soporte indeleble y por ello se considera el escrito como el documento por antonomasia, ello no obvia a que haya otros que se hallen en otro soporte, siempre y cuando no hubieren sido objeto de manipulación.
- Debe tener procedencia humana, tanto se trate de una manifestación de voluntad, como de una declaración de conocimiento. La fijación del autor ha de poder realizarse por el sentido, no por mediar mecanismos de acceso no generalizado ni generalizable, aunque no resulta necesario que el documento esté firmado, si bien “en él ha de resultar determinada una persona que asume el contenido del documento” ⁽⁸⁾.
- El contenido de la declaración debe ser comprensible de acuerdo a los usos sociales, incluso los que se confeccionan por procedimientos electrónicos siempre que para su entendimiento, transmisión y/o transformación se requieran instrumentos o medios que estén a disposición de cualquiera. Así bien no será documento un escrito encriptado que no significa nada para quien no disponga de la clave.
- Se requiere la entrada del documento en el tráfico jurídico.
- Finalmente, el documento válido, en principio, es el original y no el que tiene el carácter de copia. Así lo ha venido exigiendo el Tribunal Supremo, entre otras en su Sentencia de 17 de julio de 1998, quizá

⁽⁶⁾ STS de 28 de febrero de 1998.

⁽⁷⁾ Vid. PARDO IRANZO, V., *La prueba documental en el proceso penal*, Valencia, 2008, pp. 57 y ss. Así como también SSTS de 22 de enero de 1998; de 23 de enero de 1998; de 28 de febrero de 1998; de 22 de octubre de 1998; de 3 de marzo de 1999; de 11 de abril de 2002.

⁽⁸⁾ STS de 18 de noviembre de 1998.

tratando de evitar la manipulación por parte de la policía, sin embargo, por un lado, resulta muy difícil distinguir en algunos casos entre los originales y las copias y, por otro, puesto en el supuesto de la manipulación por aquéllos, lo mismo puede manipularse el original que la copia⁽⁹⁾. En efecto, por la propia mecánica de elaboración de un documento electrónico, cualquiera que sea, convierte el resultado en una mera copia. Así bien, si la fijación de datos en un soporte, como puede serlo el disco duro de un ordenador, se realiza a partir de su memoria RAM, inherentemente volátil pues desaparece al apagar el ordenador, que a su vez recoge los datos introducidos a través del teclado o cualquier otro instrumento de captación de información (escáner, disquete...), el registro final no es sino una copia en puridad conceptual, como lo es cualquier otro resultado que de ese último registro se derive. Siendo, así pues, notorio que la tradicional protección de los originales frente a sus copias o reproducciones tiene su razón de ser en la necesidad de garantizar la autenticidad e integridad del documento de que se trate, el enfoque en el mundo tecnológico ha de ser diverso. Y es que un mismo documento electrónico puede tener distintas presentaciones: figurar sobre un soporte magnético (disco, disquete...), sobre una pantalla de fósforo (monitor del ordenador) o en papel (a través de la impresora), pero ello no afecta a su autenticidad.

La cuestión se reduce a que el documento electrónico parece plantear problemas de fidelidad y perdurabilidad⁽¹⁰⁾, sin embargo coincido con

⁽⁹⁾ MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*, Valencia, 1999, p. 230.

⁽¹⁰⁾ Según URBANO CASTRILLO, E., "El documento electrónico: aspectos procesales...", cit., pp. 538 y ss., las notas características de un documento con pretensiones de erigirse en prueba procesal son:

- Permanencia, el documento tradicional escrito no se agota en sí mismo, sino que perdura en el tiempo
- Inalterabilidad, característica con la que se define tanto la fijeza material del documento como la ideológica, respecto a la inmutabilidad del contenido que expresa. Con esta nota el documento proporciona una pista fundamental para examinar su soporte, contenido y, en caso de discutirse, su autor.
- Autonomía, en cuanto el documento puede considerarse, físicamente independiente, de su autor y del instrumento o medio que lo crea.
- Extraprocesalidad, pues el documento que aspira a ser considerado prueba documental, ha de haber sido creado fuera del proceso, con independencia de si desde el momento en que se originó, se hizo con específicas miras de que surtirá efectos en un proceso o no.

SANCHÍS CRESPO⁽¹¹⁾ en que “en lo relativo a la fidelidad de las modernas reproducciones documentales hay que decir que la creencia de que un documento en soporte informático es fácilmente manipulable, no es más que eso, una creencia, con poca o nula justificación práctica. Para adulterar un documento informático se necesitan ciertos conocimientos técnicos que no todo el mundo posee, mientras que para falsear un documento escrito en soporte tradicional, a pesar de ser necesarias indudablemente ciertas cualidades, el material necesario es mucho más accesible (máquina de escribir, impresora, papel líquido, etc.). Por otro lado, la manipulación de un soporte informático, puede llegar a ser muy difícil si el documento está protegido por un código de ingreso (clave secreta o pass Word) que no logra descubrirse, o mediante encriptación, etc. (...) En cuanto a la perdurabilidad hay que reconocer que hoy por hoy no está garantizada. Cualquiera de los modernos medios reproductivos tiene, en condiciones semejantes de conservación, posibilidades mayores de deterioro que el tradicional papel (...) el principal obstáculo que tiene la perdurabilidad de estos documentos es doble: de un lado, su fragilidad física, por otro su suicida tendencia a quedarse anticuados...”.

2. El documento electrónico como fuente de prueba

La pregunta a continuación es si el documento electrónico podría ser considerado documento a los efectos de servir de prueba en un proceso penal. Esto es, si el documento electrónico como fuente de prueba, puede acceder al proceso a través de la prueba documental.

La LEC prevé que los nuevos soportes tengan un régimen autónomo, distinto a la prueba documental, disponiendo al respecto que “también se admitirán conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”.

-
- Inteligibilidad, en cuanto todo soporte de datos puede ser traducido mediante el lenguaje adecuado, lo cual podrá requerir o no, el auxilio de expertos, pero, en todo caso, sirve para indicar que el documento puede ser conocido por muchas personas.
 - Conservación, pues permite su guarda y archivo a fin de acceder a él, en cuanto se considere necesario.
 - Autenticidad, pues no en todo documento resulta evidente conocer su autor, y saber si fue fruto de la voluntad libre o forzada de quien aparece detrás.

⁽¹¹⁾ SANCHÍS CRESPO, *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000 (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Valencia, 2002, pp. 68 y ss.

Sin embargo, en el proceso penal no existe previsión a este respecto, por lo que estos nuevos soportes habrán de introducirse en el proceso a través de alguno de los medios probatorios actualmente regulados, pero ¿cuál es el medio adecuado?.

Para responder a dicha pregunta hay que pasar por una previa ¿qué se entiende por documento electrónico? A ello responde el artículo 3.5 de la Ley de Firma Electrónica 53/2003, de 19 de diciembre, según el cual “se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”⁽¹²⁾.

Según esta definición, cabe que se le considere documento a los efectos que hemos indicado, siempre que los datos, hechos o narraciones que exprese tengan eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, aunque, sin duda, su consideración como documento choca con el concepto de éste como *res quae tangi potes*, dado que el documento sólo puede ser aprehendido por el hombre a través de la elaboración que realiza el ordenador, con lo que verdaderamente se pierde la característica de la materialidad⁽¹³⁾.

En efecto, los documentos electrónicos continúan siendo los mismos y responden a los mismos planteamientos de creación que los documentos tradicionales, lo que incorporan ahora son nuevos soportes que contienen la información, y que sumando información y soporte constituyen el documento⁽¹⁴⁾. Por lo tanto, es un documento electrónico un documento de texto, una hoja de

(12) Según URBANO CASTRILLO, E., “El documento electrónico: Aspectos procesales” ... pp. 574 y ss., cabe diferenciar en los documentos electrónicos aquellos formados por el ordenador y los documentos formados por medio de la computadora. Los primeros son internos, pues se les ha llamado “negocios entre computadoras”, en tanto los segundos son los creados en el tráfico ordinario, poseyendo vocación de exteriorización. Dentro de la segunda clase, y atendiendo al modo de su creación, puede distinguirse entre documentos electrónicos en sentido estricto y documentos electrónicos en sentido amplio. Los primeros, a su vez, pueden clasificarse en documentos volátiles, permanentes, inalterables o con dispositivo de acceso. En tanto los del segundo grupo serían documentos electrónicos ya creados, en fase de difusión. Los documentos electrónicos volátiles serían aquellos creados en memoria RAM —que desaparecen, cuando se apaga el ordenador—; los permanentes, los que se insertan en disquete; los inalterables los que se fijan en memoria ROM o CD-Rom no regrabable; y los dispositivos de acceso, los que necesitan “pasar una aduana” para operar, así las tarjetas magnéticas.

(13) CARDINO, *Processo penale e prove documentali*, con GUIDA, R y RANALDI. A., CEDAM, 2004, pp. 23 y 24.

(14) DÍAZ RODRÍGUEZ, A., “Administración electrónica y gestión de archivos”, en *Documentos electrónicos en la Administración. Regulación jurídica y gestión archivística* (Cuadernos de Estudios Técnicos), Murcia, 2002, p. 59.

cálculo, una imagen digitalizada, un fichero de sonido, un vídeo digitalizado o un registro o conjunto de registros dentro de una base de datos.

Así bien, los documentos electrónicos poseen los mismos elementos que un documento escrito en soporte papel:

- a) Constan en un soporte material (cintas, diskettes, circuitos, chips de memoria, redes).
- b) Contiene un mensaje, el que está escrito usando el lenguaje convencional de los dígitos binarios o bits, entidades magnéticas que los sentidos humanos no pueden percibir directamente.
- c) Están escritos en un idioma o código determinado.
- d) Pueden ser atribuidos a una persona determinada en calidad de autor mediante una firma digital, clave o llave electrónica.

III. LA FIRMA DIGITAL. LA VALIDEZ JURÍDICA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Hasta no hace tanto, podría considerarse que al documento electrónico le faltaba un elemento fundamental para la validez jurídica de cualquier tipo de documento, la firma, en cuanto ésta afecta a las garantías de autenticidad y veracidad del soporte, así como a las declaraciones en él contenidas. Para evitar el problema así suscitado, la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por el que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, prevé que: “la presente Directiva tiene por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico. La presente directiva crea un marco jurídico para la firma electrónica y para determinados servicios de certificación con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. La presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, ni afectan a las normas y límites, contenidos en las legislaciones nacionales o comunitarias, que rigen el uso de documentos” (art. 1, pár. 1)⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Además la Directiva distingue dos clases de firmas electrónicas, así en su artículo 2 regula que: “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) firma electrónica: los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos utilizados como medio de autenticación; 2) la firma electrónica avanzada: la firma electrónica que cumple los requisitos siguientes: a) estar vinculada al firmante de manera única; b) permitir la identificación del firmante; c) haber sido creada

Dicha Directiva impone una obligación a los Estados miembros, se trata de que “velarán por que no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica por el mero hecho de que: ésta no se presente en forma electrónica, o no se base en un certificado reconocido, o no se base en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma”.

A la vista de semejante mandato, el legislador español redacta la ley 49/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, actualmente objeto de modificación por la Ley 56/2007, de medidas de impulso de la Sociedad de la Información, de 28 de diciembre de 2007, ley por la que se regula la firma electrónica, el reconocimiento de su eficacia jurídica y la prestación de servicios de certificación.

Esta ley, que deroga expresamente el Real Decreto Ley 14/1999, pretende resolver el problema de la desconfianza por parte de los intervinientes en las transacciones telemáticas. Destaca de ella que se refuerza el marco normativo, se revisa la terminología y se simplifica su texto en relación con normas precedentes y, esencialmente, se denomina como firma electrónica reconocida de la firma que se equipara funcionalmente a la firma manuscrita.

En concreto, define en su artículo 3 la firma electrónica como “el conjunto de datos en forma electrónica consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”.

Asimismo, en el mismo artículo pero en su número dos, define la firma electrónica avanzada como “la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control”.

Por último, se refiere a la firma electrónica reconocida, como “la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma” (art. 3.3).

El problema que presenta la firma electrónica es que únicamente acredita mediante el prestador del servicio de certificación, quién es el titular de la clave pública con el que el documento ha sido descriptado, esto es, acredita quién es el titular de la clave privada con que se ha encriptado, dado que el titular de

utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; d) estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable”. Los efectos jurídicos de la firma electrónica avanzada son de gran trascendencia, así según lo previsto en el artículo 5 de la Directiva, satisface el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel.

ambas claves ha de ser la misma persona, pero no puede certificar si quien ha elaborado en persona el documento es el titular de esas claves, o si otras persona las han utilizado. Así pues, la firma electrónica identifica al titular de la clave pero no al firmante, que puede ser persona distinta.

La Ley únicamente reconoce a la firma electrónica reconocida el mismo valor que la firma manuscrita, esto es, los datos consignados en forma electrónica tendrán el mismo valor que los consignados en papel.

De forma tal que los documentos electrónicos podrán acceder al proceso judicial con la misma fuerza probatoria que un documento manuscrito. Y así no sólo cabe desprenderse de lo previsto en el artículo 3, apartados 1, 2 y 3, sino de los siguientes, en cuanto se diferencia entre los documentos públicos, administrativos y privados⁽¹⁶⁾, y se le otorga el mismo valor y eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable.

Dicho valor y eficacia jurídica serán objeto de valoración del juez en el proceso, una vez hayan sido introducidos en el proceso como prueba documental⁽¹⁷⁾. De hecho el artículo 3.8, prevé que: “El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio”⁽¹⁸⁾.

(16) En el mismo precepto, pero en su número 6, se distinguen los tipos de documentos, así se prevé que “El documento electrónico será soporte de: a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso. b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica. c) Documentos privados.

(17) Según la STS de 24 de enero de 1995 constituyen prueba documental “las representaciones gráficas del pensamiento, de ideas o voluntades —no exclusivamente por escrito— por medio de las cuales se acogen hechos, circunstancias, actuaciones y disposiciones, dejándose así constancia para el futuro, sea o no con finalidad de preconstituir una prueba procesal”.

(18) En este sentido ya se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de febrero de 1988 “las relaciones de medios probatorios de las leyes de procedimiento no tienen el carácter de exhaustivas, en cuanto configuran una ordenación acorde con el momento en que se promulgan. Las innovaciones tecnológicas —el cine, el vídeo, la cinta magnetofónica, los ordenadores electrónicos, etc.— pueden y deben incorporarse al acervo jurídico procesal en la medida en que son expresiones de una realidad social que el derecho no puede desconocer... las comunicaciones telefónicas no están efectivamente incorporadas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal por razón de la antigüedad de ésta. Todavía más, de alguna manera dichos medios técnicos pueden subsumirse en el concepto mismo, amplio, desde luego, de documento en cuanto cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado”.

Lo así previsto, ya en el momento en el que figuraba como Anteproyecto, fue objeto de un Informe favorable por parte del CGPJ, quien manifestó que “Parece oportuno dejar constancia de la valoración positiva que a este Consejo le merece la iniciativa legislativa tendente a dotar al comercio electrónico y a la transferencia de información entre ciudadanos y las Administraciones públicas de una regulación más precisa, detallada y garantista. Pues, tanto en la actividad económica como en la vida social en general, el soporte informático va desplazando progresivamente al soporte documental tradicional, lo que hace necesario dotar a aquel instrumento de la máxima seguridad jurídica (...) Este precepto goza de mayor precisión y de una redacción más clara, al sustituir la actual disposición de que «la firma electrónica avanzada (...) será admisible como prueba de juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales» por la contenida en el artículo 3.5: «el soporte en que figuren los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio». Responde, sin duda, a una técnica jurídica más correcta referir la admisibilidad como prueba en juicio no a la firma electrónica sino al soporte en que ésta consta, concretando que se trata de prueba documental”.

Por otro lado, es posible que, como sucede con la firma manuscrita, se impugne la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, en cuyo caso se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en la ley de firma electrónica para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica.

La carga de realizar dichas comprobaciones corresponde a quien haya presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. Si las comprobaciones obtuviesen un resultado positivo, se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado dicho documento electrónico, siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación.

Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, el que haya presentado el documento electrónico podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto, conforme a lo previsto en el artículo 326 apartado 2 de la LEC.

En cualquier caso, no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de la firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que está asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica.

IV. DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y PROCESO PENAL

La LOPJ se refirió a la necesaria introducción de los medios técnicos modernos en su Exposición de Motivos, “Constituye una necesaria novedad de la reforma que se acomete, el tratamiento de la utilización de los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos en la Administración de Justicia. La nueva redacción del artículo 230 de la LOPJ, al tiempo que otorga validez a los documentos emitidos, establece mecanismos que, por un lado, garantizan tanto la identificación y seguridad de los datos y, por otro, aseguran la homogeneidad de los sistemas informáticos y el cumplimiento de los derechos y garantías establecidos en la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”.

En el estricto marco del proceso penal, la LECr carece de regulación expresa respecto a las nuevas tecnologías, únicamente en el título III del libro IV, donde se regula el procedimiento abreviado, el artículo 788.6, haciendo alusión a la celebración del juicio oral, prevé que para el levantamiento del acta de dicho juicio, se pueda sustituir por cualquier medio de reproducción mecánica⁽¹⁹⁾.

Pues bien, se hace claro la necesidad de reforma de la LECr en varios campos, pero también en la introducción de estos medios, y como consecuencia de la reforma operada por la LO 14/1999 se modifica el artículo 448, que queda redactado “Cuando el testigo sea mayor de edad, el juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.

Como resulta obvio, y a pesar de la introducción de este precepto, queda muy reducido en el proceso penal la atención manifestada a las nuevas tecnologías, y así fue destacado en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, en donde se exigía que en la futura legislación procesal penal se abordara “el establecimiento de los métodos de investigación y procedimentales apropiados para el enjuiciamiento de los delitos de nuevo cuño, proveyendo la adaptación de la regulación de los medios de prueba, en especial a los últimos avances tecnológicos”. Sin embargo, nuestra legislación sigue obsoleta, con la única salvedad de las filmaciones mediante vídeo cámaras que fue regulado por

(19) Este precepto levantó en su momento polémica en cuanto se dudaba si tales medios de reproducción mecánica, oral o escrita, se podrían utilizar sólo en el procedimiento abreviado o, por el contrario, en cualquier procedimiento del que se tratase. En todo caso, la realidad es que cada vez más se utilizan estos medios técnicos de reproducción mecánica del acta del juicio oral.

LO 4/1997, de 4 de agosto. Por tanto, y mientras no tenga lugar la esperada reforma legal, podemos considerar al documento electrónico como documento con efectos probatorios, por cuanto el artículo 726 LECr, prevé “el tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad”. Dicho precepto debe interpretarse a la luz de lo previsto en el artículo 26 CP, el que comprende las nuevas tecnologías y nuevas realidades técnicas de soportes, diferentes del escrito tradicional. A este respecto ya ha tenido ocasión de manifestarse alguna jurisprudencia, así la Audiencia Provincial de Burgos, en su Sentencia de 27 de abril de 2000, según la cual “En consecuencia consideramos que se cumple con el elemento objetivo del tipo penal de referencia, y además tampoco cabe dudar del carácter de documento del impreso consignado en el «Factum» conforme a lo dispuesto en el artículo 26 CP (...) Cabe, en consecuencia, cualquier soporte hábil (papel, piedra, madera, cinta magnetofónica, película cinematográfica, etc.) para fijar datos jurídicamente relevantes, tanto a través de la escritura como de otros medios (fotográficos, cinematográficos, sonoros, informáticos, etc.).

Además, la jurisprudencia ya ha admitido como medio de prueba tanto las grabaciones fonográficas como las videográficas⁽²⁰⁾, en este sentido cabe destacar la SAP de Almería de 19 de diciembre de 2003 “Conviene dejar sentado la existencia de una sobrada actividad probatoria de índole acusatoria como ha sido la profusa prueba documental aportada al procedimiento y la practicada en el juicio oral consistente en la audición por el tribunal de las intervenciones telefónicas con auxilio de intérprete así como la también abundante prueba testifical”. O la STS de 31 de diciembre de 1996, en que señala que “es indudable que un videocasette tiene carácter de prueba documental y puede ser aportado en el juicio oral en la forma...”.

En definitiva, cualquier elemento que sirva para crear la convicción judicial de los hechos afirmados por las partes podrá entrar en el proceso formando parte del acervo probatorio, siempre y cuando sea lícito, pertinente y útil. Y así lo pone de manifiesto el legislador en la Exposición de Motivos de la LEC “Los medios de prueba (...) experimentan en esta Ley numerosos e importantes cambios. Cabe mencionar, como primero de todos ellos, la apertura legal a la realidad de cuanto puede ser conducente para fundar un juicio de certeza sobre las alegaciones fácticas, apertura incompatible con un número determinado y cerrado de medios de prueba. Además, resulta obligado el reconocimiento expreso de los instrumentos que permiten recoger y reproducir palabras, sonidos e imágenes o datos, cifras y operaciones matemáticas...”.

(20) SSTS de 6 de abril de 1994 y de 28 de junio de 2001.

V. INTRODUCCIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN EL JUICIO ORAL

El modo en que el documento electrónico ha de ser incorporado a la causa no podrá ser otro sino el previsto para los documentos y demás piezas de convicción judicial, esto es, poniéndolos a disposición del juzgador —art. 688 LECR—, ya fueren como resultado de una diligencia de investigación, tal como el registro o la intervención de las comunicaciones, o ya fuere aportado por las partes.

1. Introducción del documento electrónico como resultado de una diligencia de investigación

A) *La falta de regulación legal*

Si ha sido el resultado de una diligencia de investigación, su admisión en el proceso depende de que fueran legítimamente obtenidas, de forma tal que se ha de respetar la judicialidad de la medida, su proporcionalidad y su necesidad ⁽²¹⁾. y todo ello en cuanto supone la intervención de los documentos electrónicos una medida limitativa de derechos fundamentales y, como tal, debe recibir el tratamiento de éstas.

En efecto, recordemos a este respecto que, contamos actualmente con una ley, la 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones ⁽²²⁾, según la cual los operadores de telecomunicaciones han de conservar los datos relativos a las comunicaciones que se hayan producido bien por la telefonía fija, bien por la telefonía móvil, incluidos los mensajes SMS o MMS, o vía Internet, durante un período mínimo de doce meses desde la fecha en que tuviera lugar la comunicación a fin de rastrear e identificar el origen y el destino de una comunicación, para determinar la fecha, hora y duración de ésta, el tipo de comunicación, el equipo desde donde se efectúa y se recibe la comunicación, así como la localización del equipo móvil que interviene.

⁽²¹⁾ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “La prueba videográfica en el proceso penal. Validez y límites”, *Poder Judicial*, núm. 38, pp. 58 y ss.

⁽²²⁾ Ha sido el resultado de la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones.

No obstante, la ley únicamente autoriza a la conservación de estos datos, pero no a revelar su contenido, de forma tal que la policía deberá, a fin de conocerlo, actuar limitando los derechos fundamentales de la persona de cuya comunicación se trate.

Sin embargo ello hace que se incumpla uno de los más importantes principios en el marco de los derechos fundamentales, cual es su reserva legal. En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en su Sentencia 70/2002, de 3 de abril “por mandato expreso de la constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo, o limite o condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal. Una reserva de ley que constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas y que no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto del contenido de la ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate, pero que en todo caso el legislador ha de hacer el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica o dicho de otro modo, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del derecho”.

Así bien, la falta de regulación legal de las autorizaciones judiciales para la intervención de las comunicaciones electrónicas, a los fines de la investigación penal, genera un problema jurídico-constitucional. En efecto, resulta evidente que el secreto de las comunicaciones electrónicas puede ser levantado mediante una resolución judicial, y que ésta puede responder a la necesidad o a la conveniencia del esclarecimiento de hechos delictivos; sin embargo, la protección de los derechos fundamentales, y concretamente del secreto de las comunicaciones, no permite conceder dicha autorización sin la oportuna norma habilitante que determine, con respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad, los supuestos y los controles de la medida de investigación. Sin embargo, considero que ante la falta de previsión legal expresa al respecto, cabe entender que la autoridad judicial podrá autorizar la intervención de estas comunicaciones a la vista de que guardan cierta analogía con las comunicaciones telefónicas, que hace posible la aplicación de las disposiciones que rigen estas últimas.

No creo, sin embargo, que dicha autorización quepa ampararla en la defectuosa dicción del artículo 579 LECR, el que en su número 3 *in fine*, se refiere a las comunicaciones *in genere*, y ello a la vista de la STEDH de 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo c. España*, según la cual el citado precepto adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el artículo 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el artículo 10.2 CE, de acuerdo con el artículo 8.1 y 2 CEDH. Los requisitos que

no satisface se concretan en la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar, la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas. Por todo ello, el Tribunal convino en que el artículo 579 no era por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Sin embargo, semejante declaración no sirvió para que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 184/2003, de 23 de octubre, declarara la inconstitucionalidad del precepto, por considerar que, a pesar de la insuficiencia de la ley, que sólo el legislador puede remediar y que constituye, por sí sola, una vulneración del derecho fundamental, para que dicha vulneración pueda tener efectos sobre las resoluciones judiciales impugnadas en amparo es preciso, en primer lugar, que la actuación de los órganos judiciales, que autorizaron las intervenciones, haya sido constitucionalmente ilegítima; esto es, que a ellas sea imputable de forma directa e inmediata la vulneración del derecho fundamental [art. 44.1.b) LOTC]. Y a estos efectos, “si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas”.

B) Derecho al secreto de las comunicaciones

a) Las comunicaciones telefónicas

A pesar de todo ello, parece razonable entender que el documento electrónico debe ser admitido en el proceso penal siempre y cuando respete el derecho al secreto de las comunicaciones, o en algún supuesto concreto el derecho a la

intimidad. Así bien, un correo electrónico⁽²³⁾ como comunicación⁽²⁴⁾, servirá de prueba en el proceso penal si respeta el derecho al secreto de las comunicaciones, en cuanto se trata de un mecanismo de intervención de las comunicaciones telemáticas. No de otro modo parece entenderse el correo electrónico a la vista de lo dispuesto en el artículo 2.d) de la Directiva 58/2002/CE, según el cual comunicación es “*cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponibles por el público*”⁽²⁵⁾. Y, en este sentido, lo ha entendido

(23) Pero es más, cabe distinguir en el caso del correo electrónico según sea la fase en la que se encuentre, así si se trata de un correo electrónico ya enviado al destinatario y recibido pero no leído, o bien de un email en fase de transferencia, su interceptación supone la aplicación de la normativa correspondiente al secreto de las comunicaciones; pero en el caso de los correos electrónicos no enviados y los ya enviados, recibidos y leídos y que se hallan almacenados en el ordenador, se regirán por la normativa del derecho a la intimidad

Al respecto manifestó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 70/2002, de 3 de abril que: “A lo que ha de añadirse otra consideración, relativa al momento en que se produce la intervención policial. Pues tal intervención no interfiere un proceso de comunicación, sino que el citado proceso ya se ha consumado, lo que justifica el tratamiento del documento como tal (como efectos del delincuente que se examinan y se ponen a disposición judicial) y no en el marco del secreto de las comunicaciones. La protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”.

(24) La comunicación a través de redes informáticas se caracteriza, según MAZA MARTÍN, J.M., “La intervención judicial de las comunicaciones a través de internet”, en “Internet y Derecho Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, 2001, p. 640, por:

- Transmitirse dentro del entorno de una red constituida, en sus terminales respectivos (emisor-receptor), por equipos informáticos que confieren al contenido del mensaje un tratamiento electrónico de ese mismo carácter.
- Ser el soporte por el que circulan los contenidos de la comunicación que los usuarios se intercambian, las líneas telefónicas de alta tecnología.
- Enviar mensajes que se resuelven habitualmente en textos de representación gráfica, aparecidos en las respectivas pantallas.
- Producirse la comunicación dentro de unas previsiones de carácter privado, sin que resulten accesibles a usuarios, distintos de los intercomunicantes, que naveguen por la red a la búsqueda de otras informaciones, de carácter público y abierto, que ésta también ofrece.
- Poder ser interceptadas y grabadas por personas ajenas, al igual que cualquier otra producida por línea telefónica.

(25) De cualquier modo, si lo que se lleva a cabo no es la intervención de la comunicación que se lleve a cabo a través del correo electrónico, sino una vez terminada la comunicación o bien antes de emitirla, el conocimiento de su contenido podría suponer la

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 2 de agosto de 1984, *caso Malone*, y en la de 30 de julio de 1998, *caso Valenzuela Contreras*.

A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, señalando que “Ciertamente los avances tecnológicos en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE.

(...) Pues, y esto debe subrayarse, el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente”.

Así bien, si se trata de una comunicación a través de internet, parece que la intervención debe ser llevada a cabo en la forma prevista para las intervenciones telefónicas, principalmente por una razón de orden técnico, el soporte o la

vulneración del derecho a la intimidad. Así bien, según GARCÍA RUIZ, “Correo electrónico y proceso penal”, *Diario la Ley*, núm. 5805, año XXIV, 18 de junio de 2003, es necesario diversificar el régimen jurídico de la intervención de los mensajes de correo electrónico en función del momento en el que ese acto de intromisión se produce. Así, habría que distinguir un primer grupo integrado por el correo electrónico ya enviado y recibido pero aún no leído, así como por los mensajes todavía en proceso de transferencia. La intervención jurisdiccional de este primer bloque de mensajes quedaría sujeta al régimen general del secreto de las comunicaciones, con la consiguiente aplicación, en función del criterio que se suscriba, de las normas relativas a la intervención judicial de las comunicaciones telefónicas o las que rigen la interceptación y apertura de la correspondencia. Pero, en todo caso exigiendo siempre el presupuesto de legitimación representado por la previa autorización judicial. En cambio, un segundo bloque compuesto por los mensajes de correo electrónico no enviados y los ya enviados, recibidos y leídos que se encuentren almacenados en el ordenador personal, se regirían por las normas generales sobre limitación al derecho a la intimidad, con la consiguiente modulación de los términos de injerencia. En este sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional en su Sentencia 123/2002, de 20 de mayo, según la cual “la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”.

vía por la que discurren los contenidos, que no es otra que la telefónica⁽²⁶⁾, aun cuando pudiera ponerse en duda la aplicación de dicha normativa, sosteniéndose que la válida es la relativa a comunicaciones postales y telegráficas, en cuanto ciertos documentos electrónicos, tal como el correo electrónico, presenta características mixtas de ambas formas de comunicación, de hecho se realiza en forma de carta, teniendo que indicar el destinatario y donde automáticamente aparece el remitente⁽²⁷⁾.

En cualquier caso, avala la tesis de que debiera recibir el tratamiento de intervención telefónica la Ley 25/2007, anteriormente citada, la que legitima directamente a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y del Servicio de Vigilancia Aduanera, cuando desempeñen funciones de Policía Judicial, así como al personal del Centro Nacional de Inteligencia, para intervenir el contenido de las comunicaciones, en el curso de las investigaciones de seguridad

(26) Al respecto manifiesta MORENO CATENA, V., “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, en *Prueba y proceso penal*, p. 15, que si la parquedad de regulación de la autorización judicial para intervenir las conversaciones telefónicas es alarmante, en lo que hace a la autorización para intervenir las comunicaciones electrónicas la ausencia de regulación es absolutamente clamorosa. Aunque Internet es por esencia una red mundial, formada por la interconexión de miles de redes, que proporciona información abierta a todos, resulta asimismo un vehículo extraordinario para transmitir información íntima, amparada por el precepto constitucional. En tal caso, sin que el comunicante se vea obligado a advertir en cada comunicación sobre la naturaleza secreta de ésta, o a utilizar códigos cifrados o encriptaciones de datos, es evidente que el ordenamiento debe salvaguardar el mero hecho de la comunicación bajo el manto del secreto, sancionando las intromisiones ilegítimas. Porque es evidente que la posibilidad y facilidad de acceder a la información que se transmite electrónicamente y que afecta a la intimidad exige medidas de protección del derecho fundamental que sean más precisas y rotundas que las actuales.

(27) En cualquier caso, considerando que la normativa a aplicar es la de las intervenciones telefónicas, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretada en la Sentencia de 1 de octubre de 2002, se requerirá:

- La exclusividad jurisdiccional en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones.
- La finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones para establecer la existencia de delito y descubrimiento de las personas responsables de él.
- La excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.

sobre personas o entidades. Así bien, según lo dispuesto en el artículo 6.1 ⁽²⁸⁾, se requiere autorización judicial previa para obtener la cesión de los datos conservados, siendo necesario que se trate de la investigación, detección o enjuiciamiento de un delito grave —art. 5.1—. Dicha Ley remite, en lo relativo a la ejecución de la medida, a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la que en su artículo 33 prevé que los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias, según lo previsto en el artículo 579 LECR y en la Ley Orgánica 2/2002, de

- La proporcionalidad de la medida que sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves en los que las circunstancias que concurran y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen su adopción, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida.

- La limitación temporal de la utilización de la medida interceptada de las comunicaciones telefónicas. La LECR autoriza períodos trimestrales individuales, pero no podrá prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal.

- La especialidad del hecho delictivo que se investigue pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos.

- La medida además, recaerá únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales.

- La existencia previa de indicios de la comisión del delito y no meras sospechas o conjeturas, de tal modo que se cuente con noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia así como de llegar por medio de las intervenciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilita la Policía, con la pertinente ampliación de los motivos que el Juez estimase conveniente.

- La existencia previa de un procedimiento de investigación penal, aunque cabe que sea la intervención de las telecomunicaciones la que ponga en marcha un verdadero procedimiento criminal, pero sin que puedan autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación de éste.

- Que la resolución judicial acordando la intervención telefónica se halle suficientemente motivada; riguroso requisito para el sacrificio y derogación en casos concretos de derechos fundamentales reconocidos en la constitución, y cuya importancia exige del juez una explicitación de los indicios sobre cuya base la medida se adopte.

- La exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención.

⁽²⁸⁾ Es confuso el régimen de dicha autorización judicial, en cuanto el artículo 7.1 exige la cesión de los agentes facultados “sin perjuicio de la resolución judicial”, lo que obviamente desvirtuaría la garantía, en todo caso previa, del control judicial tanto de las peticiones de cesión de los datos como del manejo que de ellos pueda hacerse.

6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

Por tanto, deben considerarse incluidas en el ámbito de protección del artículo 18.3 CE las transmisiones de datos entre máquinas que empleen un mecanismo de conexión reconocible como canal de comunicación conforme a un criterio socialmente compartido⁽²⁹⁾.

b) La correspondencia postal

En cualquier caso caben otras opciones, así que el documento electrónico se halle en un disket que es objeto de remisión a través de un sobre a otra persona, se llevará a cabo a través de la intervención de correspondencia postal⁽³⁰⁾. La comunicación postal se halla garantizada por el artículo 18.3 CE. En

⁽²⁹⁾ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital”, *Prueba y proceso penal*, Valencia, 2008, pp. 15 y 16, opina que el transvase de datos entre máquinas en el que los humanos intervienen de forma remota en el envío o la recepción puede muy fácilmente situarse fuera del concepto de comunicación y, en ocasiones, será difícil diferenciar entre una simple transmisión de datos en un sistema y una comunicación protegida. No cabe duda de que el traspaso de un archivo de una carpeta a otra en un ordenador personal no es una comunicación del art. 18.3 CE, como tampoco lo es la grabación de un archivo de un disco duro de un PC en un dispositivo de memoria USB.

⁽³⁰⁾ La doctrina jurisprudencial en relación con el derecho al secreto de la correspondencia postal, queda perfectamente resumida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2002, según la cual “... Resumiendo esta exposición doctrinal, la STS de 4 de marzo de 1997 elabora un catálogo de «requisitos que han de regir cuando de registrar la correspondencia se trata... dada la naturaleza que como fundamental corresponde al derecho sobre el secreto de las comunicaciones postales...», enumerando las siguientes: a) Auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia concreta de que se trata equivalente en otro orden al mandamiento de entrada y registro domiciliario; b) Inmediata remisión de la correspondencia al Juez instructor de la causa; c) Apertura por el juez y a presencia del interesado o de la persona que designe, salvo que no hiciere uso de este derecho o estuviese en rebeldía, en cuyos dos supuestos la diligencia judicial se llevaría a cabo a pesar de tales ausencias. Igualmente ha de ir precedida de una auténtica necesidad, de la mano de la proporcionalidad, antes de adoptar medida de tanta importancia por lo que significa de limitación de un derecho fundamental, d) Solamente la Autoridad Judicial, mediante resolución motivada, está autorizada para acordar la detención, apertura y examen de la correspondencia si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importantes de la causa; e) El secreto de la correspondencia tiene su reflejo, desde el punto de vista administrativo, en el vigente Reglamento Servicios de Correos aprobado por D 14 de mayo de 1964, a través del cual se garantiza la libertad, el secreto y la inviolabilidad... de las entidades privadas que ofrezcan

cualquier caso, la protección de la norma constitucional no alcanza al objeto físico como continente o soporte, sino sólo en el caso de contener comunicación entre dos personas. Y, en este sentido, se pronuncia el Tribunal Constitucional en su sentencia de 9 de octubre de 2006 según la cual “... si ex art. 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, no existe en la Constitución reserva absoluta d previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal, de modo que excepcionalmente hemos admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad... y no gozan de la protección constitucional aquellos objetos—continentes— que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual... y el artículo 18.3 CE no protege directamente el objeto físico, el continente o soporte del mensaje en sí, sino que éstos sólo se protegen de forma indirecta, esto es, tan sólo en la medida en que son el instrumento a través del cual se efectúa la comunicación entre dos personas —destinatario y remitente—. Por consiguiente cualquier objeto sobre, paquete, carta, cinta, etc. —que pueda servir de instrumento o soporte de comunicación postal no será objeto de protección del derecho reconocido en el artículo 18.3 CE— si en las circunstancias del caso no constituyen tal instrumento de la comunicación o el proceso de comunicación no ha sido iniciado”⁽³¹⁾.

análogos servicios, siendo así que también por medio de los paquetes postales pueden enviarse objetos de mayor volumen que la simple carta, de carácter íntimo y personal igualmente necesitados de la protección constitucional, y f) Se precisa la «proporcionalidad» entre la medida con la consecuencia propia de afeción del derecho fundamental al secreto e intimidad, y la gravedad y trascendencia de la presunta infracción delictiva. La diligencia de apertura de la correspondencia desprovista de las garantías que la legitiman, deviene nula, la prescripción de los arts. 238.3 y 240.1 LOPJ así lo abona, confirmando la nulidad de pleno derecho del acto cuando se prescinde total y absolutamente de normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de una prueba ilícitamente obtenida violando derechos fundamentales, carente, por tanto, de efectos, consecuencia extensible a las pruebas posteriormente practicadas que traen causa de la misma”.

⁽³¹⁾ El Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de junio de 2009, respecto de una entrada y registro en la que la policía había procedido a volcar la información que obraba en un CD decomisado, resuelve que “ninguno de los datos que constaban en el Acta de intervención del CD permitía apreciar que dicho soporte contuviese mensajes o sirviese de instrumento a dichos efectos. De hecho hasta la propia inscripción impresa en el CD permitía descartar desde el principio esa finalidad. Así pues, distinto hubiera sido la exigencia en el caso de que dicho CD hubiese sido intervenido en un sobre dirigido por o hacia un tercero y hubiese sido abierto y conocido su contenido sin resolución judicial habilitante. En tal caso, cabría sostener una injerencia injustificada en la comunicación postal y por tanto en el derecho preservado por el artículo 18.3 de la CE, con la consiguiente nulidad”.

C) *Diligencia de entrada y registro*

La intervención de un documento guardado por ejemplo en el disco duro de un ordenador que contiene datos de influencia en el proceso penal, se halla protegido por el derecho a la intimidad. En este caso es precisa autorización judicial, y al respecto se pronuncia el Tribunal Constitucional en su Sentencia 70/2002, señalando que “La regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir ésta, los efectos intervenidos que puedan pertenecer al ámbito de lo íntimo han de ponerse a disposición judicial, para que sea el juez quien los examine. Esa regla general se excepciona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad”.

Así bien, si de lo que se trata es de vaciar el contenido de un ordenador que se halla en un lugar objeto de entrada y registro, será preciso atender a los requisitos de la entrada y registro para volcar la información, salvo que el contenido de éste no afecte a la intimidad del sujeto, en cuyo caso, no se requerirá ni autorización judicial. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de junio de 2009, respecto al volcado de información en un CD que fue incautado por la policía, tras practicar una diligencia de entrada y registro, sin autorización judicial, manifestando al respecto que no se ve infringido tampoco el artículo 18.1 CE en cuanto dispone que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Todo ello porque, recordando la dicción de la STC 281/2006, de 9 de octubre, no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial respecto a derecho a la intimidad personal y excepcionalmente se admite la legitimidad constitucional de que en determinados casos, y con precisa habilitación legal, pueda la Policía Judicial realizar determinadas prácticas que constituyen una leve injerencia en la intimidad de las personas siempre que se respeten las sugerencias derivadas del principio de proporcionalidad. Y, en el caso que se recurre, el CD intervenido en la diligencia de entrada y registro, legítimamente practicada, y que conforme a la inscripción del soporte contenía información oficial, no personal, el acceso a su contenido no implica injerencia en datos personales o íntimos, sino que bien cabría calificarlo como documento en soporte diferente al papel y encuadrable en el concepto que de tal da el artículo 26 CP, y la lectura de su contenido al no afectar ni a la intimidad ni a la privacidad, no requería resolución judicial habilitadora al efecto. En tanto no exista una utilización

personal, sino meramente laboral o profesional del medio facilitado por la empresa, no hay ataque a la intimidad que requiera la autorización judicial.

En definitiva, cuando nos hallemos ante hallazgos producidos en el transcurso de un registro, legalmente llevado a cabo, en lo ocupado fueren informaciones extraídas de equipos ordenadores, pudiendo consistir incluso en mensajes ya abiertos por su destinatario, su carácter y los requisitos de validez han de asimilarse a las del hallazgo de documentos ya en poder del destinatario⁽³²⁾. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de junio de 2002, respecto a mensajes de un móvil, diciendo que “El examen de las diligencias practicadas por la Policía revela también un dato de singular importancia, cual es que el detenido y titular del teléfono móvil intervenido ya tenía conocimiento del mensaje recibido de «Jordi» antes de que los funcionarios leyeran el texto de dicho mensaje, y así se deduce con toda evidencia de las respuestas de G. a las preguntas que se le formularon durante el interrogatorio en sede policial poco después de concluido el registro domiciliario en relación al mensaje de Jordi grabado en su móvil intervenido.

También debe subrayarse que en el caso presente estamos, sin duda, ante auténticas y genuinas comunicaciones personales, similares a las que se remiten y reciben por correo o telégrafo, pero cuyo vehículo de transmisión en este supuesto es el teléfono, por lo que, de hecho, se trata de una especie de comunicación de una misiva personal efectuada vía telefónica, que no se «oye» por su destinatario, sino que se «lee» al aparecer en la pantalla del aparato y mediante una lectura se conoce el contenido del mensaje o de la misiva, por lo que resulta incuestionable que esta clase de comunicaciones se encuentran tuteladas por el secreto que establece el art. 18.3 de la CE ya que no cabe obviar que los avances tecnológicos en el campo de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con los enormes progresos en el ámbito de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental al secreto de éstas que extienda la tutela a nuevos espacios, como se deriva del tenor literal del art. 189.3 CE.

El Tribunal constitucional, al abordar un supuesto similar al presente (se trataba de la lectura por la Policía de una supuesta carta ya abierta y leída intervenida a un detenido) declara: que «tal intervención no interviene un proceso de comunicación, sino que el citado proceso ya se ha consumado, lo que justifica el tratamiento del documento como tal (como efectos del delincuente que se examinan y se ponen a disposición judicial) y no en el marco del secreto de las comunicaciones. La protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso

(32) MAZA MARTÍN, J.M., “La intervención judicial de las comunicaciones a través de Internet...”, p. 462.

en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos». Por ello y, tras remachar que la interferencia policial no se produjo durante el proceso de comunicación, sino una vez concluido éste, afirma que, en tal caso, «... no nos hallamos en el ámbito protegido por el derecho secreto de las comunicaciones postales, sino, en su caso, del derecho a la intimidad del art. 18.1 de la CE. Pues, y esto debe subrayarse, el art. 18.3 contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente»”.

El procedimiento adecuado en estos supuestos, esto es, cuando se trate de la inspección o recogida de dispositivos y soportes de almacenamiento masivo de datos, es que la autorización judicial debería contener expresamente su práctica y sobre qué soportes se ha de realizar. Aunque cabrá que, por un lado, sea imposible llevar a cabo una previsión específica de lo que pueda ser hallado, en cuyo caso basta la mención genérica a la inspección y recogida de dichos soportes durante la diligencia, siempre que aparezcan motivos racionales para creer que pueden contener alguna información sobre el hecho investigado. Por otro lado, puede resultar imposible hacer constar en la autorización todas aquellas circunstancias que puedan acaecer y servir para el buen fin de la investigación, supuesto en el que la policía, no contradiciendo la autorización, podrá llevar a cabo las actuaciones que sirviendo al buen fin de la investigación y respondiendo a circunstancias imprevistas, puedan ser convalidadas posteriormente por el juez.

Además de la autorización judicial, la policía deberá llevar a cabo la actuación que resulte menos gravosa, como exigencia derivada del principio de necesidad. De forma tal que en la ejecución del registro, si los soportes constituyen objeto, instrumento o efecto del delito, la medida apropiada debiera ser la ocupación, por su utilidad como fuente de conocimiento de los hechos y su destino legal, el cual debe asegurarse. Pero si fuere posible la localización *in situ* de la información buscada y la realización de una copia, sin comprometer el éxito de la investigación, no será necesaria la apropiación de los soportes, o bien en aquellos supuestos en que no es posible realizar en el acto del registro la búsqueda de la información, pero sea posible realizar una copia clónica del espacio de memoria donde se encuentre⁽³³⁾. En estos supuestos se requerirá la presencia del fedatario público, pero no durante la fase de extracción y ordenación de los datos, aunque sí durante la apertura de los instrumentos informáticos y la reali-

⁽³³⁾ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital”, en *Prueba y proceso penal*, Valencia, 2008, p. 11.

zación de las copias, así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de noviembre de 1999, según la cual “su práctica se llevó a cabo con todas las garantías exigidas por la ley. En primer lugar, la entrada y registro se realizó de forma correcta y con la intervención del Secretario Judicial que cumplió estrictamente con las previsiones procesales y ocupó los tres ordenadores, los disquetes y el ordenador personal. Lo que no se puede pretender es que el fedatario público esté presente durante todo el proceso, extremadamente complejo e incomprensible para un profano, que supone el análisis y desentrañamiento de los datos incorporados a un sistema informático. Ninguna garantía podría añadirse con la presencia del funcionario judicial al que no se le puede exigir que permanezca inmovilizado durante la extracción y ordenación de los datos, identificando su origen y procedencia”.

No obstante, no podemos obviar que la protección constitucional y legal del domicilio se revela claramente insuficiente para la salvaguardia del entorno electrónico. Ello es así, en cuanto si los datos se introducen en un dispositivo de memoria sito en la vivienda, sobre ellos recaerá la cobertura del artículo 18.2 CE, pero si los datos se guardan en el alojamiento contratado con un proveedor de servicios, dicha norma no resultará de aplicación, por mucho que la información se refiera a la vida más íntima de la persona, se proteja de la curiosidad de terceros mediante las más avanzadas técnicas disponibles, se haya creado y se acceda a ella exclusivamente en y desde el hogar⁽³⁴⁾.

D) *Protección del entorno digital*

Por último, y en cualquier caso, el legislador constitucional ha previsto además que la intromisión en el entorno digital, no sólo puede vulnerar el derecho a la intimidad, sino también el de la privacidad, en cuanto el artículo 18.4 CE regula que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. La protección así otorgada por la Constitución, como manifiesta el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de junio de 2009, enlaza con el derecho a la privacidad, más amplio que el derecho a la intimidad pues en tanto ésta protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona, la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad que aisladamente consideradas pueden carecer de significación intrínseca pero que coherentemente enlazadas entre sí arrojan un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y, en el caso que ocupaba en esta sentencia al Tribunal Supremo, tampoco cabía entender la injerencia en tal derecho puesto que los

(34) GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital”, en *Prueba y proceso penal*, Valencia, 2008, p. 5.

datos a los que se accedió, obrantes en el CD, se correspondían con documentos incorporados a expedientes sancionadores, por ende de carácter oficial, sin que en ningún momento se accediera a ámbitos protegidos por el derecho a la privacidad e intimidad como podría suceder con el volcado de la información del ordenador intervenido aún no teniendo éste carácter personal y ser un instrumento de trabajo, siempre que con dicho acceso se pudieran conocer informaciones sensibles a los efectos de los derechos mencionados (correo electrónico, archivos personales, etc) en cuyo caso sí se podría exigir esa autorización judicial.

2. Introducción del documento electrónico por las partes

En el supuesto de que sea introducido en el proceso por las partes la normativa resulta escasa en lo relativo a la aportación de la prueba documental y demás pruebas de convicción, por eso opinamos como lo hace MORENO CATENA, que debe aplicarse por analogía el régimen legal previsto en el marco de los artículos de previo pronunciamiento para la prueba documental —arts. 666 y ss. de la LECR—.

Así bien, la parte podrá incorporarlo al proceso en la fase de instrucción, bien presentando un documento, del que tenga la disposición, para que se incorpore a las actuaciones; bien, si el documento no consta en autos y no está en posesión de la parte, podrá ésta designar el archivo, lugar, etc., donde el documento se halla, solicitando al tribunal que los reclame en la forma debida y con la antelación suficiente para que puedan estar en el tribunal el día de la vista. En cualquier caso, con o sin petición de parte, podrá el juez de instrucción siempre acordar como diligencia que se aporte un documento al proceso.

Ya en la fase de juicio oral, el artículo 726 de la LECr regula el reconocimiento judicial, estableciéndose que el órgano sentenciador examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción. Semejante previsión ha servido de base para atribuir eficacia probatoria a los documentos convencionales por la simple fórmula de darlos por reproducidos al término de las sesiones, o mediante su lectura, cuando así fuera interesado por alguna de las partes.

Al respecto ya manifestó el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de enero de 1993 respecto a la prueba documental que se trataba de “una prueba preconstituida, producida fuera del proceso... Por ello la LECR determina que el tribunal examinará por sí mismo tal clase de prueba (art. 726 de la LECr), pues de ese simple examen puede obtener la convicción sobre sus efectos probatorios”.

En efecto, la prueba documental, por su propia naturaleza, no requiere de la oralidad para transmitir al Juzgador la información que la fuente de prueba contiene, pues como los objetos que aparecen como piezas de convicción, su apreciación debe hacerse, por la observación directa del juzgador, a cuyo fin dispone la ley que el tribunal los examine por sí mismo (art. 726). La garantía

de la práctica de este medio de prueba es la inmediación, por supuesto, y la contradicción, de modo que será necesario dentro del juicio oral abrir el debate procesal sobre estas fuentes de prueba⁽³⁵⁾.

Así bien, el órgano judicial podrá examinar los documentos que consten en el sumario, una vez que la parte hubiera propuesto la prueba documental, indicando los concretos documentos que constan en el sumario que propone, con mención del folio, y ello porque, salvo lo previsto en el artículo 729 LECR, no cabe la prueba practicada de oficio.

Igualmente, podrán las partes llevar a cabo la práctica de prueba documental de documentos que no constan en el sumario, pero que tienen en su poder. En este caso, la parte deberá indicar y presentar los documentos que quiere que sean introducidos al proceso para formar la convicción del juez y aportar tantas copias de ellos como partes personadas haya en la causa. Pero como en el documento informático, el documento es el soporte, no su transcripción, la parte además debe pedir que se visualice el documento electrónico en el acto del juicio, que es la forma de practicar esta prueba porque, a diferencia del documento tradicional, el electrónico, requiere necesariamente la visualización o audición de éste⁽³⁶⁾. De forma tal que habrá de aportarse el soporte original y tantas copias como partes haya. Sin embargo, la LECr no dice cómo se realizarán esas copias, si ha de tratarse propiamente de una copia o simplemente de una transcripción, pero, a la vista de lo sencillo que resulta la realización de una copia de un documento informático, parece más conveniente aportar una verdadera copia. A ello, además, aboga lo dispuesto en el artículo 762.5.º LECR al

(35) MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2008, p. 405.

(36) MORENO CATENA, V., “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, en *Prueba y proceso penal*, Valencia, 2008, p. 24, opina que para incorporar al juicio oral la fuente de prueba que la parte pretende utilizar y no se encuentra a su disposición se utilizan tres vías: la lectura de su documentación en la fase de investigación (art. 730 LECR) cuando se incorpora a un acta o consta o consiste en un documento, y la apreciación directa por el juzgador cuando se trata de cosas u objetos (cuerpo del delito, instrumentos o efectos del mismo y piezas de convicción), o el visionado o audición del soporte donde haya quedado constancia de la fuente de prueba en la instrucción. Cuando la fuente sumarial se incorpora al juicio oral no basta la simple lectura, de acuerdo con el art. 730 LECr, que facilita el contacto del juez con la fuente de prueba, sino que a la lectura le ha de seguir la posibilidad del debate procesal y de la contradicción, superando algunas prácticas forenses en que el precepto legal se cumplía dando “por reproducido” el documento sin siquiera tomarse la molestia de leerlo. Lo propio hay que señalar de la apreciación directa, visionado o audición, que exigen la apertura de un específico momento en el juicio para que las partes puedan debatir y contradecir su contenido, pero también su adquisición y conservación. Se trata en realidad de un medio probatorio, un mecanismo para introducir en el juicio oral una fuente de prueba tal y como se registró en su momento, al ser imposible traerla al juicio oral. Y, como todo medio de prueba, su destino es propiciar el debate ante el juez de la decisión, con los límites y contenidos que sean propios del caso.

señalar “... tantas copias literales de los mismos, realizadas por cualquier medio de reproducción...”. Además, por otro lado, los artículos 267 y 268 LEC prevén la posibilidad de presentar los documentos por copia simple, ya sea en soporte papel o, en su caso, en soporte electrónico a través de imagen digitalizada incorporada como anexo que habrá de ir firmado mediante firma electrónica⁽³⁷⁾.

Si el documento informático original no consta en un soporte mueble fácilmente transportable, lo más adecuado resulta aportar copias en soporte audiovisual o, en su caso, una copia en soporte audiovisual y tantas transcripciones como partes hayan personadas.

Además de aportar los soportes, habrá de disponerse en el juzgado de los medios técnicos correspondientes para practicar la prueba. Por ello, la parte al proponer las pruebas correspondientes debe solicitar que en el acto de la vista se disponga del medio técnico de que se trate. En conclusión, es necesario que se disponga del instrumento adecuado para la transmisión de la información, porque la prueba es el diskette, el CD..., no las transcripciones que, de lo que hay en ellos, se entregue a las partes. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de noviembre de 2003 respecto a una cinta producto de una intervención telefónica, diciendo que “Respecto de la entrega de las transcripciones, ya es sabido que su valor es meramente auxiliar, que las intervenciones telefónicas en cuanto medio de prueba están constituidas por la propia cinta”. No obstante, en algunas ocasiones tanto el Tribunal Supremo, como el Constitucional, han entendido que se hallaba bien practicada la prueba con la lectura de la transcripción de las cintas, sin necesidad de su reproducción. Así la STC de 20 de diciembre de 1999, en la que se afirma que ninguna relevancia tiene para la eficacia probatoria de las grabaciones telefónicas el hecho de que las grabaciones de las cintas no fueran reproducidas en el juicio oral⁽³⁸⁾.

También podrán las partes solicitar su lectura, tal y como prevé el artículo 730 LECR, según el cual “*Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio*

(37) PARDO IRANZO, V., *Prueba documental en el proceso penal*, Valencia, 2008, pp. 188 y ss.

(38) STS de 3 de abril de 2001 “la información obtenida a través de las intervenciones telefónicas puede ser incorporada al proceso como medio autónomo de prueba, bien por sí misma con audición directamente por el tribunal de las cintas, bien a través de su transcripción mecanográfica, como documentación de un acto sumarial previo, o por medio de las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las intervenciones telefónicas.

oral”. Se trata de permitir leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias sumariales que por causas independientes de la voluntad de aquéllas no puedan ser reproducidas en el juicio oral. En este sentido la SAP de 23 de mayo de 2003 manifiesta, ante la petición de nulidad que interesa una de las partes por no haberse dado lectura a la declaración de la acusada prestada en fase de instrucción, que “consta en el acta que el magistrado denegó la petición ya que la declaración en cuestión se realizó sin la asistencia de letrado y además considero que ningún interés existe para dicha lectura toda vez que la acusada, a lo largo del interrogatorio al que estaba procediendo el Fiscal en el juicio, reconoce los hechos, siendo ésta, es decir, la declaración que se llevó a cabo en el juicio la única a valorar a efectos de prueba... pues bien, la Sala considera contrariamente a lo expuesto por el Ministerio Fiscal, que la declaración cuya lectura interesó, ni constituye una prueba anticipada, ni su lectura en el acto del juicio puede serlo al amparo del art. 730 LECr, pues sólo pueden serlo aquellas diligencias practicadas en la fase de instrucción que no puedan ser reproducidas en el juicio oral por causas independientes de las partes y que fueron practicadas con todas las garantías en la fase de instrucción, circunstancia que, en modo alguno acontece en el presente caso, en el que la declaración sumarial de la acusada fue perfectamente reproducible en el acto del juicio: la acusada se sometió al interrogatorio de la parte y reconoció los hechos...”.

En cualquier caso, no cabe que el juez acuerde de oficio la lectura de dichas diligencias, pues según considera el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de enero de 2006 “si el juez acordara de oficio excedería de las facultades de iniciativa probatoria que la legislación, efectivamente y con base en los principios imperantes de oficialidad o búsqueda de la verdad material, otorga en este ámbito al juzgador, pues semejante protagonismo nunca ha de llegar a erigirse en una absoluta suplantación de la función acusadora, sino que debe quedar reducido a la búsqueda de aclaraciones o complementos respecto de pruebas ya producidas a instancia de aquél sobre quien pesa la carga de la acreditación de los hechos de que se trate”.

Tampoco cabrá que el órgano jurisdiccional ordene la prueba de oficio a la luz de lo previsto en el artículo 729.2 LECr, según el cual podrán proponerse por el órgano jurisdiccional “las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación”. Esta afirmación, a pesar de la dicción del precepto, es la que ha mantenido el Tribunal Supremo en varias resoluciones, así en la de 1 de diciembre de 1993 (1993/9225), según la cual la facultad del artículo 729.2 LECr supone una contradicción con el principio acusatorio que rige en el proceso penal puesto que su ejercicio convierte al Tribunal en acusador o defensor, según la prueba acordada sea de cargo o de descargo. Asimismo, produce agravio para el acusado desde el momento en que su defensa se ve privada de la posibilidad de

aportar nuevos elementos probatorios que desvirtúen sus efectos. Y, por último, el tribunal pierde su imparcialidad objetiva porque la simple formulación de dicha prueba exterioriza un prejuicio o toma de posición.

Hubo una segunda resolución en la misma fecha, de 1 de diciembre de 1993 (1993/9226), en la que realiza una distinción. Si el medio de prueba practicado de oficio por el tribunal va dirigido a probar la existencia o inexistencia de unos determinados hechos se produce la vulneración de la imparcialidad objetiva, de forma que planteado un recurso de casación, basado en el artículo 5.4 LOPJ y 24.2 CE con alegación de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, debería ser estimado. Pero si, en cambio, se dirige únicamente a verificar si la prueba sobre los hechos es o no fiable desde el ángulo del artículo 741 LECr, no hay vulneración de la imparcialidad y si se planteara un recurso de casación éste debería desestimarse.

En consecuencia, parece quedarse reducido el ámbito de aplicación del artículo 729.2 LECr al impulso probatorio del juez respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes⁽³⁹⁾.

Por último, presentado un documento electrónico, cabe que se requiera, bien de alguna otra operación por haberse impugnado su autenticidad, o bien la práctica de alguna otra prueba cuando se exijan unos conocimientos técnicos específicos, como para la descryptación de un documento electrónico cualificado, en cuanto la eficacia probatoria del medio de prueba tecnológico pasa por la comparencia de los sujetos intervinientes o de sus autores en el plenario a fin de que expliquen y ratifiquen los resultados obtenidos.

Pero es más, normalmente será necesaria la presencia de un perito en cuanto la valoración de este medio probatorio ha de pasar inevitablemente por resolver sobre su aceptación técnica, de tal modo que el perito auxiliara al juez en⁽⁴⁰⁾:

- Identificar debidamente el hardware o equipo del que procede el documento electrónico.
- Acreditar que dicho equipo funciona de modo correcto.

⁽³⁹⁾ STC de 10 de julio de 2000.

⁽⁴⁰⁾ URBANO CASTRILLO, E., “El documento electrónico: aspectos procesales”, en *Internet y Derecho Penal*, pp. 588 y ss.

- Demostrar que los datos introducidos en el ordenador, lo ha sido conforme a un programa que refleja la exactitud de dicho proceso de registro.
- Explicar, de modo razonable, que el procesamiento, almacenaje y salida de datos, se ha realizado de forma fiable.
- Que puede acreditarse, por otros medios, quiénes participaron en el proceso de elaboración del documento y que efectivamente se ha controlado éste.

**EL ELEMENTO PERSONAL EN LA DETERMINACIÓN
DE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO
DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.
ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL MENOR
COMO VÍCTIMA INCLUIDA EN LA LEY ORGÁNICA
1/2004 DE VIOLENCIA DE GÉNERO (*)**

ARANTZA LIBANO BERISTAIN

Profesora de Derecho Procesal, Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

El ámbito subjetivo que ha de concurrir para que el juez de violencia sobre la mujer devenga competente plantea, desde el análisis del menor de edad como posible víctima de actos relacionados con la violencia de género, algunas cuestiones problemáticas que precisan de matización. Ahora bien, al objeto de realizar un estudio exhaustivo, no cabe dejar de lado la otra modalidad de víctima (la mujer que reúne determinadas características) a fin de que se active la competencia de este órgano judicial, pues existen ciertas conexiones entre la “víctima mujer” y la víctima menor de edad, que serán abordadas en el presente trabajo.

ABSTRACT

The subjective scope that must converge so that the judge of violence on the woman becomes competent outlines, from the analysis of the minor as possible victim of acts related with the gender violence, some problematic questions that require a rider. Now then, with the object of carrying out an exhaustive study, it is not possible to leave aside the other victim modality (the woman that gathers certain characteristic) so that the competence of this judicial system is activated because certain connections exist among the “victim woman” and the victim minor that will be approached in the present work.

(*) Comunicación presentada y defendida públicamente en el Seminario Internacional *El proceso penal entre Europa y América: especial consideración a las víctimas menores de edad* celebrado los días 3 y 4 de noviembre de 2008 y organizado por el área de Derecho Procesal de la Universidad de Gerona. El presente trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación *Tutela jurisdiccional de la víctima de la violencia de género: análisis y propuestas* [DER2009-10749 (subprograma JURI)], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación —Gobierno de España— y por el FEDER —Unión Europea. Fondo Europeo de Desarrollo Regional—.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. EL ELEMENTO PERSONAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.
 1. **Víctima mujer.**
 2. **Víctima descendiente, menor de edad o incapaz.**
 - III. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.
 - IV. BIBLIOGRAFÍA.
-

I. INTRODUCCIÓN

La competencia del juez de violencia sobre la mujer prevista en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género —en adelante, LO 1/2004—⁽¹⁾, gira en torno a varias coordinadas. Existe cierto consenso en relación con dos de ellas, esto es, sobre la necesidad de que concurra un elemento que podemos denominar objetivo o por razón de la materia (algunos asuntos penales y determinados juicios civiles de derecho de familia) y, además, debe darse un requisito subjetivo. Sin embargo, en nuestra opinión, ha de ser analizado un tercer pilar a fin de considerar atribuido un determinado asunto al juez de violencia sobre la mujer. Esta categoría viene representada por la combinación de lo dispuesto en los artículos 1.1 de la LO 1/2004 y 87 ter.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—⁽²⁾.

En la presente contribución nos detendremos en el elemento *ratione personae* y, especialmente, en el menor de edad⁽³⁾ como víctima de hechos que entran en la esfera competencial del juzgado de violencia sobre la mujer. Y es que el nuevo artículo 87 ter.1.a) de la LOPJ, que recoge el mencionado requisito

(1) Sobre la constitucionalidad de la LO 1/2004, véase la paradigmática Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 59/2008 (Pleno), de 14 de mayo. Además, la doctrina sentada en la misma ha sido posteriormente empleada para resolver otras cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el particular.

(2) Precepto introducido a través del artículo 44 de la LO 1/2004.

(3) Al respecto se ha de destacar que el régimen previsto en la LO 1/2004 para el menor de edad coincide como regla general con lo dispuesto para el descendiente y para el incapaz, de ahí que, en ocasiones, nos refiramos conjuntamente a estas tres categorías de sujetos.

subjetivo, exige que los hechos se hayan cometido “contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como (...) sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género”. Como se verá, lo anterior guarda una estrecha conexión con el entendimiento que se dé al concepto de acto de violencia de género.

II. EL ELEMENTO PERSONAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

El legislador ha manejado dos supuestos en la reproducida cláusula de la letra a) del apartado 1 del artículo 87 ter de la LOPJ, que analizaremos en las siguientes líneas:

1. Víctima mujer

En primer lugar, pese a que el objetivo sea *intuitu victima*, no puede, sin ulterior precisión, afirmarse que sea *intuitu mulieris*. Esto nos obliga a distinguir, dentro de las disposiciones de la LO 1/2004, dos tipos de medidas, pues algunas tienen como destinatario la totalidad del colectivo de mujeres al perseguir la igualdad entre ambos sexos (por ej. las previstas en el ámbito de la publicidad y de los medios de comunicación en los artículos 10 y ss.); otras previsiones, en cambio, como las contenidas en los títulos IV y V de la Ley relativos a la tutela penal y judicial, se refieren sólo a aquellas mujeres con un determinado vínculo personal respecto del eventual agresor⁽⁴⁾. Significativamente esta última modalidad restringida se ha empleado a la hora de establecer la regla de atribución subjetiva en la determinación de la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer.

⁽⁴⁾ En este sentido, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el 4 de junio de 2004, En línea, accesible en <http://www.mtas.es/periodico> (consultada el 02-01-2007), al dar noticia de la aprobación del anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Violencia ejercida sobre la mujer señalaba lo siguiente: “Dentro de las situaciones de violencia que viven las mujeres, cobran un especial relieve las conductas delictivas en las que entre el agresor y la víctima existe o ha existido una relación afectiva. Por ello, la Ley contempla un ámbito subjetivo, que incluye medidas de protección general, extensibles a cualquier víctima que lo sea por el hecho de pertenecer al sexo femenino y medidas de protección cualificada, determinadas por la relación de afectividad de la víctima con el agresor”.

Y es que los juzgados de violencia no conocerán de todos los hechos delictivos atribuidos a los mismos *ratione materiae* en que la persona ofendida sea una mujer, lo cual nos lleva a mantener una posición crítica en relación con la denominación otorgada a estos órganos judiciales, pues de ella parece desprenderse que siempre que la víctima sea una mujer resultarán competentes los juzgados de violencia sobre la mujer. De la misma forma, tampoco todo acto que habitualmente se considera violencia de género (así, por ej. una acción constitutiva de un delito de acoso en el ámbito laboral) sería conocido por el juez de violencia sobre la mujer en fase de instrucción o a lo largo de la primera instancia en procesos por falta.

Tal como ya hemos señalado, el elemento subjetivo que debe concurrir a fin de que el juzgado de violencia sobre la mujer devenga competente aparece en la letra a) del artículo 87 ter.1 de la LOPJ, lo que genera ciertos problemas interpretativos en relación con el resto de disposiciones contenidas en dicho apartado 1 y también con respecto al 3.

Concretamente, en la letra b) del apartado 1 del artículo 87 ter de la LOPJ, que establece la competencia del juzgado de violencia sobre la mujer para la instrucción de los delitos contra los derechos y deberes familiares, se plantea la cuestión relativa a cuál debe ser la interpretación de la expresión “cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior”; además, en lo que atañe a la letra c) del mismo apartado, se ha de detallar el sentido del término “víctimas”; y, en el apartado d) encontramos una mención similar a la de la letra b), al indicarse “cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado”⁽⁵⁾. Asimismo, el problema se extiende al apartado 3 del artículo 87 ter de la LOPJ que recoge los requisitos para que el juez de violencia sobre la mujer conozca en primera instancia de ciertos procesos civiles, pues en su letra b) se señala que “alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1.a) del presente artículo”.

Centraremos la exposición en la letra b) del apartado 1 del artículo 87 ter de la LOPJ, si bien las conclusiones que se extraigan deberán aplicarse asimismo al resto de casos en que se produce una remisión (explícita o tácita) a la cláusula del apartado 1 del artículo 87 ter a) de la LOPJ. Dicha letra b) presenta además una dificultad hermenéutica añadida con respecto al resto de supuestos, debido a que la mayoría de los tipos penales incluidos en el capítulo III del título XII del libro II del Código Penal —en adelante, CP— tienen como sujeto pasivo a

⁽⁵⁾ Dejamos de lado la letra e) del artículo 87 ter.1 de la LOPJ, aun cuando implícitamente también existe en este caso una conexión con lo dispuesto en la letra a) del mismo.

menores de edad o incapaces⁽⁶⁾. Ello significará que, salvo lo dispuesto en el artículo 226 y, especialmente⁽⁷⁾, en el artículo 227 del CP, se excluye la posibilidad, por la misma construcción legal, de que uno de los (ex)cónyuges —en lo que nos interesa, la (ex)esposa— pueda ser víctima de aquellas infracciones penales graves.

Los juzgados de violencia han sido creados por una Ley que tiene como objetivo la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres (Exposición de Motivos, III). Por ello, a primera vista, no se explica con facilidad cómo se ha optado por una categoría [letra b) del apartado 1 del artículo 87 ter de la LOPJ] que excluye casi sistemáticamente —salvo las excepciones mencionadas— al colectivo de mujeres que ampara el título V de la LO 1/2004 y se centra en el menor de edad o en el incapaz como sujeto pasivo de dichos delitos. De esta forma parece que quedaría en el ámbito de conocimiento del juez de violencia sobre la mujer el supuesto delictivo en el que, por ejemplo, exclusivamente ha sido víctima de un delito de impago de la pensión alimenticia un descendiente de la pareja⁽⁸⁾; sin embargo, lo anterior deberá modularse median-

(6) Ésta pudiera ser una de las razones que explica que la controversia teórica sobre la presente cuestión principalmente haya surgido en el ámbito de la letra b) del apartado 1 del artículo 87 ter de la LOPJ y no en relación con la letra d) que prevé una cláusula equivalente. Ofrece otra justificación la Circular núm. 4/2005 de la Fiscalía General del Estado —en adelante, FGE— relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, p. 64, cuando apunta que en las faltas “dicha cuestión apenas tiene trascendencia, dado su carácter residual”.

(7) Según la Circular núm. 4/2005 de la FGE, cit., p. 53, “el delito previsiblemente más frecuente, por su mayor incidencia estadística, será el del artículo 227 del CP”.

(8) El auto —en adelante, A— de la audiencia provincial —en adelante, AP— de Barcelona núm. 499/2005 (Sección 2.ª), de 29 de septiembre, en donde se zanjaba dicha cuestión señalando que corresponde al juez de violencia sobre la mujer “la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares y conforme a una interpretación lógica del precepto tienen tal naturaleza aquellos como los de autos que consisten en el impago de pensión a favor del hijo común ya que supone la infracción de una obligación de carácter familiar sin que el legislador haya hecho otra distinción” [Se ha de destacar que la Sección 2.ª de la AP Barcelona modificó dicho criterio en relación con las sucesivas cuestiones de competencia que hubo de resolver: núm. 582/2005, de 31 de octubre; núm. 652/2005, de 30 de noviembre; núm. 674/2005, de 12 de diciembre; núm. 712/2005, de 21 de diciembre; núm. 160/2006, de 9 de febrero; núm. 475/2006, de 3 de julio]. Véase la dura crítica contenida en el AAP de Sevilla núm. 41/2006 (Sección 4.ª), de 20 de enero (Fundamento Jurídico —en adelante, FJ— 4.ª), a una interpretación de semejantes características a la del citado AAP de Barcelona núm. 499/2005: “incurre en esa injustificada ampliación del marco competencial de los juzgados especializados, ajena y aun contraria al propósito legislativo,

te la cláusula de remisión “cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior”.

Ahora bien, tampoco se presenta exenta de polémica dicha última expresión, pues no es claro el sentido que se le ha de otorgar. Además, la misma se ha de relacionar con el concepto de acto de violencia de género, término que se ha empleado en la LO 1/2004 en dos acepciones: una amplia, utilizada en el artículo 57 de la LO 1/2004 que ha introducido el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que incluye cualquiera de las modalidades contenidas en el artículo 87 ter.1 de la LOPJ; y, otra, en sentido estricto o propio [ambos términos se emplean en el AAP de Sevilla núm. 41/2006 (Sección 4.^a), de 20 de enero (FJ 4.^o)], que ciñe dicha expresión exclusivamente a los delitos violentos incluidos en la primera letra del apartado 1 del artículo 87 ter de la LOPJ.

Y es que, volviendo a la expresión “cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior”, en primer lugar, podría entenderse suficiente con que la víctima de alguno de los delitos previstos en la letra b) reúna las características establecidas en la letra a), exigiéndose así que se hayan cometido los hechos “contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente (...)”⁽⁹⁾. Y, de seguirse un entendimiento como

hasta conducir aquélla al extremo absurdo de que, al no conectar los delitos contra los derechos y deberes familiares con ningún acto de violencia de género en sentido propio, resultaría que los Juzgados de Violencia contra la Mujer serían competentes para la instrucción de delitos de esa naturaleza cometidos por sujetos activos varones contra descendientes propios o contra menores o incapaces que con él convivan, unos y otros del mismo sexo, en el marco de unidades familiares (como las monoparentales o las formadas en torno a matrimonios o parejas de hombres) en las que ni siquiera existiera una mujer, con lo que se llegaría a la paradójica y chocante situación de que los Juzgados de Violencia contra la Mujer acabaran dedicando parte de su actividad jurisdiccional a investigar presuntos hechos delictivos en los que brillarían por su ausencia tanto la violencia como el sujeto pasivo femenino, que son las dos notas que caracterizan la nueva institución y dan sentido a su creación”.

⁽⁹⁾ En palabras de CUBILLO, Ignacio, “Los juzgados de violencia sobre la mujer y la determinación de su competencia”, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, pp. 136, 137, “no se está exigiendo que las personas afectadas por los delitos de la letra b) sean, a su vez y en efecto, víctimas de los delitos comprendidos en la letra a) (...). Por tanto, pensamos que (...) únicamente está describiendo el ámbito de *sujetos pasivos* sobre los que deben cometerse los delitos en ella incluidos para que puedan ser instruidos por el JVM, lo que hace remisión y referencia a los potenciales —y no necesariamente actuales— sujetos pasivos de los delitos de la letra a)” (Cursiva en el original).

el expuesto, parece que en la expresión “acto de violencia de género” entrará cualquiera de los casos contenidos en las diversas letras del apartado 1 del artículo 87 ter de la LOPJ.

En segundo lugar, también cabría considerar que, junto con la (hipotética) concurrencia de un delito de los previstos en el capítulo III del título XII del CP, se debe apreciar la (eventual) existencia de alguna infracción penal grave violenta de las de la letra a) —para que al juez de violencia sobre la mujer se le asigne la instrucción por unos hechos en su caso constitutivos de un delito de impago de pensiones deberá existir el mismo junto con alguno de los incluidos en la letra a) del artículo 87 ter.1 de la LOPJ—⁽¹⁰⁾. De esta manera, la cláusula “acto de violencia de género” quedaría aquí reducida, tal como interpretamos los supuestos incluidos en dicha letra a)⁽¹¹⁾, exclusivamente a los delitos cometidos con violencia o intimidación.

En definitiva se debe esclarecer si la remisión a la letra a) del precepto comentado lo es sólo en lo que al requisito subjetivo respecta, o si, además, debe exigirse la concurrencia, *ratione personae* y *ratione materiae*, de un supuesto de los establecidos en la letra a).

Se aprecia con relativa facilidad el problema planteado en el caso de que nos hallemos, por ejemplo, ante un delito del artículo 227 del CP en que la esposa aparece como sujeto pasivo del mismo. ¿Quedaría asignada la correspondiente investigación al juez de violencia sobre la mujer o al de instrucción? Según la primera de las opciones expuestas, la concurrencia de dicho tipo penal sería suficiente para considerarlo entre las competencias del juez de violencia sobre la mujer⁽¹²⁾. En cambio, desde la óptica de la segunda, se exigiría, además, que se haya producido un delito de los incluidos en la letra a) del apar-

⁽¹⁰⁾ Criterio mantenido en el Documento 73 *criterios adoptados por magistrados de audiencias provinciales con competencias exclusivas en violencia de género*, Seminario de Formación organizado por el CGPJ para magistrados pertenecientes a secciones especializadas en violencia de género, Madrid, 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2005, cuestión 4.^a del día 30 de noviembre; AAP de Jaén núm. 21/2006 (Sección 3.^a), de 16 de febrero; PÉREZ-OLLEROS, Francisco Javier, “Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Revista La Ley*, núm. 6273, (lunes 13 de junio de 2005), ref.^a D-140, p. 1832; MARTÍNEZ, Elena, *La tutela judicial de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 124, 125.

⁽¹¹⁾ Sobre el particular puede consultarse nuestro trabajo “La competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer y su incidencia en la ejecución civil”, *La ejecución civil: problemas actuales actuales* (coords. Manuel CACHÓN y Joan PICÓ), Atelier, Barcelona, 2008, pp. 281-314.

⁽¹²⁾ En este sentido, el AAP de Granada núm. 30/2006 (Sección 2.^a), de 18 de enero (FJ 1.^o).

tado 1 del artículo 87 ter de la LOPJ para que se encargue de la investigación el juez de violencia⁽¹³⁾.

En nuestra opinión, resulta más convincente la primera de las opciones, esto es, la equiparación de acto de violencia de género con cualquiera de las posibilidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 87 ter de la LOPJ, aun cuando los supuestos previstos en la letra a) son los que más claramente se asocian con dicha expresión, y entender así que la cláusula “cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a)” sólo limitará el ámbito subjetivo y no, junto al mismo, el objetivo.

2. Víctima descendiente, menor de edad o incapaz

Además, dentro del concepto de víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares⁽¹⁴⁾ parece, aunque cause cierta sorpresa, que quedarán incluidos los descendientes, menores⁽¹⁵⁾ e incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, “cuando también se haya producido un acto de violencia de género”⁽¹⁶⁾.

(13) Interpretación mantenida en el AAP de Sevilla núm. 41/2006 (Sección 4.^a), de 20 de enero (FJ 4.^o).

(14) Expresión utilizada en la Exposición de Motivos de la Ley (III).

(15) En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley (II) señala que las “situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”.

(16) En cambio, el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer limitaba su ámbito subjetivo exclusivamente a la categoría de la mujer (artículo 33), con una cláusula idéntica a la contenida en la redacción final de la LO 1/2004 para el supuesto de la víctima mujer. Al respecto, el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer del CGPJ, 24 de junio de 2004, pp. 14, 15, se mostró especialmente crítico, señalando lo siguiente: “La circunstancia de que personas que no son mujeres constituyan una minoría en términos porcentuales, no debería impedir que una ley integral de medidas contra la violencia en ámbitos de subordinación extienda su ámbito de protección también a esas personas. Si el Derecho debe proteger a las minorías cuando las exigencias de tutela surgen de un mismo fundamento, la Ley debería ser integral también en lo subjetivo en situaciones objetivas idénticas. Por lo tanto, no se obtiene mayor protección de la mujer por la circunstancia de que la ley la proteja tan sólo a ella excluyendo de su ámbito a menores o ancianos, incluso a los hombres. Es cierto que esos otros grupos tienen ya protección

En primer lugar, dado que la Ley no ha establecido salvedad alguna, se ha de entender que la categoría de los descendientes (capaces) debe albergar también a los hijos (e hijas) mayores de edad, siempre que convivan con el (presunto) autor de los hechos o sean dependientes —en el sentido amplio que maneja la Ley, que abarca tanto supuestos de dependencia económica como afectiva— con respecto a la figura de la mujer. Merece, asimismo, ser criticada la ausencia de los ascendientes (capaces) del grupo de sujetos a los que se extiende el ámbito subjetivo de los juzgados de violencia sobre la mujer⁽¹⁷⁾, aun cuando se cumplieran las exigencias de convivencia o de otra índole previstas en el citado apartado.

No obstante lo señalado hasta ahora, la existencia de un acto de los incluidos en el apartado 1 del artículo 87 ter de la LOPJ contra algún descendiente, menor o incapaz que conviva con el autor o que se halle sujeto a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente no resulta suficiente para que el mismo sea conocido por el juez de violencia sobre la mujer. En este sentido, la Ley exige, además, la realización de un acto de violencia de género.

Si bien la redacción y puntuación empleadas en el artículo 87 ter.1.a) *in fine* LOPJ no facilitan la comprensión de este último requisito necesario para que

jurídica adecuada, pero las medidas más beneficiosas e intensas que incorpore eventualmente la ley deberían extenderse también a esos otros colectivos. La razón es sencilla: sólo en el caso de que las mayores medidas de protección que ofrece la nueva ley fuesen bienes escasos que no pudiesen alcanzar a todos, es cuando se justificaría una restricción del ámbito subjetivo de la ley. De no ser así —como en efecto no lo es— es por lo que entiende este Consejo que el ámbito de protección de la ley debe alcanzar a todos aquellos que se encuentren en la misma situación de dependencia, subordinación o inferioridad”. Contrario, asimismo, a dicha exclusión, el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, 24 de junio de 2004, pp. 29, 30. Por su parte, RODRÍGUEZ, José Luis, *Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Guardia*, Bosch, Barcelona, 2006, p. 61, las denomina “víctimas de la violencia de género de «segundo grado»”.

(17) Por el contrario, en la Proposición de Ley 122/000163 Integral contra la violencia de género presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de Ley, 21 de diciembre de 2001, núm. 183-1, sí que se incluía la categoría de ascendientes, al señalarse en el artículo 17.Dos de la misma: “2. Los Juzgados de Igualdad y Asuntos Familiares tendrán competencia para resolver todas las cuestiones que se susciten en materia de derecho de la persona y de derecho de familia. Se considerarán comprendidos en este ámbito quienes sean o hayan sido cónyuges o estén o hayan estado ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, o hayan mantenido una relación afectiva de pareja, así como los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, *ascendientes* o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de una u otra de dichas personas” (Cursiva añadida).

resulte conecedor el juzgado de violencia en aquellos supuestos en que la víctima de los hechos no sea la propia mujer (con la relación sentimental mencionada anteriormente), entendemos que se han de analizar tres aspectos. En primer lugar, como ya hemos adelantado, la expresión “acto de violencia de género” engloba cualquier acción que tenga encaje en alguna de las letras del apartado 1 del artículo 87 ter de la LOPJ y no sólo los delitos violentos de la letra a). Por otro lado, ha de existir asimismo una “víctima mujer”, por lo que resulta insuficiente la comisión de un hecho que tenga cabida en el artículo 87 ter.1 de la LOPJ, pongamos por caso, contra un menor a fin de activar la competencia del juez de violencia sobre la mujer⁽¹⁸⁾. Consecuentemente, en tercer lugar, se está aludiendo a situaciones en las que ha existido una pluralidad de acciones o, al menos, de sujetos pasivos del delito⁽¹⁹⁾; consideramos que la primera de las opciones citadas también sería posible, por lo que no resulta necesario que ambos hechos —con víctimas diversas— ocurran simultáneamente⁽²⁰⁾.

(18) Por su parte, MUERZA, Julio, “Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección integral contra la violencia de género* (con Antonio V. SEMPERE y Elena ÍNIGO), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 54, muestra su preferencia por la interpretación que considera suficiente para la atribución de competencia al juzgado de violencia sobre la mujer, por un lado, la concurrencia de uno de los tipos penales contenidos en el artículo 87 ter.1 de la LOPJ; y, además, por otro, que la víctima sea descendiente, menor o incapaz. Ello evidencia la existencia de pareceres contrapuestos en la doctrina, lo cual es fruto de la falta de claridad empleada por el legislador en este punto.

(19) Tal interpretación es, asimismo, mantenida por la Circular núm. 4/2005 de la FGE, cit., p. 63, que entiende que dicha expresión “determina la exigencia de que las infracciones penales cometidas contra los menores, etc., estén vinculadas a actos de violencia de género previos o simultáneos para entrar en el ámbito competencial de los Juzgados especializados. Vinculación que será puesta de manifiesto por las circunstancias de todo tipo que concurran en el caso concreto, y no sólo por la unidad de acto, ya que en situaciones de violencia habitual, bastará con que los actos dirigidos contra los menores, etc., se enmarquen en el contexto de maltrato contra la mujer, aunque no coincidan en el tiempo, siempre que se mantengan dentro del marco temporal al que se circunscribe la situación de violencia de género”. Por su parte, en el III Seminario de Formación organizado por el CGPJ para jueces de violencia sobre la mujer con competencia exclusivas, Barcelona, 28-30 de junio de 2006, p. 10, se entendió que “sí tiene que haber una cierta vinculación, un hilo conductor entre el acto de violencia de género y la agresión a descendientes”; asimismo, GISBERT, Marta, “La especialización de los Juzgados: Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Revista de Derecho Procesal*, (2006), p. 340.

(20) Éste ha sido, asimismo, el sentir mayoritario, aun con matices diversos, en la doctrina. Como botón de muestra, véanse, DEL POZO, Marta, “Algunos recelos en torno a la regulación procesal de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Revista La Ley*, núm. 6402, (miércoles 18 de enero de 2006), ref.³ D-16, p. 1275; CUBILLO, Ignacio, “Los juzgados de violencia sobre la mujer y la determinación de su competencia”, cit., pp. 134, 135; GISBERT, Marta, “La especialización de

De nuevo se observa que el concepto de “acto de violencia de género” admite entendimientos diversos, no exclusivamente desde la ya analizada óptica objetiva [sólo los delitos previstos en la letra a) del artículo 87 ter.1 de la LOPJ o cualquiera de los supuestos incluidos en el apartado 1 del artículo 87 ter de la LOPJ], sino incluso desde la perspectiva subjetiva, al permitir ceñir dicha expresión en todo caso a la primera categoría de víctimas estudiada (“víctima mujer”, o “víctima mujer” + “víctima descendiente, menor de edad o incapaz”) o, según otro sector, a cualquiera de las posibilidades (“víctima mujer” o “víctima descendiente, menor de edad o incapaz”)⁽²¹⁾. Además, ambos puntos de vista (objetivo y subjetivo) pueden combinarse atendiendo a sus diversas variables, con lo que la complejidad que se deriva de la citada cláusula se torna excesiva e inapropiada.

Otra cuestión que requiere de ulterior precisión⁽²²⁾ es la de la relación que ha de existir entre el acto de violencia de género cometido contra la mujer y el hecho cometido contra el menor, descendiente o incapaz⁽²³⁾. Este tema resulta relevante, pues de la solución que se dé dependerá que se active la competencia del juez de violencia sobre la mujer para el conocimiento del hecho aparentemente delictivo realizado contra un menor, descendiente o incapaz. A tal fin nos parece sugerente el criterio que propone CUBILLO, al entender que el marco temporal para que el mismo juez de violencia sobre la mujer conozca del hecho presuntamente delictivo cometido contra el menor, descendiente o incapaz se ha de limitar a lo que el autor denomina “unidad procedimental”, esto es,

los Juzgados: Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, cit., pp. 339, 340; DELGADO, Joaquín, “Los juzgados de violencia sobre la mujer”, *Revista La Ley*, núm. 6279 (miércoles 22 de junio de 2005), ref.^a D-155, p. 1919. En cambio, PÉREZ-OLLEROS, Franciso Javier, “Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género”, cit., p. 1827, considera que la violencia doméstica que acompaña a la de género ha de serlo “de manera coetánea o simultánea” a esta última.

(21) Desde una tal perspectiva se podría distinguir así el acto de violencia de género sobre la mujer y el acto de violencia de género sobre un “descendiente, menor o incapaz”, lo cual no nos parece satisfactorio teniendo en cuenta la *ratio legis*.

(22) Sin embargo, no plantea problemas de sustentar una interpretación como la propugnada por MURZA (véase nota 18).

(23) Al respecto, resultan ilustrativas las palabras de DEL POZO, Marta, “Algunos recelos en torno a la regulación procesal de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, cit., p. 1275 (también de la misma autora en *Violencia doméstica y juicio de faltas*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 199): “¿se necesitará una sentencia? ¿tendrá que ser firme o valdrá con que sea definitiva? ¿podrá apreciarse con la existencia de una mera denuncia por un acto de violencia de género de manera previa la agresión al hijo o al menor? Todo ello resulta especialmente grave en los supuestos de juicios rápidos de delitos e inmediato de faltas puesto que dicha competencia debe determinarse de manera inicial por la Policía Judicial”.

se encargará de la instrucción por el hecho cometido contra alguno de los sujetos citados si todavía conserva en sus manos la causa en que la víctima era la mujer⁽²⁴⁾.

III. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Estimamos que las dificultades planteadas disminuirían si la Ley hubiera optado por otra fórmula. En concreto, tal como ha sido destacado⁽²⁵⁾, el nuevo artículo 17 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —en adelante, LE-Crim.—, que extiende la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer a los casos en que la conexión tenga su origen en los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la LECrim., deja inexplicablemente fuera de su ámbito de actuación el último (5.º) supuesto de conexión previsto en el artículo 17 de la LE-Crim. El mismo reza así: “Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados”.

Se habría conseguido de esta manera incluir todos los supuestos de violencia doméstica en la competencia de un órgano especializado sin necesidad, por un lado, de acudir a fórmulas como la comentada “cuando también se haya producido un acto de violencia de género”, cuya extensión no resulta pacífica; y, por otro, sin una regulación específica para los diversos grupos de sujetos, como sucede actualmente en el citado artículo 87 ter 1.a) de la LOPJ, y sin que, además, se hubiera dejado fuera del ámbito competencial del juez de violencia sobre la mujer (o como hubiera de denominarse) hechos cometidos contra personas que contempla el artículo 173.2 del CP, como son, por ejemplo, los ascendientes (capaces) o hermanos (capaces). Ahora bien, tampoco era ésta la intención del legislador con la LO 1/2004, con lo que, a buen seguro, la exclusión del reproducido artículo 17.5.º de la LECrim. haya sido realizada de manera plenamente reflexiva.

(24) CUBILLO, Ignacio, “Los juzgados de violencia sobre la mujer y la determinación de su competencia”, cit., p. 135; y del mismo autor, “La competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y su tratamiento procesal”, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (dirs. Juan Antonio ROBLES y Manuel ORTELLS), vol. II, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2006, p. 468. Asimismo, SENÉS, Carmen, “Los juzgados de violencia sobre la mujer y sus competencias”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género* (coord. Juan Luis GÓMEZ), Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2007, pp. 229, 230 núm. 21.

(25) Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer del CGPJ, 24 de junio de 2004, p. 67; DEL POZO, Marta, *Violencia doméstica y juicio de faltas*, cit., p. 207.

IV. BIBLIOGRAFÍA

DEL POZO, Marta: *Violencia doméstica y juicio de faltas*, Atelier, Barcelona, 2006.

MARTÍNEZ, Elena: *La tutela judicial de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ, José Luis: *Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Guardia*, Bosch, Barcelona, 2006.

CUBILLO, Ignacio: “Los juzgados de violencia sobre la mujer y la determinación de su competencia”, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006, pp. 119-162.

— “La competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y su tratamiento procesal”, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, dirs. Juan Antonio ROBLES y Manuel ORTELLS, vol. II, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2006, pp. 463-473.

LIBANO, Arantza: “La competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer y su incidencia en la ejecución civil”, *La ejecución civil: problemas actuales*, coords. Manuel CACHÓN y Joan PICÓ, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 281-314.

MUERZA, Julio: “Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección integral contra la violencia de género* (con Antonio V. SEMPERE y Elena ÍÑIGO), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 47-86.

SENÉS, Carmen: “Los juzgados de violencia sobre la mujer y sus competencias”, *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, coord. Juan Luis GÓMEZ, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2007, pp. 215-248.

ARMENTEROS, Miguel: “Algunas cuestiones que plantea la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer”, *Revista La Ley*, núm. 6399 (viernes 13 de enero de 2006), ref.^a D-10, pp. 1227-1234.

DELGADO, Joaquín: “Los juzgados de violencia sobre la mujer”, *Revista La Ley*, núm. 6279 (miércoles 22 de junio de 2005), ref.^a D-155, pp. 1917-1929.

DEL POZO, Marta: “Algunos celos en torno a la regulación procesal de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Revista La Ley*, núm. 6402 (miércoles 18 de enero de 2006), ref.^a D-16, pp. 1271-1286.

GISBERT, Marta: “La especialización de los Juzgados: Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Revista de Derecho Procesal*, (2006), pp. 321-359.

PÉREZ-OLLEROS, Francisco Javier: “Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Revista La Ley*, núm. 6273 (lunes 13 de junio de 2005), ref.^a D-140, pp. 1824-1841.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL *73 criterios adoptados por magistrados de audiencias provinciales con competencias exclusivas en violencia de género*, Seminario de Formación organizado por el CGPJ para magistrados pertenecientes a secciones especializadas en violencia de género, (dirs. Ana FERRER y Vicente MAGRO), Madrid, 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2005, En línea, accesible en http://www.avogacia.org/w3/IMG/pdf/criterios_audiencias_violencia_sexista.pdf (consultada el 24-06-2008).

EL DELITO DE REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO

ANTONIO GILI PASCUAL

*Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de las Islas Baleares*

RESUMEN

Pese a que el delito de realización arbitraria del propio derecho constituye una figura clásica en el ordenamiento penal español, la redacción hoy vigente introdujo en ella cambios sustanciales. Algunos de ellos resultaron claramente perceptibles y por ello tempranamente detectados, pero otros, aunque no menos trascendentes, sólo más recientemente han sido destacados por la doctrina. De estos últimos se ocupa especialmente —aunque no sólo— este estudio, pues en ello residen las claves para una comprensión diversa de esta figura delictiva, en la que se ha producido un vaciamiento de la parte objetiva del tipo a favor del elemento subjetivo, con notables implicaciones en cuestiones como, por ejemplo, el entendimiento tradicional de la relación jurídica preexistente al delito. A la vez, el artículo indaga críticamente en el papel que debe jugar esta peculiar previsión legal en el contexto de un Derecho penal moderno, tan distante al del Derecho histórico que la vio nacer. En este sentido se ofrecen, por ejemplo, nuevos argumentos para su tratamiento de lege ferenda como atenuante específica en tipos determinados.

El estudio discurre, en fin, especialmente atento a la Jurisprudencia y jurisprudencia menor más recientes, tomando así el pulso al auténtico nivel de implantación de los cambios en la realidad aplicativa. Precisamente, la atención a esa realidad aplicativa ha requerido inexcusablemente una referencia pausada a las relaciones concursales con otras infracciones, por ser esta cuestión la que concentra de

ABSTRACT

Although the crime of arbitrary realization of the own right constitutes a classic figure in the Spanish legal system, the current writing introduced in it substantial changes. Some of them were clearly perceptible and so were early detected, but some other, although not less transcendent, have only more recently been highlighted by the doctrine. Of these last ones —although not only— this study is charging of, because there reside the keys for a diverse understanding of this criminal figure, in which has taken place an emptying of the objective part of the type in favour of the subjective element, with remarkable implications in questions as, for example, the traditional understanding of the juridical relationship that pre-exist to the crime. At the same time, the article investigates critically in the paper that should play this peculiar legal forecast in the context of a modern Criminal Law, so distant to that of the Historical Law that saw it be born. In this sense are offered, for example, new arguments for its treatment of lege ferenda like specific mitigating factor in particular types.

The study goes by, in short, specially attentive to the more recent jurisprudence and smaller jurisprudence, taking this way the pulse at the authentic level of installation of the changes in the practice reality. In fact, the attention to that practice reality has inexcusably required a leisurely reference to the tender relationships with other infractions, because is this question the one that concentrates most of

hecho la mayor parte del interés práctico de esta figura, como acredita el alto porcentaje de asuntos en los que la realización arbitraria no es autónomamente enjuiciada, sino que aparece imbricada con otras calificaciones jurídicas.

Palabras clave: Delitos contra la Administración de Justicia; Realización arbitraria del propio derecho; Atenuante específica; Violencia, intimidación, fuerza en las cosas; *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*; Actuación fuera de las vías legales.

the practical interest of this figure, like it is proved by the high percentage of matters in which the arbitrary realization is not prosecuted autonomously, but rather it appears imbricate with other juridical qualifications.

Key words: Crimes against the Administration of Justice; Arbitrary realization of the own right; Specific mitigating factor; Violence, intimidation, force in the things; *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*; Action outside of the legal ways.

SUMARIO

- I. CONTEXTUALIZACIÓN DE UNA FIGURA DELICTIVA PARADÓJICA.
 1. El papel primordial de una mirada histórica.
 2. La configuración actual del tipo.
 3. Una proyección de futuro: la pretensión de realizar un derecho como atenuante específica.
 - II. LO INJUSTO EN LA REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO.
 - III. ELEMENTOS NUCLEARES EN LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL TIPO.
 1. Elemento subjetivo y minoración del injusto.
 - A) Su papel en la estructura típica. Falta de necesidad objetiva de la relación jurídica previa.
 - B) Contenido y significado. El error sobre la preexistencia del derecho.
 2. El elemento normativo.
 - IV. CUESTIONES CONCURSALES.
 1. Delitos contra la integridad física.
 2. Delitos contra la libertad.
 3. Allanamiento de morada.
 4. Delitos contra el patrimonio.
-

I. CONTEXTUALIZACIÓN DE UNA FIGURA DELICTIVA PARADÓJICA

Antes de entrar en el análisis de los factores nucleares que configuran la actual descripción legal del delito de realización arbitraria del propio derecho, merece la pena contextualizar la figura desde un punto de vista evolutivo, uniendo así a la visión estática del Derecho actual una mirada retrospectiva y otra, por así decir, de futuro. Este ejercicio comparativo-especulativo previo ha de resultar útil para obtener una perspectiva más amplia con la que afrontar la interpretación y comprensión de los términos típicos, a la vez que para valorar adecuadamente la existencia de una figura delictiva cargada de paradojas; empezando por la que puede representar el propio hecho de que su antiquísima tradición en España no se corresponda por ello con una más asentada e indiscutida fundamentación, sino que más bien haya convivido, en cambio, con voces que han propugnado su simple y llana desaparición⁽¹⁾. Y es que no está de más apuntar, para principiar este estudio, que no es ésta una figura con presencia universal, siendo que no parecen echarla de menos los ordenamientos que carecen de ella (así, Alemania o Austria), mientras que sí se observan voces que parecen echarla de más donde cuentan con su incriminación expresa (significativamente, el derecho italiano).

1. El papel primordial de una mirada histórica

Respecto de una figura delictiva dada, y en el contexto de un Derecho penal que se reconoce en constante expansión, habrá de parecernos cada vez más un hecho en sí mismo destacable el de que su presencia conste desde las primeras

⁽¹⁾ Así, respecto de la situación legal inmediatamente precedente (art. 337 ACP), en sentido abrogatorio, MAGALDI, M.^a J., “Algunas cuestiones en torno al delito de realización arbitraria del propio derecho”, *ADPCP*, 1992, p. 92, considerando que el delito debía ser excluido “no sólo del marco de los delitos contra la Administración de Justicia, sino también del contexto de nuestro ordenamiento jurídico penal por constituir, como señalara QUINTANO RIPOLLÉS, un mero “abuso del derecho criminalizado”, y entendiendo que existían en el ordenamiento mecanismos suficientes de respuesta ante la situación descrita en el artículo reseñado: tanto civiles (la vía interdictal) como, en su caso, penales (coacciones); *vid.*, también, GARCÍA ARÁN, M., “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código penal de 1992”, en Hje. J. del Rosal, Madrid, 1993, p. 523. Respecto de la redacción dada por el Proyecto de 1980, precursora de la actual, *vid.* QUINTERO OLIVARES, G., “Los delitos contra la Administración de Justicia”, *RJC*, 1980, p. 201.

No deja de resultar llamativo, en cualquier caso, que con el trasfondo de una misma regulación legal coexistiesen también voces abogando, en sentido contrario, por la ampliación de la figura.

codificaciones. Al menos cuando no nos refiramos a delitos que se cuenten entre los alguna vez denominados *naturales*. Este es el caso de la *realización arbitraria del propio derecho*, cuyos ancestros se remontan, por lo que al Derecho español codificado se refiere⁽²⁾, ya al primigenio Código penal de 1822. Evidentemente, al plantear esta mirada retrospectiva no se trata de hacer una crónica lineal y exhaustiva comenzando *in illo tempore*, sino de entresacar de la realidad histórica algunas claves para la interpretación de una figura peculiar, que en alguna ocasión se ha tildado de “delicadez jurídica”⁽³⁾. Concretamente, bastará con evidenciar a través de ello estas tres ideas generales:

1) En primer lugar, que la irrupción de la incriminación en el Derecho español codificado obedeció a razones puntuales, recogiendo una tradición concreta, a la que en realidad se ha mantenido fiel —a salvo algunos matices— hasta la aparición del código vigente⁽⁴⁾. La incriminación de la que la actual trae causa no obedecía así a razones, por así decir, actuales, sino a la perpetuación de previsiones que ahondaban sus raíces en el Derecho histórico, lo que interesa sea tenido en cuenta. De este modo, por más que a la figura actual se le pueda encontrar una justificación desde los parámetros que inspiran el Derecho penal moderno, es muy cuestionable que su presencia se hubiese llegado a proponer *ex novo*, por lo que *de facto* sólo se explica (como delito independiente) en tanto que reforma y ampliación de lo ya existente, que nació en realidad con un sentido histórico distinto y restringido. Es en ese sentido en el que interesa conocer sus precedentes puntuales.

Tales precedentes los recogió el Código de 1822, de modo que la codificación penal española se estrenó contando ya entre sus previsiones con la incriminación de la conducta “*del que á la fuerza quitare á su deudor alguna cosa para hacerse pago con ella, o para obligarle á pagar lo que debe*”⁽⁵⁾. Con esta inclusión, que como se ve incorporaba dos modalidades de conducta, se

(2) Precedentes remotos de esta figura pueden encontrarse tanto en el Derecho antiguo (así, la previsión de la pérdida del crédito a quien hiciese justicia por sí mismo, contemplada en un Decreto de Marco Aurelio, s. II d.C.) como en nuestro Derecho intermedio. Sobre ello, GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria del propio derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 79 a 84.

(3) CARBONELL MATEU, J.C., en el “Prólogo” a la monografía de J. GUARDIOLA GARCÍA, *La realización arbitraria del propio derecho* (2003).

(4) Cuya redacción no ha sido modificada desde su aprobación.

(5) Código Penal de 1822, Título III, Cap. IX (“*De las fuerzas y violencias contra las propiedades, y los despojos*”), artículo 810: “*El que á la fuerza quitare á su deudor alguna cosa para hacerse pago con ella, ó obligarle a pagar lo que debe, sufrirá también un arresto de cuatro á veinte dias, y una multa de cinco á cincuenta duros*”.

daba respuesta, según explica BAJO, especialmente a la tradición romana, que separaba del *furtum*⁽⁶⁾ los casos de apoderamiento para asegurar el crédito (prenda extrajudicial) y los de apoderamiento arbitrario de la misma cosa debida⁽⁷⁾. La modificación más destacable en todo el iter evolutivo de la figura vendría precisamente de la mano del Código inmediatamente posterior, de 1848, que suprimió la modalidad enraizada en la prenda extrajudicial⁽⁸⁾ (*para obligarle a pagar lo que debe*), para quedarse únicamente con la de hacerse pago con el bien objeto del apoderamiento⁽⁹⁾. A partir de ahí, y salvadas algunas revisiones penológicas, en poco había de cambiar el contenido de la descripción legal a través de los códigos sucesivos, que conservaron sin excepción la figura⁽¹⁰⁾.

2) La segunda idea que interesa retener del iter histórico es la de que, pese a tener esencialmente el mismo contenido desde prácticamente sus orígenes, la figura sí ha conocido importantes cambios en su ubicación sistemática. Concretamente, la incriminación ha transitado desde su inicial situación entre los delitos contra la propiedad (CP de 1822), hasta la actual entre los delitos contra la Administración de Justicia (estrenada en 1944), habiendo pasado la mayor parte de su existencia entre los delitos contra la libertad y la seguridad, con las amenazas y coacciones (Códigos de 1848 a 1932). Esta curiosidad evidencia la dificultad para su encasillamiento, y ha de llevar a tomar conciencia de las complicaciones que puede acarrear la precisión del exacto bien jurídico tutelado en la nueva figura.

3) Finalmente, debe concentrarse puntualmente la atención en el precedente inmediatamente anterior al de la redacción vigente, lo que habrá de permitir comprender la amplitud del cambio (ruptura, casi) operado por el legislador de 1995. Señálese ya que es precisamente en este último cambio legal donde se experimenta el salto cualitativo en el tratamiento de la realización

(6) Para incluirlos en la *Lex Iulia de vi privata*.

(7) BAJO FERNÁNDEZ, M., *La realización arbitraria del propio derecho*, Civitas, Madrid, (1976), pp. 44 y ss., basándose en la interpretación de MOMMSEN.

(8) Institución de origen germánico y carácter consuetudinario; *vid.*, BAJO FERNÁNDEZ, M., *La realización arbitraria...*, cit., p. 42.

(9) Art. 411, CP 1848: “*El que con violencia se apoderare de una cosa perteneciente á su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con las penas de arresto menor y una multa equivalente al valor de la cosa, pero que en ningún caso bajará de quince duros*”.

(10) Art. 421 (CP de 1850); art. 511 (CP de 1870); art. 682 (CP de 1928); art. 489 (CP de 1932).

arbitraria del propio derecho⁽¹¹⁾, y no con otras modificaciones que pudieran resultar aparentemente trascendentes, como la del traslado de la figura al Título relativo a los Delitos contra la Administración de Justicia (acaecida en 1944), a la sazón aún de reciente creación (1928).

2. La configuración actual del tipo

Frente a la última redacción el nuevo delito de realización arbitraria del propio derecho presenta, por una parte, diferencias claramente visibles **(a)**, pero también otras menos fácilmente perceptibles aunque en absoluto menos trascendentes **(b)**. Por otra parte, con sus actuales elementos esta tipicidad tolera dos enfoques sustancialmente distintos en su comprensión general, debiendo especificarse cuál de ellos se seguirá en su análisis **(c)**.

(a) Las primeras diferencias aludidas, que apuntan, todas ellas, en una dirección manifiestamente expansiva del ámbito típico, han sido constantemente destacadas por cuantos autores y comentaristas se han ocupado de este delito desde su última redacción⁽¹²⁾, así como por la Jurisprudencia que ha debido aplicarlo. La STS 359/1999, de 1 de marzo, por ejemplo, las resumía señalando que “el Código Penal de 1995 ha modificado la figura en el sentido de extenderla a la realización de cualquier derecho, de suprimir la exigencia de que se cometa mediante el apoderamiento de cosa perteneciente al deudor, y de admitir que pueda realizarse no sólo con violencia e intimidación, sino también con

⁽¹¹⁾ El artículo 337 del Anterior código penal (Texto refundido de 1973) disponía: “*El que con violencia o intimidación se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con la pena de multa equivalente al valor de la cosa, sin que pueda bajar de 100.000 pesetas*”.

⁽¹²⁾ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos contra la Administración de Justicia (I)”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte Especial II*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 487; MARTÍN CANIVELL, J., “La ejecución arbitraria del propio derecho”, *CDJ*, 1997, pp. 133, 137; DEL MORAL GARCÍA, A., en AA.VV., *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1999, p. 1776; FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M. y LÓPEZ MORENO, J., “La nueva configuración del delito de realización arbitraria del propio derecho”, *CDJ*, 1997, pp. 402, 409; MONTERDE FERRER, F., en CONDE-PUMPIDO TOURON, C. (dir)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (coord.), *Comentarios al Código Penal*. T. 5, Bosch, Barcelona, 2007, p. 3251; QUINTERO OLIVARES, G., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.^a ed. (2005), p. 2231. Ya con anterioridad, respecto del Proyecto de 1980, QUINTERO OLIVARES, G., en *RJC*, 1980, p. 200.

fuerza en las cosas”⁽¹³⁾. En esencia, y fijándonos en la que debe considerarse la ampliación fundamental, se ha pasado de sancionar el cobro de una deuda utilizando procedimientos semejantes a los del robo con violencia o intimidación a castigar genéricamente, en palabras de GONZÁLEZ RUS, “el *tomarse violentamente la justicia por su mano*, cualquiera que sea el derecho —y no sólo una deuda— que el sujeto activo tenga respecto del pasivo”⁽¹⁴⁾.

Realmente, no puede decirse que faltasen razones para llevar a efecto esta ampliación a cualquier derecho en abstracto como *a priori* arbitrariamente realizable en forma típica si la cuestión se enfocaba desde un punto de vista exclusivamente formal (*nomen* de la figura) y de proporcionalidad punitiva en el seno del propio Código (otra cosa será que resultase igualmente justificable desde otro tipo de consideraciones). En este sentido, desde aquella perspectiva formal la doctrina se había encargado de señalar de forma insistente que la rúbrica “*De la realización arbitraria del propio derecho (...)*” le venía grande al delito que en realidad cobijaba el artículo 337 antiguo, restringido al derecho de crédito. Y a la vez, se había denunciado el tratamiento insatisfactorio que resultaba de la no previsión de una realización arbitraria en relación con los contenidos de otros delitos, como los de coacciones, daños o sustracción de cosa propia, poniendo con ello en entredicho la coherencia interna del Código,

⁽¹³⁾ STS núm. 359/1999, de 1 de marzo (Pte.: J.A. Marañón Chavarri).

Las SSTs 1242/2003, de 29 de septiembre, o 501/2004, de 14 de abril, por su parte, resumían del siguiente modo la doctrina jurisprudencial elaborada a la luz del antiguo art. 337, comparándola con lo dispuesto en el nuevo art. 455 CP:

“a) En cuanto a la relación jurídica extrapenal preexistente, se exigía que el autor del delito fuera titular de un crédito lícito, vencido y exigible (SS. de 30-5, 30-9 y 25-11-85). Con la nueva redacción dada al tipo de realización arbitraria del propio derecho en el art. 455 del CP de 1995, cabe aplicar éste respecto de derechos no crediticios u obligacionales, como los reales. b) En cuanto a la dinámica, en relación al tipo del art. 337 del CP de 1973, se admitió por la jurisprudencia que el delito pudiera perpetrarse mediante el apoderamiento de la cosa debida o de otra, puesto que el patrimonio del deudor responde con todos sus bienes (SS. 14-11-84, 15-3-88, y 27-10-92), pero se estimaban constitutivos de delito contra el patrimonio los apoderamientos que superasen de forma importante el valor de lo adeudado (S. 3-2-81). Con la nueva redacción, y si se trata de hacer efectivos derechos de propiedad o reales, la apropiación deberá recaer sobre los bienes que constituyen el objeto de los derechos, para que se aprecie el tipo del art. 455. Ha habido sentencias que exigían el requerimiento previo directo y personal al presunto deudor (SS. 12-2-90 y 21-3-91). c) En cuanto al propósito de realizar un derecho propio, elemento subjetivo del injusto, la jurisprudencia (SS. 3-2-81 y 26-2-82) ha entendido que el mismo determina la eliminación del ánimo de lucro, y marca la diferencia con el robo. La intención de enriquecimiento injusto preside el delito de robo, mientras en el art. 455 del CP de 1995, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto”.

⁽¹⁴⁾ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos contra la Administración de Justicia ...”, cit., p. 487.

que con ello permitía castigos mayores para comportamientos de análoga gravedad al previsto en el artículo 337 ACP⁽¹⁵⁾.

El caso es que, sin demasiadas explicaciones a lo largo de la tramitación parlamentaria⁽¹⁶⁾, salió adelante una figura visiblemente ampliada. El concreto significado de estas ampliaciones será tratado al hilo de los elementos típicos específicos de la figura; interesa en este momento, solamente, llamar la atención sobre el alcance de algún otro cambio menos fácilmente perceptible.

(b) Y es que bajo una apariencia continuista en la estructura de esta figura se esconden aún más modificaciones que permiten considerarla, en realidad, profundamente renovada. Resulta obvio que para su revisión —como, en general, para proceder a la modernización de un Título aún no especialmente consolidado en nuestro Derecho⁽¹⁷⁾—, el pre-legislador español se fijó en el Derecho italiano, con una ya amplia tradición en el tratamiento de los Delitos contra la Administración de Justicia. Y así, en efecto, la redacción dada al precepto por el PLOCP de 1980, de la que bebieron los Anteproyectos y Proyectos posteriores, constituyó en lo esencial una traslación de la regulación italiana⁽¹⁸⁾, de la que

(15) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *La realización arbitraria...*, pp. 51 y ss.; respecto de las coacciones, el autor juzgaba correcto interpretar las cometidas para realizar un derecho como falta, a partir de la voluntad legal de tratar los supuestos inspirados en esa finalidad como una figura delictiva menor. Sin embargo —advertía— tal solución seguiría topando con problemas de proporcionalidad, al castigar con pena leve un comportamiento de la misma gravedad que el art. 337 castigaba con pena grave.

(16) Sobre el Proyecto de 1994 (igual al de 1992) prosperaron dos modificaciones: en la tramitación en el Congreso se suprimió el inciso “*en lugar de acudir a procedimientos judiciales o administrativos*” (Enmienda n.º 456, Grupo Popular); en el Senado, se añadió la referencia a la “*actuación fuera de las vías legales*”, sin más explicación que la de “*mejora técnica*” (BOC Senado, 21 de sept. 1995, n.º 87).

(17) Aunque el término *Administración de Justicia* no fue ajeno al ordenamiento español decimonónico (a nivel constitucional, aparecía ya en la Constitución gaditana de 1812), en la legislación penal la aparición de un Título relativo a los delitos contra la Administración de Justicia es relativamente tardía, teniendo lugar con la promulgación del Código Penal de 1928. En esta primera ocasión se incluyeron sólo cuatro figuras delictivas (evasión de presos y condenados, desórdenes en las prisiones y establecimientos penales, quebrantamiento de condena y —por primera vez en el Libro II— el delito de encubrimiento). Desde entonces, la historia del actual Título XX ha sido la de la constante modificación de su contenido, con sucesivas altas y bajas, aunque con una progresiva y clara tendencia expansiva. Sobre ello, GILI PASCUAL, A., *El encubrimiento en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 13 y ss.

(18) Art. 392 c.p. i. *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose* *Chiunque, al fine di esercitare un preteso diritto, potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da se medesimo, mediante violenza sulle cose, è punito a querela della persona offesa, con la multa fino a (...). Agli effetti della legge penale, si ha «violenza sulle cose», allorchè la cosa viene danneggiata o trasformata, o ne è mutata la destinazione.* (...*) (*) un último párrafo de este precepto fue añadido con posterioridad, en 1993).

resultaban clara evidencia la previsión de la actuación “*en lugar de acudir a la vía judicial*”, la inclusión de la fuerza en las cosas o la agravación por el uso de armas⁽¹⁹⁾.

Pues bien, tal vez para dar cobertura a los requerimientos doctrinales expansivos en torno a este delito, el legislador español se fijó en la expresión italiana “*al fine di esercitare un preteso diritto*”, sustituyendo así la antigua previsión de actuación “*para hacerse pago*” por la de actuar “*para realizar un derecho*”. Pero con ello no sólo se amplía a cualquier potencial derecho la actuación típica, como ya se ha hecho notar, sino que se opera un cambio que no fue seguramente bien calibrado, y que sólo las últimas y más reposadas investigaciones se han encargado de poner de manifiesto⁽²⁰⁾. En esencia, se estaba convirtiendo un delito especial en un delito común⁽²¹⁾, lo que, lejos de interesar

Art. 393 c.p.it.: “*Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone* Chiunque, al fine indicato nell’articolo precedente, e potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da se medesimo usando violenza o minaccia alle persone, è punito con la reclusione fino a un anno. Se il fatto è commesso anche con violenza sulle cose, alla pena della reclusione è aggiunta la multa fino a (...). La pena è aumentata se la violenza o la minaccia alle persone è commessa con armi”.

(19) Art. 514 PLOCP: “*El que, para realizar un derecho propio, en lugar de acudir a la vía judicial, recurriere a la violencia, intimidación o fuerza, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.*”

Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas”.

(20) GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., pp. 255 y ss.

(21) Esta modificación, no obstante, no ha sido en general considerada por la doctrina. Así, siguen estimando necesaria la cualidad especial en el sujeto activo, p.e., QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 5.ª ed. (2008), p. 1190; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 14.ª ed. (2002), p. 911; COLÁS TURÉGANO, A., *El delito de realización arbitraria del propio derecho en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 26; MONTERDE FERRER, F., *Comentarios...*, cit., p. 3252; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., en ARROYO ZAPATERO et alt., *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 936; CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (tomo II). Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2201; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Delitos contra la Administración de Justicia...*, cit., p. 487; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. PE*, 12.ª ed. (2007), p. 863, al entender que sólo pueden ser autores quienes detentan un derecho exigible. Ese mismo presupuesto de partida —esto es, la exigencia típica de que se ostente la titularidad de un derecho— no impide, sin embargo, negar que se esté ante un delito especial a MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Colex, Madrid, 3.ª ed., 2005, p. 622. El argumento reside en este caso en apuntar que carece de sentido en un Estado democrático constituir una categoría específica de “derechohabientes” que permita delimitar un ámbito propio de autores de esta infracción.

sólo a las cuestiones participativas, encierra un cambio radical en la estructura del delito porque tal mutación se produce a costa del vaciamiento de la parte objetiva del tipo (que ya no habla de apoderarse —objetivamente— de cosa perteneciente al deudor), a favor del elemento subjetivo, que pasa a constituir definitivamente el elemento preponderante. Esta preponderancia tiene como consecuencia principal la de que, en contra de la interpretación todavía generalizada, el derecho que se pretende realizar no tenga por qué existir de forma efectiva⁽²²⁾.

(c) Finalmente, en este capítulo dedicado a los rasgos generales más sobresalientes para la comprensión de la actual figura delictiva, debe dejarse constancia de que existen, en mi opinión, dos posibles formas encontradas de concebirla, si ésta se toma en consideración haciendo abstracción de sus orígenes.

Por una parte, puede interpretarse su sentido general en términos atenuatorios respecto de otros delitos. El pensamiento que puede sostener esta idea es el de que la finalidad de realizar un derecho nunca puede constituir un injusto penal sino, en todo caso, un elemento de su disminución. Consecuencias principales de este enfoque serán, por una parte, la necesidad de que el hecho violento que se realice con aquella finalidad sea ya constitutivo de delito conforme a otros preceptos del Código, así como, por otra parte, que la solución de las relaciones con otros tipos penales deba buscarse preferentemente en el concurso de normas. Este enfoque atenuante es el que ha predominado en su tratamiento, y el que se seguirá en esta exposición por su carácter más favorable.

Quiere dejarse constancia, no obstante, de que parece haber también un enfoque distinto de la figura, en sentido, por así decir, agravatorio. Al considerar valorativamente descarrado que el fin de realizar un derecho pueda ser constitutivo de injusto alguno, se está poniendo en realidad el acento en lo que de realización de derechos, es decir, de justificación, puede evocar tal finalidad. Pero, desde otra perspectiva, en esa finalidad lo que realmente habita es la intención de ignorar el papel de la Administración en la solución de conflictos privados, rompiendo el contrato social tácitamente asumido sobre el uso de la fuerza. Y ello antes que la realización de un derecho, lo que, en propiedad, ni siquiera se pretende desde el momento en que no hay derechos fuera del Derecho⁽²³⁾. En ese sentido, la intimidación, la violencia o la fuerza en las cosas

Como se expresa después en el texto, la condición de delito común que para la RAPD comparto proviene de la negación de la mayor: no es requisito objetivo del tipo el hecho de que exista un derecho efectivo, vencido y exigible.

(22) Sobre ello, *Infra*, III.1.a).

(23) A título de ejemplo: el propietario no tiene derecho a que el inquilino que no satisface la renta abandone en el modo que sea el inmueble. Sino que lo tiene únicamente a que lo abandone previa resolución obtenida en el procedimiento correspondiente, que es la garantía de un orden social mejor.

ejercidas con finalidades distintas de la mencionada no ostentan una lesividad más allá de la propia afectación del bien individual correspondiente. Pero sí lo hacen las ejercidas burlando el monopolio de la Administración en el uso de la fuerza: con ellas se altera la confianza social en el hecho de que los conflictos privados no se resolverán por las vías de hecho, lo que representa un plus de antijuridicidad que puede aparecer como merecedor y necesitado de pena (del mismo modo en que ocurre con otras finalidades bastardas, que pueden incrementar la antijuridicidad o el reproche de la conducta⁽²⁴⁾).

Consecuencias de la consideración de esta lesividad autónoma serían, a grandes rasgos y en contraposición con el planteamiento anterior, la de la innecesariedad de que el hecho subyacente por mor del medio violento empleado constituyese delito por sí mismo, por una parte, así como la preferencia por el concurso de delitos en la solución de las relaciones con otras figuras del Código.

Por su carácter más beneficioso, como se ha dicho, se atenderá en lo que sigue a la primera línea de interpretación. Queda dicho, no obstante, que parece también posible y legítima la segunda, no explorada en nuestra doctrina.

3. Una proyección de futuro: la pretensión de realizar un derecho como atenuante específica

Con lo hasta aquí visto se ha podido advertir cómo, por una parte y desde un repaso histórico, el delito analizado difícilmente existiría como creación *ex novo*, sino que se explica sólo en tanto que reforma de lo que, concebido con otro sentido histórico⁽²⁵⁾, ha venido perdurando a lo largo de los dos últimos siglos. Y cómo su reforma, que —se insiste— es lo único que permite su presencia actual, ha obedecido más bien a necesidades formales (adecuar la conducta al *nomen* de la figura y evitar disparidades penológicas respecto de otras conductas) que a una reflexión reposada sobre su auténtica necesidad y conveniencia como figura autónoma. Por otra parte, se ha advertido que su papel, al menos si se sigue la concepción más habitual de este delito entre las dos posibilidades acabadas de exponer [*supra*, I.2.c)], es el estrictamente atenuatorio sobre lo que, en su ausencia, constituirían atentados más graves (ya se explique

(24) Como puede ser la de cometer el delito por motivos racistas.

(25) El de “excluir de los delitos contra la propiedad determinados supuestos a la vez que erradicar ciertas costumbres (prenda extrajudicial) que no se adecuaban a una organización socio-política desarrollada”, en palabras de BAJO (op. cit., pp. 80 y ss.).

esa atenuación por la preexistencia del derecho o por el especial ánimo que informa la conducta)⁽²⁶⁾. A la vista de ello, parece razonable plantearse si, antes que en el precipitado diseño (copia, en realidad) de un nuevo delito autónomo, no hubiera resultado más adecuado invertir los esfuerzos en una (menos cómoda, por más trabajosa) atenuación específica para cada uno de los delitos subyacentes respecto de los que el legislador hubiese considerado oportuno conceder relevancia a la finalidad de realizar el contenido de un derecho.

A tal efecto, y aunque pueda resultar obvio, no está de más señalar expresamente que de esa posibilidad atenuatoria no se dispone ya ahora con carácter general, y en paralelo con la figura estudiada, a través de la atenuante genérica contenida en el artículo 21.1.^a en relación con el 20.7 CP para los casos de exceso en el ejercicio legítimo de un derecho. Aun admitiendo que el uso de medios desproporcionados en el ejercicio de un derecho puedan dar pie a la eximente incompleta mencionada, se está lejos del supuesto en el que, de partida, se actúa sabedor de hacerlo fuera de las vías legales debido al empleo de medios violentos. De modo que, ni siquiera en los casos en los que se ejercitase un derecho existente⁽²⁷⁾, cabría plantear una concurrencia de leyes de signo atenuatorio en relación con el supuesto en cuestión.

Pues bien, la propuesta de configurar atenuantes específicas por la finalidad de realizar un derecho no es novedosa. Durante la vigencia del código anterior fue ya defendida por BAJO⁽²⁸⁾, quien admitió su necesidad político-criminal respecto de los delitos contra la propiedad, coacciones y amenazas condicionales; con algunos matices diferenciales fue apuntada, también, por DE LA MATA⁽²⁹⁾. Con el Código vigente, no obstante, a tal posibilidad se ha opuesto la doctrina especializada más reciente, pretextando la evitación tanto de la dispersión normativa como de posibles desproporciones en las consecuencias jurídicas⁽³⁰⁾. Sin embargo, entiendo que caben aún algunas reflexiones en

(26) Vid., *infra*, II.2.1.a).

(27) Si el derecho no existe, sino que simplemente concurre la pretensión subjetiva del mismo, se está directamente extramuros del 20.7 CP.

(28) BAJO FERNÁNDEZ, M., *La realización arbitraria...*, cit., p. 81, siguiendo a ANTOLISEI.

(29) DE LA MATA BARRANCO, N.J., *La realización arbitraria del propio derecho*, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, p. 94. El autor refiere la atenuación a los tipos contra la libertad, y basándola en la relación obligacional subyacente.

(30) GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., p. 228, n. 134; p. 432, n. 26.

el debate a favor de una u otra opción⁽³¹⁾. Las que señalaré a continuación apuntan claramente hacia el camino deseado por esta última doctrina.

En primer lugar, en términos de seguridad jurídica no parece en absoluto descabellada —sino aconsejable— la idea del establecimiento de la atenuación caso por caso. De entrada, se esquivarían con ello los problemas inherentes a la interpretación de cualquier tipo penal, multiplicados como están en este caso por la necesidad de dar cobertura a múltiples frentes. Por otro, se disolverían los exagerados problemas concursales que este particular tipo penal es capaz de generar, muchos resueltos contradictoriamente por la Jurisprudencia o tratados con inseguras fórmulas por la doctrina, enfrentada como está a un terreno en el que resulta difícil discernir qué debe atribuirse al concurso de normas y qué al de infracciones⁽³²⁾.

Y es que la problemática que crea la canalización de la finalidad atenuatoria a través de un precepto autónomo único como el vigente artículo 455 CP es, muy probablemente, mayor que la que resuelve. Y proviene de dos características que lo acompañan de forma consustancial, lo que convierte en poco esperanzadora la opción que pretendiese encaminarse a su simple reforma o mejora técnica:

a) por una parte, la desmesurada extensión de su formulación, que hace que pueda entrar —hipotéticamente— en conflicto con cuantos delitos contem-

(31) Puede aludirse, aún, a una tercera vía: la de prescindir tanto de la tipificación del delito específico como de la configuración de atenuantes (ya sea una genérica o varias específicas), para limitarse a modular la pena dentro del marco legal establecido en consideración a la finalidad que ha informado el comportamiento (*vid.*, escuetamente, DEL MORAL GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 1776).

Obviamente, tal posibilidad responde a otro debate: al de si a nivel legal (no judicial) debe conferirse o no alguna trascendencia específica a la finalidad de realizar un derecho. En las reflexiones que obran en el texto se parte del deseo legal de dar respuesta afirmativa a lo anterior, tendiendo sólo a precisar la vía técnicamente más adecuada para canalizar esa pretensión.

(32) Algunas posiciones sobre relaciones concretas pueden ilustrar esta afirmación, evidenciando cuando menos la falta de taxatividad en algunas fórmulas propuestas en ausencia de decisión legal expresa. Así, en cuanto a la relación del delito de realización arbitraria con el de daños se ha dicho, por ejemplo, que estos últimos son normalmente absorbidos por aquél; pero que, cuando sean “daños de consideración” el concurso de leyes dará paso al de delitos (COLÁS TURÉGANO, A., *El delito...*, *cit.*, p. 173). O que, en relación ahora con las coacciones, éstas deben entenderse desplazadas por especialidad cuando sean menos graves o leves, pero no cuando resulten ser graves (FERNÁNDEZ GARCÍA, E. y LÓPEZ MORENO, J., “*La nueva configuración del delito de realización arbitraria del propio derecho*”. *CDJ*, 1997, p. 421). Y ello apelando precisamente al argumento penológico, lo que da idea de la utilidad de una decisión legal infracción por infracción sobre el alcance de la atenuación en este campo.

plan la violencia, intimidación o fuerza como modalidades de comisión (lo que recomienda ya, por certeza del Derecho, la selección específica que aquí se postula);

b) por otra, la acusada disminución punitiva que comporta, que lleva a complicados equilibrios para alcanzar soluciones materialmente adecuadas. De nuevo, la disparidad de propuestas que con ello se generan parecen aconsejar la apuesta legal por la seguridad.

Debe tenerse presente que, con la actual opción, existen tanto supuestos en los que la presencia del elemento subjetivo (pretensión de realizar un derecho propio) inexplicablemente no atenúa la responsabilidad, como supuestos en los que, incluso, tal pretensión resulta agravatoria:

i) Empezando por estos últimos: el efecto agravatorio se produce por la sencilla razón de que existen infracciones que, pese a contener medios violentos, tienen prevista, ya de entrada, una pena típica menor. Al sumarse a su comisión la finalidad de realizar un derecho, habrían de pasar teóricamente a castigarse con la consecuencia del artículo 455 CP (más gravosa en estos supuestos).

Este es el caso, por ejemplo, de la ocupación de inmueble prevista en el artículo 245.2 CP. Para que la conducta sea subsumible en este precepto será, en principio, irrelevante el empleo de la fuerza⁽³³⁾, por lo que en circunstancias normales el infractor se hará acreedor a una multa de tres a seis meses. Si, en cambio, a ese proceder acompaña el ánimo de realizar un derecho (porque, por ejemplo, quien usurpa el inmueble hubiera pagado un alquiler por él, no habiendo sido correspondido con la entrega de las llaves del local por parte del propietario), la pena se elevaría a la de multa de seis a doce meses, por entrar teóricamente la conducta así caracterizada en los dominios del artículo 455 CP.

Pero también es el caso, con carácter general, de las faltas que contienen medios violentos. Por ejemplo, las coacciones o amenazas leves (estas últimas incluso con armas u otros instrumentos peligrosos) son castigadas con la pena de multa de 10 a 20 días, además de ser perseguibles sólo mediante denuncia de la persona agraviada (artículo 620 CP). Teóricamente, de nuevo, el ánimo de realizar un derecho llevaría, al no especificar el artículo 455 la entidad de la violencia o intimidación, a atraer hacia sí esos comportamientos y a castigarlos consecuentemente con la pena de multa de seis a doce meses, amén de reputarlos perseguibles de oficio.

Obviamente, una interpretación teleológica y sistemática intentará reconducir de inmediato la situación, partiendo de la evidencia de que al fin de realizar un derecho se le ha querido conferir siempre un efecto mitigador de la

⁽³³⁾ Así, la SAP Barcelona 39/2001, de 16 de enero.

pena, y no al revés. En relación con las faltas, por ejemplo, se ha sostenido ya con carácter general que carecen de entidad suficiente como para elevarlas a delito pese a su conversión en realizaciones arbitrarias de derechos⁽³⁴⁾. Pero con ello ya se está obligando a confiar en la reconducción hermenéutica de un problema que genera la Ley, motivo por el que, y aun admitiendo que fuese posible burlar en todo caso el indeseado efecto agravatorio (que no lo es), parecería lo más razonable que desde la propia Ley se solucionase⁽³⁵⁾.

ii) Existen también, en segundo lugar, supuestos en los que, como se decía, la actuación con pretensión de realizar un derecho no comporta atenuación alguna, sin que pueda advertirse razón que lo justifique.

Ello es así dado que existen delitos no violentos cuya comisión es perfectamente concebible unida a la finalidad de realizar un derecho, y que tienen prevista una pena mayor que la del delito objeto de análisis. En este sentido, resultará que, paradójicamente, la elección del medio no violento ha de acarrear más pena que la opción por la violencia, la intimidación o la fuerza, dado que en este último caso pasaría a ser aplicable el tipo más beneficioso del artículo 455 CP. Piénsese, por ejemplo, en la comisión de una apropiación indebida para realizar el propio derecho. O en otros delitos patrimoniales y socioeconómicos no violentos⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., p. 416.

⁽³⁵⁾ Siguiendo con la interpretación aludida en relación con las faltas, se señala como consecuencia de ésta la de la aplicación, sin más, de la falta en cuestión cuando ésta se presente en solitario, “a falta de previsión normativa que modere expresamente la consecuencia jurídica” (*loc. ult. cit.*). Pues bien, a tal previsión normativa específica de moderación se está aquí aludiendo, pues con la situación actual la finalidad de realizar un derecho es ignorada de plano en relación con estas infracciones, que, sin justificación plausible en comparación con las más graves de la misma naturaleza, se habrán de castigar del mismo modo con o sin tal finalidad. Ciertamente que la modulación penológica tiene un sentido muy minorado en relación con las faltas (a las que no se aplican ya las reglas penológicas fundamentales —art. 638 CP—), pero ello no excluye la posibilidad en abstracto de prever específicamente su modulación, permitiendo bajar otro peldaño que puede ser, incluso, el de la despenalización en estos casos. Un pronunciamiento legal expreso, en suma, no parece desaconsejable.

⁽³⁶⁾ Para evidenciar esta situación, GUARDIOLA (op. cit., p. 408) acude al siguiente ejemplo, en relación con el delito de *alteración de precios en concursos y subastas públicas* del art. 262 CP: “Si alguien, con la finalidad de realizar un derecho propio (v. gr., para hacerse con la propiedad de la cosa debida que ha sido puesta a licitación como consecuencia de otros pleitos de su deudor), amenaza a los otros postores para que no pujen, el castigo por realización arbitraria del propio derecho no podrá exceder de multa de doce meses; si por el contrario elige una vía menos violenta y les convence de que la subasta tiene lugar en otro edificio logrando así que se ausenten, no cabe acudir al art. 455, y si castigamos por el 262 la multa será doble y se le añadirán prisión e inhabilitación”.

Para salvar estas disparidades de trato injustificables, y evitar que, por ejemplo, realizar un derecho por engaño haya de ser castigado de forma más grave que por violencia, se ha propuesto un “salto axiológico” en virtud del cual entender que la mentada finalidad convierte en prioritaria la aplicación del art. 455, de forma tal que en caso de faltar sus demás requisitos (la fuerza) la conducta deba reputarse atípica⁽³⁷⁾. Esta interpretación, que propugna liberar toda conducta impregnada de esa concreta finalidad al campo de lo permitido, para, por así decir, rescatarla para la relevancia penal sólo si entra en las estrechas redes del 455, debe ser aplaudida *de lege lata* por el objetivo que persigue. Pero no deja de ser una interpretación voluntarista, más *extra legem* que sistemática en realidad, y que aboca a una inevitable falta de definición, pues una vez abierta la veda en el sentido propuesto parece difícil ponerle coto: ¿por qué sólo aplicarla a los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico?; ¿por qué no a quien corrompe al funcionario para ver realizado un derecho propio; o al delito fiscal?, etc. Indefinición, en suma, que creo que apunta, de nuevo, hacia la conveniencia de una especificación *ex lege* de los ilícitos en los que se quiere realmente que la finalidad de realizar un derecho tenga efectos atenuatorios y en qué medida es ello querido en cada caso, sin que en absoluto tengan por qué ser idénticas en todos ellos.

En definitiva, el recelo ante el sistema de atenuaciones específicas no parece justificado si se basa en la eventual generación de desproporciones en las consecuencias jurídicas. No, si se tiene en cuenta que tales desproporciones existen con el sistema de tipo único vigente. Y si, sobre todo, se piensa que probablemente lo que aporta este modelo es sólo *uniformidad* penológica, pero no proporción. Si se entiende por ejemplo —como creo correcto— que el art. 455 desplaza a las amenazas y las coacciones, no puede sin embargo ocultarse que con ello se estarán tratando uniformemente conductas que probablemente reclaman tratos diferentes: no es lo mismo —siempre que se acepte que el delito es pluriofensivo, y que no sólo afecta al monopolio de la fuerza por parte del Estado⁽³⁸⁾ (sobre ello, *infra*, II)— ejercer una coacción básica para realizar un derecho que proferir una amenaza condicional con el mismo fin.

(37) GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., p. 409. También, *idem*, p. 321: “... una interpretación sistemática coherente impone entender que el art. 455 del CP desplaza la aplicación de los tipos comunes cuando se actúa con la finalidad de realizar un derecho propio; y así, si la actuación es violenta se aplica la pena prevista en el delito que nos ocupa, y en otro caso la actuación es penalmente irrelevante —sin perjuicio, claro está, de la depuración de responsabilidades por vía civil—”.

(38) Si el punto de partida es otro (y se entiende que únicamente se protege con este delito a la Administración de Justicia), entonces se dejará sin contestar por qué no se aprecia siempre un concurso de delitos respecto de los atentados a los bienes individuales efectivamente verificados (v. gr., libertad).

Tampoco el recelo fundado en la dispersión normativa parece que deba resultar disuasorio. Primero, porque tal vez sean pocos, en realidad, los tipos que político-criminalmente reclamen verdaderamente una atenuación penológica por perseguir este concreto fin, si se tiene en cuenta el margen que constitucionalmente cabe reservar a la violencia privada (probablemente, sólo algún delito contra la propiedad, coacciones y amenazas). Pero, sobre todo, porque parece que debe juzgarse siempre más conveniente esa dispersión con un sistema tasado —y legislativamente reflexionada la atenuación correspondiente de forma individualizada para cada infracción— que la centralización en un único tipo delictivo y el consiguiente *numerus apertus* de delitos respecto de los que plantearse el problema concursal consiguiente, modelo con el que casi puede afirmarse que cualquier acierto de coordinación penológica con otro tipo penal debe atribuirse, prácticamente, a la casualidad.

II. LO INJUSTO EN LA REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO

La cuestión del bien jurídico protegido en el delito de realización arbitraria del propio derecho no ha tenido un tratamiento unánime en la doctrina ni en la jurisprudencia. Doctrinalmente han convivido planteamientos que lo han caracterizado como delito uniofensivo con otros que han defendido su pluriofensividad, y ello, a su vez, con contenidos distintos. A efectos prácticos, el problema de su exacta delimitación —sobre cuyos ingredientes ya alertan en buena medida los cambios de ubicación sistemática históricamente sufridos por este delito (propiedad, libertad, Administración de Justicia)— no resulta excesivamente trascendente si después se aborda la cuestión concursal desentendiéndose de esa concreción; pero resulta crucial en caso contrario.

Bajo la vigencia del anterior código penal, el carácter uniofensivo del delito se sostuvo apuntado básicamente al monopolio estatal del ejercicio de la fuerza (o al interés del Estado en ese monopolio)⁽³⁹⁾. Para sostener su carácter pluriofensivo se añadía comúnmente a la referencia más o menos genérica a la Administración de Justicia⁽⁴⁰⁾ (a la que evoca a la postre aquel monopolio) la de determinados bienes individuales, con listados no siempre coincidentes: vida,

(39) En el primer sentido, MAGALDI, M.^º J., *Algunas cuestiones...*, cit., p. 91; en el segundo, VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. PE.* 3.^ª ed. (1999), p. 790. DE LA MATA, por su parte, se refirió al interés general en la resolución pacífica de los conflictos (op. cit., p. 56 ss.)

(40) En sentido diverso, excluyendo a la Administración de Justicia, FERRIS ALBENCA, V.S., “*La realización arbitraria del propio derecho*”. *ADPCP*, 1988, pp. 813 y 828, quien construyó la pluriofensividad en relación con el art. 337 ACP aludiendo simplemente al patrimonio del deudor junto con su libertad, caso de concurrir intimidación, o salud, caso de concurrir violencia en la comisión del delito.

integridad, libertad y patrimonio (CÓRDOBA ⁽⁴¹⁾); propiedad y libertad (MUÑOZ CONDE ⁽⁴²⁾); posesión (BAJO ⁽⁴³⁾).

Con el vigente Código penal, a pesar de los cambios experimentados por el tipo, los términos del debate no han variado sustancialmente. En la primera monografía aparecida tras su entrada en vigor se sostuvo su carácter pluriofensivo involucrando dos bienes jurídicos que, se decía, se condicionaban mutuamente: la exclusividad *ad extra* en la utilización reglada de la violencia (cuyo control corresponde a la Administración de Justicia) y, a través de ella, la libertad de los particulares, al limitarse con la incriminación los medios de presión violentos a los que éstos pueden recurrir ⁽⁴⁴⁾. Con posterioridad se ha defendido, en sentido uniofensivo, la protección como bien jurídico único del monopolio en el uso ordinario de la fuerza ⁽⁴⁵⁾. Se ha coincidido ⁽⁴⁶⁾, en cualquier caso, en

(41) CÓRDOBA RODA, J., en CÓRDOBA, J. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*, tomo III, Ariel, Barcelona, 1978, p. 1182.

(42) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 10.^a ed., Valencia, 1995, p. 788.

(43) BAJO FERNÁNDEZ, M., *La realización arbitraria...*, cit., p. 61; de la misma opinión, CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1982, p. 154.

(44) COLÁS TURÉGANO, A., *El delito de realización arbitraria...*, cit., pp. 58 y 67. Desde esta postura se subraya (op. cit., p. 58) que su referencia al bien colectivo no se identifica sin más con la Administración de Justicia (o con el monopolio de ésta a la hora de administrar justicia), pues se afecta sólo a un aspecto de la misma: “(...) no se está contemplando cualquier desconocimiento de la exclusividad de la jurisdicción a la hora de declarar el derecho o a la hora de ejecutarlo, sino, única y exclusivamente, el rechazo del monopolio de la coerción”.

Refieren también la pluriofensividad del delito (aunque con variantes), CANCIO MELIÁ, M., “Comentario al artículo 455 CP”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. y JORGE BARREIRO, A. (eds.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1196; FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M. y LÓPEZ MORENO, J., *La nueva configuración...*, cit., p. 396; MONTERDE FERRER, F., *Comentarios...*, cit., p. 3251; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Comentarios...*, cit., p. 936; DEL MORAL GARCÍA, A., op. cit., p. 1776; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Delitos contra la Administración de Justicia...*, cit., p. 487; MUÑOZ CUESTA, J., “Realización arbitraria del propio derecho”, en VV.AA. *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 146.

(45) GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., p. 219.

Esta postura difiere de la anterior (se entiende en lo que a la referencia común a la exclusividad en el uso de la fuerza se refiere) en la falta de consideración por esta última del carácter reglado de la misma (aspecto en el que no interfiere el particular, al ser antijurídica su actuación violenta. Cfr. GUARDIOLA GARCÍA, J., op. cit., p. 226).

(46) COLÁS TURÉGANO, A., *El delito de realización arbitraria...*, cit., p. 58; GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., p. 226; VIVES ANTÓN, T.S., en VV.AA., *Comentarios al Código Penal*, vol. II. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1913.

que el aspecto supraindividual no es sin más asimilable al concepto de Administración de Justicia⁽⁴⁷⁾.

La pluriofensividad de este delito —caracterización que, en los términos que a continuación precisaré, estimo correcta⁽⁴⁸⁾— ha sido combatida con argumentos de diversa índole, valorativos y formales. En el primer sentido, se había cuestionado ya respecto de su predecesor que la pluralidad de objetos de tutela fuese defendible atendida la escasa entidad de la pena⁽⁴⁹⁾. Este argumento, que por su carácter circunstancial no requiere a mi juicio de especial contestación, ha sido, sin embargo, contestado entendiendo que la incongruencia que se aprecia (supuestamente, en mi opinión) en el hecho de que un delito que se afirma pluriofensivo se sancione con una pena menor que los delitos genéricos, podría ser salvada considerando que el legislador ha tenido en cuenta a la hora de establecerla la relación jurídica subyacente en virtud de la que —siguiendo este planteamiento— “el sujeto pasivo se encuentra con un *minus* de libertad”⁽⁵⁰⁾. Personalmente, no comparto la interpretación en virtud de la cual se estaría tutelando una libertad restringida o disminuida debido a la relación jurídica preexistente con el agredido⁽⁵¹⁾. Pero, en cualquier caso, como decía, lo reducido de la pena no es argumento definitivo para descartar la pluriofensividad del delito. Y ello en la medida en que, con carácter general, la entidad del bien jurídico (o conjunto de ellos) constituye tan solo un indicador (entre otros factores a considerar) de la proporcionalidad penológica, de modo que no es definitiva la ecuación basada en la presunta correspondencia directa de la pena con el desvalor de resultado. La necesidad político-criminal de pena para los supuestos en los que se emplean medios violentos en la convicción de dar satisfacción a lo que se tiene derecho, y sólo hasta ese punto, puede ser significativamente menor⁽⁵²⁾.

(47) Sobre el contenido sustancial de la Administración de Justicia como bien jurídico penal puede verse GILI PASCUAL, A., *El encubrimiento...*, cit., pp. 163 y ss.

(48) Siempre, claro está, que se haya optado por el sentido atenuatorio del precepto: vid., *supra*, I.2).

(49) MAGALDI, M.J., *Algunas cuestiones...*, cit., p. 87; GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL (dir.), *Manual de Derecho Penal. PE*, T. IV, Madrid, 1994, p. 59. Ya con el precepto vigente, v. gr., VIVES ANTÓN, T.S., en VV.AA., *Comentarios al Código Penal*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1913.

(50) COLÁS TURÉGANO, A., *El delito de realización arbitraria...*, cit., p. 68.

(51) *Infra*, III.1.a)

(52) Como acredita, desde otro punto de vista, el número relativamente escaso de sentencias que recaen por este concepto.

En el segundo sentido anticipado, por otra parte, se ha cuestionado⁽⁵³⁾ que la pluriofensividad sea defendible basándose ahora en el carácter contingente, y no necesario, de los bienes jurídicos individuales que en esa construcción estarían implicados, y que podrían, por ello, concurrir o no en función del caso concreto. La libertad, por ejemplo, debe reconocerse afectada en determinados casos, pero tal afectación no es acompañante necesario en toda realización arbitraria, por lo que, se dirá, no debe ser considerada bien jurídico tutelado en este delito. La pluriofensividad, en otros términos, se descarta desde este planteamiento porque sólo sería sostenible con carácter *alternativo*, y no en sentido *estricto*, requiriendo de una enumeración abierta de bienes jurídicos que podrían verse afectados en unas ocasiones y en otras no en función del concreto delito de RAPD. A mi juicio, si determinados bienes jurídicos son afectados por esta modalidad delictiva, ya sea de forma necesaria o contingente, no cabe negar que la incriminación tienda a su protección siempre que tal afectación sea suficientemente significativa, como lo es en este caso en el que, a fin de cuentas, se trata de conductas que conforme a la postura adoptada constituirían ya otros delitos en relación con esos mismos bienes jurídicos (de no entenderse así, se estarían castigando por la simple finalidad de realizar un derecho conductas que de otro modo serían impunes, lo que no resulta asumible desde el punto de partida adoptado). Al fin y al cabo, la clasificación de los tipos sólo puede hacerse en función de la realidad legislada —y no, al revés, recortar ésta a la luz de su mejor o peor encaje en una clasificación previa—, de modo que no queda sino admitir la concurrencia de una *pluriofensividad alternativa* en nuestra Ley, categoría cuya extrañeza se debe, no se olvide, a la propia extrañeza del art. 455, que recoge de forma centralizada lo que, según se dijo, debieran constituir atenuaciones específicas respecto de afectaciones a diversos bienes jurídicos (alternativos).

Debe tenerse presente, a mayor abundamiento, que si se niega la pluriofensividad a favor del exclusivo monopolio estatal en el uso de la fuerza como bien jurídico pueden surgir dificultades a la hora de explicar coherentemente los concursos de normas: si el art. 455 CP tutela en exclusiva un bien institucional —por lo que, podría decirse, la pena es comedida—, su sola aplicación dejaría sin cubrir parte de la desvaloración del hecho, que, contemplada como delito contra el correspondiente bien individual por otro precepto (p.e., coacciones), debería coherentemente aplicarse en concurso delictivo. La finalidad de realizar un derecho pasaría, de forma tal vez inaceptable⁽⁵⁴⁾, a tener efectos agravantes.

(53) Recientemente, GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., p. 218; con anterioridad, VIVES ANTÓN, T.S., en VV.AA., *Comentarios...*, cit., p. 1913.

(54) Se insiste, en cualquier caso, en que es posible —y legítima— otra lectura (agravatoria) del precepto (vid., *supra*, I.2) consistente en entender que se tutela a través de él la confianza social en los medios institucionalizados como fórmula para la resolución de los conflictos privados.

Si se pretende, en cambio, que el art. 455 sólo debe aplicarse cuando se supera el nivel de lo que constituye delito en el uso del medio violento (lo que puede parecer compartible para no convertir conductas impunes en delitos por el fin de realizar un derecho) sólo puede ser porque ese contenido de injusto ya ha sido considerado en el seno del precepto que castiga la RAPD. Por otra parte, si, como resulta también compartible, se considera que el elemento subjetivo que incorpora el tipo penal lo es de disminución del injusto, sólo puede ser, nuevamente, porque ese injusto procede de otro lugar: de la afectación producida por los medios de comisión, afectación que se vuelca sobre los bienes individuales, y no, en cambio, sobre el monopolio estatal de la fuerza, que, en propiedad, no se ve alterado por su ejercicio ilegítimo (o, si se prefiere, no en mayor medida que en otros delitos en los que la fuerza se emplea ilegítimamente con otro fin distinto). Pero además, si se acepta que la violencia privada no afecta, en propiedad, al monopolio de la fuerza, puesto que no la suplanta, sino que se dirige contra los bienes individuales, el contenido de injusto se haría depender del elemento restante —la pretensión de realizar un derecho— si nos manejamos con el monopolio estatal como único bien jurídico. Ello tiene dos grandes inconvenientes: de entrada, los propios de aceptar que la finalidad de realizar un derecho pueda ser constitutiva de injusto; y, ya desde el punto de vista lógico, la dificultad para explicar que el elemento que constituiría lo injusto (la pretensión de realizar un derecho) fuese a la vez un factor de su disminución. Añádase a todo lo anterior, como último argumento, que la agravación del apartado segundo del art. 455 (por uso de armas u objetos peligrosos) no se explica desde el monopolio estatal de la fuerza y sí, en cambio, desde la mayor peligrosidad para los bienes individuales implicados, lo que entiendo que debe repercutir en el planteamiento sobre lo protegido en este delito en su conjunto⁽⁵⁵⁾.

Estamos pues, y en definitiva, ante un tipo pluriofensivo, afirmación que, si cabe, se justifica incluso más en los bienes individuales que en el supraindividual implicado⁽⁵⁶⁾. En efecto, con él se tutelan los bienes jurídicos individuales que puedan resultar afectados por la violencia, la intimidación o la fuerza y que puedan resultar compatibles con el fin de realizar un derecho propio (particular-

(55) Acepta incluso la pluriofensividad de este segundo apartado (por serlo en sentido estricto, y no alternativo), pese a negarla en el primero, GUARDIOLA GARCÍA, J., op. cit., pp. 361, 451.

(56) Garantizar el monopolio de la fuerza por parte del Estado es antes *ratio legis* que bien jurídico directamente tutelado; de forma instrumental, se tutela en este tipo penal la confianza social en ese monopolio para resolver conflictos.

mente, la libertad y el patrimonio —posesión y propiedad—⁽⁵⁷⁾. De forma instrumental, se protege la confianza social en el monopolio de la fuerza por parte de la Administración como medio para la resolución de conflictos privados⁽⁵⁸⁾.

Esta vertiente supraindividual o colectiva de lo protegido es afectada en este tipo penal en forma de efectiva lesión, para la afirmación de lo cual no es óbice su carácter institucional o espiritualizado. Lesión no equivale a destrucción definitiva o aniquilación del bien, aceptado lo cual se antoja claro que con cada actuación violenta en pro de lo que se considera un derecho propio se lesiona la conciencia social sobre el papel que se atribuye a la fuerza en la solución de conflictos, requiriéndose para su estabilización una reacción punitiva. Nada empece a esta apreciación el hecho de que la generación de un auténtico estado de incertidumbre social al respecto pudiera requerir una notable repetición o generalización de la conducta, como en general ya se han encargado de demostrar los estudios sobre bienes jurídicos colectivos y difusos. Por su parte, los bienes individuales son igualmente afectados por el simple emprendimiento de cada actuación violenta con aquel fin, afectación que se concreta, pues, en el

Por lo demás, la razón de la incriminación, que reside, en definitiva, en la intención de evitar que los ciudadanos “realicen la justicia por su mano”, resulta clara y pacífica. De ejemplo puede servir lo expresado en la STS 271/2004, de 5 de marzo, en la que se recoge esa ratio legis, entremezclada con la identificación del bien jurídico: “Se trata de proteger con este tipo penal, que los ciudadanos renuncien a las vías de hecho, para hacerse pago o hacer cumplir obligaciones, ya que ello deterioraría de forma insoportable, la convivencia social. Por ello, de manera acertada, el Código Penal considera que se trata de un delito contra la Administración de justicia y no de un delito contra la libertad y seguridad de las personas. El Estado de derecho quebraría, si los particulares actuasen a su libre arbitrio y conveniencia, usurpando el monopolio de la fuerza ejecutiva, que corresponde a cada uno de los tres Poderes del Estado”.

⁽⁵⁷⁾ De modo que es correcto decir, p.e., que la libertad se protege a través del tipo de coacciones y también a través del de RAPD, sólo que en este último, ubicado coyunturalmente en otra sede, se castiga el mismo atentado con pena menor en atención al elemento subjetivo que le asiste, que ocasiona una menor necesidad de pena.

⁽⁵⁸⁾ Proteger la monopolización de la fuerza en sí (única legítima) es algo que ya se hace con cada castigo de las violencias privadas que —ejercidas, obviamente, al margen de dicho monopolio— se contienen en el Código. Lo que hace que en este delito pase a primer plano esta idea, que es secundaria e implícita (despreciable como bien jurídico) en otros, es la finalidad de realizar un derecho que inspira al agente. Es esa finalidad la que individualiza esta figura, y a lo que su presencia afecta es a la confianza social sobre el hecho de que los conflictos no se resolverán por las vías de hecho. La afectación de esa confianza no se produce en los otros usos violentos, pues al estar inspirados en otras motivaciones no ponen en entredicho la delegación en el Estado de los medios coercitivos, por lo que el atentado al bien individual absorbe la atención; es por ello por lo que, en este concreto sentido, aquella confianza es parte del objeto tutelado.

simple peligro para ellos. Se trata, así, de un delito de *mera actividad*, portador de un elemento subjetivo que lo convierte, desde este último criterio de clasificación, en un *delito de intención o de tendencia interna trascendente* y, concretamente, en *delito de resultado cortado*⁽⁵⁹⁾, por cuanto la efectiva consecución de la finalidad pretendida se produciría, en su caso, con independencia de la actuación ulterior del sujeto.

Lo anterior supone que la *consumación* del delito de realización arbitraria del propio derecho habrá de entenderse concurrente en el instante, ya indicado, en el que se emprende —informada por la finalidad específica del tipo— la actuación con violencia, intimidación o fuerza en las cosas, sin que resulte en absoluto necesaria la consecución del derecho pretendido para cumplimentar la tipicidad. Sobre este último extremo, esto es, sobre la innecesariedad de la consecución del fin perseguido para la consumación del delito, existe relativo acuerdo doctrinal⁽⁶⁰⁾. Sin embargo, ello no se traduce —como en cambio creo que cabría esperar— en la exclusión unánime de la modalidad *intentada* en este delito. Así, fijándose en el carácter (supuestamente) fraccionable del iter que puede presentar el recurso a la fuerza, se ha argumentado a favor de la admisión de la tentativa en las tres modalidades típicas⁽⁶¹⁾.

Entiendo, sin embargo, que debe excluirse la forma imperfecta de ejecución en este delito⁽⁶²⁾. Obviamente, hay que admitir que, dado el insatisfactorio

(59) En contra, estimándolo mutilado de dos actos, COLÁS TURÉGANO, A., *El delito...*, cit., p. 69.

(60) COLÁS TURÉGANO, A., *El delito...*, cit., p. 70; GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., p. 345. En la Jurisprudencia, vid. SSTS 531/2002, de 20 de marzo; 778/2005, de 18 de mayo; SAP Barcelona, de 19 de diciembre de 2006.

(61) GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., p. 346. Admiten también la tentativa: GONZÁLEZ RUS, J.J., *Delitos contra la Administración de Justicia...*, cit., p. 491; MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Colex, Madrid, 3.ª ed., 2005, p. 623, quien, considerando el delito de resultado, acepta tanto la tentativa inacabada (“cuando el autor del hecho comienza a emplear los medios intimidativos o violentos, pero no puede desarrollarlos por cualquier causa no dependiente de su voluntad”) como la acabada (“cuando, pese al ejercicio de la violencia, la intimidación o la fuerza en las cosas típicas, el autor del hecho no consigue realizar el derecho pretendido”); RODRÍGUEZ YAGÜE, C., en ARROYO ZAPATERO *et al.*, *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 937, requiriendo para la consumación la efectiva realización del derecho; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *DP. PE*, 12.ª ed., 2007, p. 864.

(62) De la misma opinión, COLÁS TURÉGANO, A., *El delito...*, cit., p. 177. También, DEL MORAL GARCÍA, A., en VV.AA., *Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1999, p. 1777; MONTERDE FERRER, F., en CONDE-PUMPIDO TOURON, C. (dir) y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, T. 5, Bosch, Barcelona, 2007, p. 3253.

sistema de incriminación genérico de la tentativa al que está lamentablemente sometido el sistema español, queda siempre margen para la duda o acaso la polémica. Pero parece que en la redacción actual los términos típicos tienen clara querencia por que en este delito su tentativa sea su consumación, pudiendo resultar un tanto artificioso el desglose y fraccionamiento del iter ejecutivo del ejercicio de la violencia, la intimidación o la fuerza. Y en la solución contraria a la admisión de la tentativa no debe inducir a confusión el hecho de que los delitos genéricos en los que encajaría la conducta de no venir acompañada por el específico elemento subjetivo del injusto puedan admitirla, como en el caso de las coacciones. Nótese que, precisamente, lo que en este último delito integraría la modalidad intentada (emplear la violencia sin que el sujeto pasivo omita o haga algo⁽⁶³⁾), constituye en nuestro delito la plena implementación de la parte objetiva del tipo.

La jurisprudencia, por su parte, parece haber experimentado ya una clara evolución en este sentido, tan pronto como ha sido capaz de zafarse de la inercia a la que abocaba la anterior redacción. En efecto, en el Código anterior el delito de realización arbitraria mantenía un evidente paralelismo con el de robo⁽⁶⁴⁾, de modo que, al exigirse en aquél el *apoderamiento de cosa perteneciente al deudor* (art. 337 ACP), era natural la tendencia a situar la consumación en el momento en que se alcanzaba la disponibilidad del bien, afirmando la tentativa en caso contrario. La nueva redacción, en cambio, ha abandonado esa estructura de resultado, situación de la que, tras algunos años iniciales de continuismo respecto de la interpretación anterior⁽⁶⁵⁾, se hizo eco la Jurisprudencia del Tri-

(63) Por todos, MUÑOZ CONDE, F., *DP, PE*. 12.^a ed. (1999), p. 157.

(64) Situación destacada por el Tribunal Supremo, y de la que se hizo eco la Jurisprudencia menor. Ilustrativa, por ej., la SAP Madrid (Secc. 1.^a) núm. 311/1998, de 26 de junio (Pte: F.J. Vieira Morante): “*Delito que debe considerarse en grado de tentativa, ya que —como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1991, remarcando el paralelismo existente entre esta infracción y el robo— el delito se consuma en el momento en el que el autor se apropia, con violencia o intimidación (o con fuerza en las cosas según el nuevo Código), de la cosa ajena de su deudor; apropiación que tiene lugar cuando el autor ha extraído la cosa del ámbito de dominio de su titular y constituido sobre ella un dominio independiente que le permite disponer de la misma, lo que no ocurrió en el caso presente, al ser sorprendidos los acusados cuando no habían alcanzado esa disponibilidad*”.

(65) V. gr., entre las últimas, STS 436/2000, de 13 de marzo. O, en las resoluciones de las Audiencias Provinciales, SAP Alicante (Secc. 1.^a) núm. 538/1998, de 22 de julio; SAP Madrid (Secc. 1.^a) núm. 311/1998, de 26 de junio; SAP Sevilla (Secc. 7.^a), núm. 215/1999, de 10 de diciembre; SAP Murcia (Secc. 2.^a) núm. 13/2000, de 14 de marzo.

bunal Supremo a partir del año 2001 ⁽⁶⁶⁾. Así, en la STS de 10 de julio del citado año ⁽⁶⁷⁾ se señala ya que “actualmente la acción típica no es «apoderarse de una cosa perteneciente a su deudor», sino «emplear violencia, intimidación o fuerza en las cosas», siempre con la intención de realizar un derecho propio. Este cambio legislativo —continúa— autoriza a pensar (...) que el delito se consuma con el empleo de la intimidación, fuerza o violencia, no exigiendo el tipo el apoderamiento efectivo del bien ajeno; lo que supone una consumación anticipada del delito, que es de mera actividad”.

III. ELEMENTOS NUCLEARES EN LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL TIPO

Al margen de los consabidos elementos objetivos que configuran las distintas modalidades típicas (violencia, intimidación, fuerza en las cosas) ⁽⁶⁸⁾, la

⁽⁶⁶⁾ Ilustrativas del cambio de parecer, las SSTS 436/2000, de 13 de marzo y la posterior 531/2002, de 20 de marzo, ambas del mismo Ponente pero expresivas de concepciones distintas y encontradas (Pte.: Martín Canivell).

En la primera se señalaba: “(...) en el presente caso ha sido correctamente estimado en grado de tentativa pues tras el apoderamiento por el acusado, después de ser inmovilizado el sujeto pasivo de pies y manos, de una tarjeta de crédito de su titularidad de la que, por miedo, él mismo facilitó el número que permitía acceder a su cuenta bancaria, el acusado no obtuvo, como pretendía, una cantidad que le permitiera cobrarse, parte al menos, del dinero que el otro le adeudaba, por carecer de fondos esta persona. Con ello se comprueba en los hechos la presencia de los elementos precisos para la existencia del delito de realización arbitraria de un derecho propio que quedó en grado de tentativa”.

En la segunda, que casó la condena por tentativa impuesta por la SAP Murcia (Secc. 2.^a) núm. 13/2000, de 14 de marzo, se afirmaba ya, en cambio (Fdto. Jco. undécimo) que: “(...) el alcance de la conducta que se sanciona penalmente, si se atiende a la ubicación del precepto en un título referente a delitos contra la Administración de Justicia y a la redacción del propio artículo 455 en su primer párrafo, permite comprender que la efectiva consecución del propósito de realizar un derecho propio no es un elemento de este tipo penal, sino que el delito se consuma por el mero empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas, actuando fuera de las vías legales. Por ello, en el presente caso, aunque no se haya alcanzado el propósito que guiaba a los agentes del hecho, el delito se ha de entender consumado y procede ahora acoger el motivo”.

La falta de necesidad de que se logre la efectiva realización del derecho para consumir el delito es afirmada con posterioridad de manera constante: STS 778/2005, de 18 de mayo (Pte.: García Pérez); SAP Barcelona (Secc. 5.^a) de 19 de diciembre de 2006 (Pte.: Morales Limia).

⁽⁶⁷⁾ STS 1414/2001, de 10 de julio (Pte.: Abad Fernández).

⁽⁶⁸⁾ Nótese que actualmente, desaparecida la anterior estructura de resultado, tales posibilidades no han de considerarse ya simples medios comisivos (formas de alcanzar la realización del derecho —de crédito—, en el texto anterior), sino auténticas modalidades típicas, puesto que el delito consiste hoy, desde el punto de vista objetivo, simplemente en el ejercicio de aquéllas.

actual configuración del tipo descansa en dos factores clave: su elemento subjetivo del injusto («*para realizar un derecho propio*») y el elemento normativo («*fuera de las vías legales*»).

1. Elemento subjetivo y minoración del injusto

- A) Su papel en la estructura típica. Falta de necesidad objetiva de la relación jurídica previa

Al referirme a la configuración actual del tipo señalé cómo al sustituir la antigua previsión de actuación “*para hacerse pago*” por la de actuar “*para realizar un derecho*” el legislador español no sólo ampliaba a cualquier potencial derecho el ánimo de la actuación típica, sino que, al proyectarse dicha previsión sobre un tipo en el que, a la vez, ya no se habla de apoderarse de bienes del deudor en su parte objetiva, se operaba un cambio de mucho mayor calado: la conversión de un delito especial en un delito común, vaciando la parte objetiva del tipo a favor del elemento subjetivo.

En efecto, con la redacción derogada el autor debía apoderarse de una cosa perteneciente a *su deudor*, con lo que aquél sólo podía ser acreedor y el derecho de crédito existir objetivamente. Sólo en un segundo momento, sobre la anterior base objetiva, debía apreciarse la concurrencia del especial ánimo que debía informar el comportamiento objetivamente realizado para estar en el ámbito de la tipicidad del art. 337 ACP: el fin de hacerse pago. Actualmente, constituyen la base objetiva del precepto sólo los medios de comisión violentos en sentido amplio (y la actuación con ello fuera de las vías legales), pues la referencia al “derecho” se usa únicamente para la descripción del elemento subjetivo (de minoración) del injusto. En palabras de GUARDIOLA, “lo que demanda el tipo es que el sujeto pretenda realizar un derecho propio, no que esté realizando un derecho propio”⁽⁶⁹⁾. No se trata ya, pues, de un referente objetivo⁽⁷⁰⁾, sino que su relevancia se ciñe a la configuración del elemento subjetivo. Ello se traduce en el hecho de que en la regulación actual ya no se exija, en realidad, que el derecho efectivamente exista, sino sólo que resulte en abstracto configurable⁽⁷¹⁾, de modo que el agente pueda haber creído razonable y fundadamente en su existencia.

Esta interpretación, aunque no es probablemente obligada, resulta coincidente con la mantenida por la doctrina italiana respecto de la regulación que

(69) GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., 255.

(70) GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., 239.

(71) GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., 259.

servió de modelo al art. 455 del CP español⁽⁷²⁾. Y parece, desde luego, además de la más sensible al cambio de redacción experimentado, la que más se adecua a lo efectivamente dispuesto en la Ley, si se interpreta ésta en consonancia con los principios penales y sin prejuicios o inercias históricas, y con independencia, en todo caso, de cuál fuera —si la hubo— la *voluntas legislatoris* sobre este particular. Su patrocinador en la doctrina española ha argüido en su defensa razones pragmáticas y de aplicabilidad real del precepto, por una parte, en la medida en que en otro caso se podría estar requiriendo al sujeto que conociese para la verificación de la tipicidad lo que sólo los Tribunales pueden en última instancia determinar con certeza en el caso concreto —incluso con las consiguientes implicaciones de prejudicialidad—⁽⁷³⁾. Por otra, se ha señalado la irrelevancia de la exigencia de que el derecho exista realmente: la nimiedad de la pena es explicada desde esta postura por la limitación de la peligrosidad de la conducta que implica el que ésta venga guiada por el solo ánimo de realizar un derecho⁽⁷⁴⁾, limitación de la peligrosidad que concurre con independencia de que el derecho pretendido exista o no realmente.

Pero a favor de este planteamiento pueden existir, también, razones derivadas no ya de la interpretación literal (que las hay), sino, como decía, de la interpretación conforme a los principios rectores del derecho punitivo, en la medida en que —en lo que constituye otra paradoja de esta figura— en este delito la interpretación extensiva y no restrictiva de sus elementos constituye una solución *pro reo* en lugar de perjudicial, al tratarse de un tipo privilegiado respecto de los que castigan la realización de la conducta correspondiente sin la concurrencia del particular elemento subjetivo. En este sentido, quien crea (razonablemente) realizar un derecho será castigado con la pena del delito objeto de análisis, en lugar de serlo, p.e., por el más gravoso de amenazas o coacciones. Y no cabe oponer que con la interpretación contraria, esto es, exigiendo la efectiva existencia del derecho, tal creencia errónea conduciría a la siempre más beneficiosa conclusión de la impunidad por la vía de la regulación del error de tipo. Pues, de entrada, no se estaría en propiedad ante ese tipo de error⁽⁷⁵⁾

(72) Doctrina en la que se sostiene que el derecho puede objetivamente existir pero también ser simplemente supuesto (“al fine di esercitare un *preteso* diritto”, dice la Ley), siempre que la suposición sea razonable y fundada. Cfr. COLÁS TURÉGANO, A., *El delito de realización arbitraria...*, cit., pp. 98 y s., con ulteriores referencias doctrinales.

(73) GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., p. 255 y n. 61.

(74) GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., p. 258.

(75) Como tampoco se está ante un error de prohibición: el sujeto no se equivoca sobre el carácter prohibido (o eventualmente justificado) de su actuar, sino que conoce su carácter ilícito, por arbitrario.

—sino acaso ante un error inverso de tipo—, siendo además que tal tratamiento habría de conducir a resultados materialmente difíciles de aceptar⁽⁷⁶⁾, pues habría de entenderse que la violencia de quien realiza un derecho que existe debe ser castigada (por el art. 455), mientras que ha de quedar impune la violencia aplicada en pro de lo que sólo existe en su imaginación.

Debe advertirse, en cualquier caso, que a esta nueva⁽⁷⁷⁾ interpretación no ha sido aún permeable la jurisprudencia que, arropada por la inercia generada con la aplicación del antiguo art. 337, ha continuado exigiendo la efectiva existencia del derecho así como su carácter vencido y exigible⁽⁷⁸⁾, aunque no se restrinja ya, obviamente, al derecho de crédito. En general, se mantiene así por los Tribunales la exigencia (restrictiva) de una relación jurídica preexistente entre el sujeto activo y el obligado, habiéndose trasladado, incluso, la carga de la prueba de este elemento al acusado, en tanto que su apreciación ha de conllevar los efectos privilegiantes de la aplicación de la figura objeto de análisis⁽⁷⁹⁾.

(76) GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., 280.

(77) Aunque heredada del derecho italiano.

(78) Esta exigencia es unánime y constante. Pueden verse las SSTs 1664/1998, de 22 de diciembre; 359/1999, de 1 de marzo; 574/2000, de 31 de marzo; 1414/2001, de 10 de julio; 1500/2002, de 18 de septiembre; 29 de septiembre de 2003; 582/2005, de 6 de mayo; o el Auto TS 2518/2005, de 10 de noviembre. Entre las resoluciones más antiguas, *vid.*, p.e., SSTs de 25 de noviembre de 1985 o 16 de febrero de 1990.

En los Tribunales inferiores, v. gr., Sentencia núm. 1/2003, de 25 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Civil y Penal, Sección Única); SAP Badajoz (Secc. 3.ª), n.º 119/2007, de 29 de junio; SAP Barcelona (Sección 10.ª), de 16 de julio de 2004; SAP Almería (Sección 2.ª) n.º 90/2004 de 4 de mayo; SAP Girona (Sección 3.ª), n.º 798/2002, de 6 de noviembre; SAP Barcelona (Secc. 10.ª), 29 de julio de 1998; SAP Las Palmas (Secc. 2.ª), n.º 94/1998, de 13 de junio.

(79) En este sentido afirmaba la STS 1664/1998, de 22 de diciembre (Pte.: Ramos Gancedo): “(...) el interesado no debe limitarse a aducir que el acusado era titular de un crédito sobre la víctima, sino que tal circunstancia debe ser cumplidamente acreditada, pues, de lo contrario, se caería en el absurdo de obligar a las partes acusadoras a demostrar en cada caso de robo con violencia, intimidación, o fuerza en las cosas, la inexistencia de una previa deuda del despojado con el autor del acto depredatorio, lo que convertiría aquélla en una «probatio diabólica» al tratarse de demostrar un hecho negativo. De hecho, la situación que se plantea en el caso presente, en que el acusado alega la concurrencia de una circunstancia que, de apreciarse por el juzgador, modificaría la calificación jurídica de los hechos, desviando la tipicidad hacia un ilícito al que el ordenamiento aplica una respuesta punitiva mucho más liviana, es equiparable esta situación, decimos, a la que surge cuando el acusado pretende la existencia de otras circunstancias susceptibles de repercutir favorablemente en la responsabilidad criminal del agente, como aquellas que afectan, disminuyendo o anulándolos, a la imputabilidad o la antijuricidad o a la punibilidad. En uno y otro supuestos habrá de recaer en quien propugna su concurrencia la carga de la prueba de los hechos que den lugar a su apreciación (...)”.

Del mismo modo, el planteamiento expuesto tampoco ha tenido hasta la fecha ulterior eco doctrinal, encontrándose de forma unánime en la (escasa) doctrina que con anterioridad se había ocupado de este delito el parecer expreso en sentido precisamente contrario⁽⁸⁰⁾. Así, sostuvo la primera monografista que se ocupó del delito tras la promulgación del NCP, la Prof. COLÁS TURÉGAÑO, que “al no especificar más el legislador cabía concluir que a los derechos a los que se estaba refiriendo eran los *que de manera cierta e indubitable existiesen*”⁽⁸¹⁾, restricción a la que añadía aún la de entender sólo aplicable el art. 455 “*tras perturbaciones externas que impidiesen al titular el disfrute pleno de su derecho*”⁽⁸²⁾.

Sin embargo, como resulta evidente, el argumento literal no es en esto decisivo. Que en la ley se hable de derecho propio “sin ulteriores calificativos”⁽⁸³⁾ (a diferencia del modelo italiano, que se refiere a un *diritto preteso*), no acredita en absoluto, en mi opinión, que la ley española no admita la posibilidad de realización típica de derechos no existentes. Como ha quedado dicho, se habla de *derecho propio* pero no para presuponerlo, sino para configurar el contenido de la *tendencia interna trascendente* que configura en este delito el elemento subjetivo del injusto. Y es obvio que tanto se puede actuar pretendiendo un derecho si éste existe como si no. La literalidad no es, pues, decisiva, y por ello hay que estar al trasfondo con el que se justifica la disminución penológica que caracteriza este delito. En este caso, la autora de referencia ubica este fundamento de la menor punición no en el menor reproche o en la menor peligrosidad de lo subjetivamente orientado a un fin limitado, sino en la protección de una libertad, por así decir, disminuida. En este delito, dice, *se lesiona una libertad de obrar que no es plena*⁽⁸⁴⁾, y no lo es, justamente —siempre a

(80) A favor de la preexistencia del derecho: MUÑOZ CUESTA, J., *Realización arbitraria...*, cit., p. 148; MARTÍN CANIVELL, J., *La ejecución...*, cit., p. 141; FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M. y LÓPEZ MORENO, J., *La nueva configuración...*, cit., p. 406; VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3.^a ed., 1999, p. 791; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos contra la Administración de Justicia...”, cit., p. 488; DEL MORAL GARCÍA, A., op. cit., p. 1776.

Con posterioridad, la exigencia de la relación jurídica previa ha seguido sosteniéndose: MESTRE DELGADO, E., op. cit., p. 621; CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios...*, cit., p. 2198; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Comentarios...*, cit., p. 936.

(81) COLÁS TURÉGAÑO, A., *El delito...*, cit., p. 102 (cursiva en el original).

(82) COLÁS TURÉGAÑO, A., *El delito...*, cit., p. 103 (cursiva en el original)..

(83) COLÁS TURÉGAÑO, A., *El delito...*, cit., p. 102.

(84) COLÁS TURÉGAÑO, A., *El delito...*, cit., p. 61 (cursiva en el original).

juicio de la autora— por la preexistencia de una relación jurídica subyacente, “en virtud de la cual el sujeto pasivo se encuentra con un *minus* de libertad”⁽⁸⁵⁾.

Personalmente, considero difícilmente asumible una ponderación tal entre un derecho subjetivo ajeno y la libertad genérica propia que arroje como resultado el que se esté en peor situación frente a agresiones penalmente típicas. Que el deudor, p. ej., esté naturalmente obligado al pago y, en ese concreto sentido, no sea libre (de no pagar), no comporta una merma de su derecho fundamental a la libertad que le exponga a una menor protección penal frente a conductas violentas, de modo que no se está hablando de magnitudes compensables. Ello sería tanto como negar que el Estado monopoliza el uso de la fuerza, admitiendo que en realidad traslada un tanto de ésta a cada persona que tenga frente a otro individuo una obligación exigible, aun sin necesidad objetiva alguna de recurrir a ella. A emplear la fuerza nadie tiene derecho, fuera de los casos específicamente justificados por la perentoria necesidad de su uso. Por ello, la coacción del derechohabiente es exactamente igual de lesiva para la libertad que la coacción idéntica ejercida por quien no tiene un derecho frente al agredido. Así que, en otras palabras, no es la preexistencia del derecho lo que modula el injusto. De hecho, si A coacciona a B, quien a posteriori advierte que resultaba tener un derecho a lo que consiguió ejerciendo la fuerza, el ordenamiento penal no le rebajará la pena por el atentado a la libertad ajena, lo que resulta incongruente con este planteamiento. Por otra parte, también podría estimarse incongruente desde ese punto de partida que la rebaja se limitase al ejercicio de derechos propios, limitación para la que no se encontraría mucha explicación si lo que se propone es que se está “haciendo justicia” por vías alternativas y de forma cuasi-justificada.

En suma, esta concepción de la figura en términos de justificación parcial de lo injusto no parece, pues, convincente. Más bien —entiendo— la reducción penológica obedece al menor reproche social y a la menor peligrosidad que conlleva la presencia del elemento subjetivo de constante referencia⁽⁸⁶⁾. Y si

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*.

COLÁS TURÉGANO, A., *El delito...*, cit., p. 68. La autora se basa aquí en la apreciación de DE LA MATA, N.J., *La realización arbitraria...*, cit., p. 64, en virtud de la cual la existencia de una relación previa explica la mayor benignidad de la pena, si bien no justifica el recurso a medios violentos.

⁽⁸⁶⁾ En sentido similar, de lege ferenda respecto del ACP, BAJO FERNÁNDEZ, M., *La realización arbitraria...*, cit., p. 82: “El hecho de que el autor pretenda realizar su derecho deberá de considerarse causa de atenuación, justificada porque, conforme a la concepción jurídica popular, el autor aparece como merecedor de un menor reproche de culpabilidad y el hecho produce una menor alarma social. El motivo de la atenuación no debe cifrarse en la existencia de un derecho, criterio que, en parte, parece haber informado la especial benignidad de la pena del actual artículo 337, sino en el hecho de que el sujeto obra con el exclusivo fin de ejercitarlo (...)”. Cfr., sin embargo, CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación...*, cit., p. 155.

ésta es, como creo, la interpretación correcta, el derecho no tiene en efecto por qué preexistir para la cumplimentación del tipo.

B) Contenido y significado. El error sobre la preexistencia del derecho

1. Establecido el papel nuclear de la pretensión subjetiva en este delito, resta identificar sus contornos. En ello, la precisión primera debe ser la siguiente: la concurrencia del elemento subjetivo del injusto no se determina de forma libérrima por el agente, sino que ha de venir establecida por *criterios normativos* de proporcionalidad⁽⁸⁷⁾. El elemento típico es, en efecto, subjetivo, pero no lo es la decisión sobre su concurrencia, como no es meramente subjetivo, por ejemplo, el criterio que debe determinar el concepto de necesidad en una relación de medio a fin a los efectos de considerar un concurso medial de delitos. Esta precisión, por una parte, apacigua notablemente la problemática concursal al restringir el número de delitos violentos a considerar potencialmente (por más que, por ej., el agente pretendiese con su agresión sexual violenta forzar el cobro de una deuda a su favor, en absoluto estaremos en el terreno del art. 455), a la vez que, por otra, sitúa la barrera a partir de la cual los excesos deberán ser considerados como desvalor independiente: el elemento subjetivo caracteriza la violencia típica identificándola con la estrictamente indispensable para que su ejercicio siga siendo coherente, en un juicio conforme a las reglas de la lógica y la experiencia, con la finalidad pretendida.

En segundo lugar, la precisión del contenido de este elemento subjetivo pasa por la concreción de lo que constituya *un derecho propio*: efectivamente, según la interpretación que aquí se ha expuesto el derecho pretendido no tiene por qué existir realmente para integrar la finalidad típica. Pero ello no significa que no tenga que ser un derecho entre “los pretendibles”. Si el agente intimida con una navaja al capataz de la obra para que ese día le dé trabajo, lo estará haciendo con el fin de ver realizado su derecho a trabajar, pero si no es ése un derecho propio en el sentido integrador del tipo objeto de estudio habrá de ser penado, en nuestro concreto ejemplo, por coacciones. La postura que comparto, por lo tanto, no exime de efectuar las consideraciones que sobre el contenido

(87) En este sentido, resulta censurable el recelo mantenido por la Sala Segunda TS con base en que “en otro caso, se corre el grave riesgo de proporcionar una patente de corso a cualquier acreedor para cometer delitos más severamente castigados con la simple alegación de que su intención al cometerlos era únicamente hacerse cobro de la deuda” (STS de 12 de febrero de 1990).

Por una parte, y desde el punto de vista sustancial, no bastará la simple alegación que se indica. Por otra, si la preocupación es de orden procesal (probatorio), existen mecanismos suficientes para la segura acreditación de la concurrencia del elemento subjetivo requerido por el tipo conforme a la lógica y a la experiencia.

del derecho habitualmente realiza la doctrina que exige como requisito típico su efectiva preexistencia, aunque sea con objetivos distintos.

A tal efecto, debe indicarse que lo pretendido será, primeramente, un *derecho subjetivo*, esto es, una posición jurídica en virtud de la que el ordenamiento otorgue directamente a su titular un poder de exigir su cumplimiento en virtud de toda una serie de medios coactivos o de defensa, como puede ser, destacadamente, el derecho de acción. Ahora bien, como ha indicado GONZÁLEZ RUS, “los derechos realizables no quedan limitados a aquellos cuya materialización *legal* requeriría una reclamación judicial, cualquiera que sea su clase (...). Por el contrario, se incluye cualquier derecho, desde los que pueden ser demandados directamente a los obligados por vía extrajudicial (pago de una deuda vencida), hasta aquellos cuya materialización o respaldo legal haya de producirse mediante una decisión administrativa (impedir una actividad molesta), pasando por los que aparecen directamente relacionados con el proceso (reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios; ejecutar una sentencia)”⁽⁸⁸⁾.

No entran en el concepto de *derecho propio*, por no cumplir con la adjetivación como tal (propio), ni los derechos subjetivos ajenos (sin perjuicio de que se pueda ser partícipe en la realización arbitraria del derecho de otro), ni los derechos sociales⁽⁸⁹⁾ o de titularidad colectiva⁽⁹⁰⁾. Tampoco cumplimentan la exi-

⁽⁸⁸⁾ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Delitos contra la Administración de Justicia...*, cit., pp. 488 y ss. Los limita a los que han de ser resueltos por un Tribunal de Justicia, MUÑOZ CUESTA, J., *Realización arbitraria...*, cit., p. 147.

⁽⁸⁹⁾ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios...*, cit., p. 2232.

⁽⁹⁰⁾ Sin embargo, a mi modo de ver la cuestión aquí puede ofrecer dudas dignas de mención. Y ello, sobre todo, porque como se ha reiterado la interpretación restrictiva tiene en este delito efectos contra reo por la peculiar configuración privilegiada del tipo. Así, es cierto que una interpretación literal habría de descartar los derechos de titularidad compartida o colectiva, pues la ley habla de derecho propio. Pero una interpretación político criminal puede preferir, a favor de reo, entender que también se ejercen como propios los que no sólo pertenecen a quien los pretende, e incluso los que responden al interés general.

Así, por ejemplo, la demolición de una obra ilícita que afecte al interés general no podría integrar desde el punto de vista gramatical la pretensión legal (el castigo debería proceder, pues, de la previsión penal del delito de daños). Sin embargo, si desde la condición de afectado —en sentido más o menos directo— se interpreta que puede admitirse que su pretensión es la de realizar un derecho en sentido amplio, el tratamiento penológico será más favorable. No se oponen a ello, como se ha dicho, razones político-criminales, sino sólo la literal mencionada.

En este sentido, p.e., la SAP Cantabria (Secc. 1.^ª), n.º 177/2005, de 29 de diciembre (Pte.: Rivas Díaz de Antoñana), aceptó en apelación la calificación como delito de RAPD de la conducta de los acusados que demolieron la parte de un muro de cerramiento que,

gencia legal, por no verificarse en este caso el sustantivo (derecho), las pretensiones de meras expectativas jurídicas. En paralelo con esta última precisión, continúa teniendo sentido desde la interpretación aquí propuesta la caracterización jurisprudencial (y doctrinal) clásica del derecho como necesariamente *ven-cido y exigible*. Así, por ejemplo, la intimidación para el cobro anticipado de la cantidad estipulada en un pagaré a sesenta días no integraría la finalidad típica, por pretenderse lo que no constituye, aún, un derecho propio. Ello, claro está, en el bien entendido de que el sujeto conoce que no está autorizado aún a hacerla efectiva. Es decir, y generalizando, que la caracterización del derecho seguirá interesando no como presupuesto objetivo sino, ahora, como elemento indiciario para determinar la concurrencia del elemento subjetivo. Sí pueden integrar la finalidad típica, en cambio, los derechos reales y de crédito, así como los derechos de la personalidad (p.e., el derecho a la propia imagen).

Una última precisión antes de entrar en el tema del error: se ha dicho en el párrafo inicial que el elemento subjetivo no se establece subjetivamente. De tal modo que dicho elemento no es sin más el móvil (realizador de derechos) del sujeto. Del mismo modo debe puntualizarse ahora que, a la inversa, la presencia de otros móviles distintos no tiene por qué excluir necesariamente la concurrencia (en este sentido objetiva) del elemento subjetivo. A su presencia pueden acompañar, p.e., móviles de odio o venganza⁽⁹¹⁾.

2. Entre los diversos errores imaginables en torno a esta figura delictiva⁽⁹²⁾ destaca precisamente, también por su incidencia en su aplicación práctica, el que recae sobre la preexistencia del derecho que se pretende realizar violentamente. Esto es, el que se produce en aquellos casos en los que el sujeto

construido sin licencia y mediando orden de paralización de la Alcaldía, obstaculizaba el paso en una vía pública. Ciertamente que la cuestión se enfoca desde el punto de vista del derecho a la circulación de los acusados (y no como una realización arbitraria de la disciplina urbanística), pero no por ello deja de ser un derecho público, por el carácter de la vía, y no propio (como pudiera ser de derivar de una servidumbre a su exclusivo favor). En otro orden de cosas, lo que no resulta compatible es la calificación por daños que, en concurso con la anterior, añadió la resolución de la Audiencia. En mi opinión, una vez que se acepta que la fuerza es la que integra el delito de realización arbitraria, ajustándose a la finalidad del tipo (no se trata de daños superfluos, sino de los necesarios para realizar el derecho), debe desplazarse la calificación por el segundo delito. Que la cuantía de los daños sea elevada no afecta a esa apreciación, sino a la responsabilidad civil por el delito de RAPD. (Vid., *infra*, IV).

⁽⁹¹⁾ En este sentido, debe censurarse la apreciación de la STS 1414/2001, de 10 de julio, entendiéndose que la motivación de odio y venganza no se ajusta a la finalidad típica (sin perjuicio de que, en el caso concreto, tal finalidad pudiese estar, en efecto, ausente, pero por otros motivos).

⁽⁹²⁾ Sobre el error acerca del elemento normativo “actuar fuera de las vías legales”, *infra*, III.2.

cree, equivocadamente, que el contenido de lo que se pretende por la fuerza se corresponde realmente con el de un derecho subjetivo que le asiste.

En la jurisprudencia reciente, la creencia en que la actuación que se lleva a cabo resultaría amparada en un derecho propio ha sido caracterizada como *error de prohibición*⁽⁹³⁾, si bien es cierto que comúnmente las resoluciones recaídas no se ajustan en propiedad al supuesto objeto de análisis, sino que en ellas la creencia en la corrección de lo actuado no se ciñe al contenido de lo que se pretende realizar, sino que se extiende también a las vías utilizadas para alcanzarlo⁽⁹⁴⁾. En realidad, como ya se dijo, en el supuesto analizado no se está ante un error de prohibición, puesto que el sujeto no se equivoca sobre el carácter prohibido o eventualmente justificado de su actuar, sino que conoce perfectamente su carácter ilícito, por lo arbitrario de la vía seguida para conseguirlo. En puridad, pues, la posición coherente con el planteamiento absolutamente mayoritario —en virtud del cual la preexistencia de una relación jurídica objetiva sería elemento (hoy implícito) del tipo— resultaría ser la de considerar que se está ante un error inverso de tipo⁽⁹⁵⁾, por cuanto el agente considera erróneamente que concurre un elemento de la tipicidad que en realidad está ausente⁽⁹⁶⁾.

Pues bien, sea como fuere, las disquisiciones sobre la calificación y tratamiento del error sobre este elemento particular se disuelven desde la comprensión aquí seguida en torno al papel sistemático que cabe atribuir en este delito al derecho propio. Pues no constituyendo su existencia un requisito típico resulta, en efecto, irrelevante el error acerca de ella⁽⁹⁷⁾. Lo único importante será la cumplimentación del elemento subjetivo del injusto, lo que conseguirá quien razonablemente pueda creer que le asiste el derecho (siempre que éste se en-

(93) STS 778/2005, de 18 de mayo (Pte.: García Pérez).

(94) SAP Cantabria (Secc. 2.^a), núm. 40/2001, de 19 de mayo: el acusado ordenó a un cerrajero que colocara una nueva cerradura en la vivienda que pertenecía a sus padres, sin que se hubiera realizado ni la aceptación ni la partición de la herencia, siendo poseedora de su hermana (invencible); SAP Pontevedra (Secc. 3.^a), núm. 7/2001, de 30 de enero: administrador de una sociedad que rompió ante Notario las cerraduras de unos billares para retirar el dinero de las cajas de recaudación por incumplimiento del contrato mercantil (vencible); St. Jzgo. Penal n.º 15 Barcelona, n.º 12/2001, de 10 de enero: se actuó basándose en la errónea información proporcionada por un abogado (vencible).

(95) Como error de tipo lo califica, en cambio, GONZÁLEZ RUS, J.J., *Delitos contra la Administración de Justicia...*, cit., p. 491.

(96) Divergentes en cuanto a su tratamiento, cfr. COLÁS TURÉGANO, A., *El delito...*, cit., pp. 141 y ss. y GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., pp. 281 y ss.

(97) Así, GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., p. 283.

cuentre entre los que se pueden pretender como propios) tanto si aquél efectivamente existe como si no. La conducta de quien, por ejemplo, rompe la cancela que obstaculiza una antigua servidumbre de paso que razonablemente cabría considerar que existe, permanece en el ámbito del art. 455 CP aunque aquélla se declare después inexistente, lo que no resulta ser político-criminalmente inadecuado.

2. El elemento normativo

Si se actúa empleando violencia, intimidación o fuerza, resultará por lo común evidente que se está operando «fuera de las vías legales»⁽⁹⁸⁾, requisito que, como elemento normativo, incorpora la redacción legal. Sin embargo, que lo segundo esté de forma natural implícito en lo primero no significa que resulte intrascendente el hecho de que se explicita en la Ley⁽⁹⁹⁾. Y esto —explicitarlo en la Ley— es lo que decidió hacer el legislador español, por lo que deben aquí valorarse las eventuales consecuencias de este proceder.

Desde luego, no puede decirse que el legislador hiciese un uso especialmente intencionado de la expresión, sino que más bien nos encontramos ante una expresión más del quehacer legislativo que puede tildarse de meramente estilístico. La actual redacción es producto de las modificaciones operadas sobre la originaria fórmula italiana “*potendo ricorrere al giudice*”, importada por el prelegislador en el PLOCP 1980 bajo la forma “*en lugar de acudir a la vía judicial*”. El producto final procede de una enmienda del Senado, escuetamente justificada como “mejora técnica”. Sin embargo, al aludir a las “vías legales” no pensó el legislador sino en la contraposición con las denominadas “vías de hecho”, alumbrando una expresión que, como en alguna ocasión se ha apuntado⁽¹⁰⁰⁾, carece de significación concreta.

Acaso fuese su deseo, como apunta QUINTERO, el de que el tipo acogiera toda acción violenta ejercida con desprecio de la jurisdicción o de la Adminis-

⁽⁹⁸⁾ Resultará harto difícil encontrar algún ejemplo en el que un derecho se ejerza legítimamente con violencia o fuerza. En los que *a priori* pudieran aparentar reunir esa condición, una valoración reposada podrá arrojar la conclusión de que no se trata en propiedad de un derecho subjetivo.

⁽⁹⁹⁾ En contra, sin embargo, ha sido también interpretada la expresión entendiéndola en su sentido puramente retórico: MUÑOZ CUESTA, J., *Realización arbitraria...*, cit., p. 68; DEL MORAL GARCÍA, A., op. cit., p. 1776.

En sentido bien diverso, motivadamente entiende GUARDIOLA GARCÍA que con esta expresión se está excluyendo del ámbito de la tipicidad la actuación incardinable en el ejercicio legítimo de un derecho (*La realización arbitraria...*, cit., p. 298).

⁽¹⁰⁰⁾ QUINTERO OLIVARES, G., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.^a ed. (2005), p. 2232.

tración⁽¹⁰¹⁾, aunque ello vendría tal vez contradicho por el hecho de que en el Congreso se hubiera suprimido la redacción más descriptiva del inciso que refería la actuación “*en lugar de acudir a procedimientos judiciales o administrativos*”, por innecesaria. Sea como fuere, ésta es, en efecto y con independencia de la *voluntas legislatoris*, la primera consecuencia del dictado legal: el derecho que puede integrar el elemento subjetivo de este delito no es ya sólo el potencialmente ejercitable ante la jurisdicción, sino el realizable por cualquiera de las vías que el ordenamiento jurídico pone a disposición del particular. Ello influye pues, en primer lugar, en la precisión del bien jurídico tutelado (y con ello en el ámbito típico), cuya vertiente institucional o colectiva no puede identificarse, a la vista de los términos típicos —y como, por otra parte, ha quedado ya expuesto—, con la sola Administración de Justicia⁽¹⁰²⁾.

En segundo lugar, y aunque con carácter más puntual, el uso de esta expresión no es intrascendente por cuanto transforma en error de tipo lo que de otro modo constituiría un error de prohibición, con las consiguientes diferencias de tratamiento. Si el agente yerra sobre la legalidad de la vía elegida, creyéndose amparado por ella (p.e., no sólo tiene la convicción subjetiva de que le asiste el derecho a utilizar una ancestral servidumbre de paso, sino que cree legítimo como vía de realización de ese derecho el forzar el candado de la barrera que la impide)⁽¹⁰³⁾, se estaría, a falta del inciso objeto de análisis, ante un error de prohibición indirecto, con la consecuencia de la simple rebaja penológica en caso de vencibilidad del mismo (art. 14.3 CP). Constando positivizada tal expresión, dicho error pasa a ser de tipo, al recaer sobre un elemento (negativo) de la tipicidad. Tanto su carácter invencible como vencible conducirá así a la impunidad, al no hallarse prevista la tipicidad imprudente.

IV. CUESTIONES CONCURSALES

La ampliación del precepto a la pretensión de cualquier derecho y la previsión para ello de tres modalidades típicas hacen que, *a priori*, el delito pueda concurrir con cuantos contemplan la violencia, la intimidación o la fuerza en las cosas como posibles medios comisivos, situándose así la cuestión de la relación con otras figuras delictivas en la primera línea de las preocupaciones aplicativas de este precepto, como acredita el alto porcentaje de asuntos en los que esta

(101) QUINTERO OLIVARES, G., loc. ult. cit.

(102) En contra, partiendo del prejuicio de que la Administración de Justicia debe ser forzosamente el objeto de tutela dada la ubicación sistemática del precepto, MUÑOZ CUESTA, J., *Realización arbitraria...*, cit., p. 68.

(103) El supuesto de RAPD es, como se sabe, otro: el sujeto cree que le asiste el derecho, pero sabe que la vía que emplea es ilegítima.

figura no es autónomamente enjuiciada, sino que aparece imbricada con otras calificaciones jurídicas. No en vano —se ha apuntado ya— es ésta una razón de peso para preferir la tasación de su uso previéndola como atenuante específica en los delitos que se seleccionen. Con todo, el catálogo de relaciones conflictivas no es tan amplio ni complejo como aquel punto de partida puede dar a entender, en particular por el hecho de que la finalidad de realizar un derecho no debe entenderse cumplimentada de forma subjetivamente libérrima, sino limitada con criterios normativos de proporcionalidad. La problemática concursal resulta, así, especialmente destacable en los siguientes ámbitos:

1. Delitos contra la integridad física

En el análisis de la relación entre el delito de RAPD y los de lesiones, es frecuente la afirmación de que se está ante un *concurso ideal* ⁽¹⁰⁴⁾. Esa relación, si se compara con la comúnmente mantenida respecto de otros bienes (consumción), se sostiene, en realidad, fijándose en la gravedad en abstracto del bien individual afectado; la cuestión ni siquiera se plantea habitualmente, por ese mismo motivo, en relación con el homicidio ⁽¹⁰⁵⁾, siquiera sea imprudente.

Tal solución concursal, sin embargo, puede encerrar un inconveniente nada despreciable: si se lesiona pretendiendo realizar un derecho, la pena a aplicar será siempre mayor (por aplicación del art. 77) que si se lesiona persiguiendo cualquier otra finalidad. Querer realizar un derecho, en otras palabras, agrava. Para evitar esta indeseable consecuencia, se ha defendido recientemente la aplicación del (solo) tipo de lesiones (a salvo el supuesto en que la violencia se extienda a más sujetos que los lesionados, en cuyo caso sí procedería, lógicamente, el concurso ideal). Para ello, se señala que cuando la lesión se produce con dolo directo la situación es, en realidad, incompatible con el fin que inspira la RAPD, por lo cual no cabe plantearse concurso alguno con este último delito. Cuando, en cambio, la intención de lesionar no es directa, sino que existe sólo dolo eventual o imprudencia, tal situación subjetiva sí es compatible con la del delito estudiado, por cuanto la violencia implicará normalmente un dolo de peligro de lesión. Es aquí donde, sin embargo, la evitación de una agravación por el fin de realizar un derecho debe imponerse según este planteamiento,

⁽¹⁰⁴⁾ CÓRDOBA RODA, J., en CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (tomo II), Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2202; COLÁS TURÉGANO, A., *El delito de realización...*, cit., p. 172; MUÑOZ CUESTA, J., *Realización arbitraria...*, cit., p. 154; VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios...* cit., p. 1913; concurso real: FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M. y LÓPEZ MORENO, J., *La nueva configuración...*, cit., p. 421.

⁽¹⁰⁵⁾ Concurso ideal entre RAPD y homicidio (intentado), v. gr., en la SAP Las Palmas (Secc. 1.^a) núm. 74/01, de 11 de mayo (Pte.: Bosch Benítez).

resolviendo la situación como concurso normativo a favor del correspondiente tipo de lesiones⁽¹⁰⁶⁾.

En definitiva, si se decide postular la solución del concurso de delitos habrá que ser consciente de que con ello se eleva el móvil del delito de lesiones a delito independiente. Y ello sólo podrá argumentarse señalando que, efectivamente, la afectación del bien colectivo, esto es, de la conciencia social sobre el hecho de que la Administración es la única que ejercerá en su caso la fuerza para resolver conflictos privados, se verifica como plus de antijuridicidad sobre la violencia ejercida.

Aunque sin plantearse este trasfondo teórico de la cuestión, el concurso de infracciones ha sido también, y en cualquier caso, la solución constante sostenida en las escasas sentencias recaídas sobre el particular, concurso que incluso se sostiene con la falta del art. 617.1 CP, con lo que, a la postre, la violencia constitutiva de infracción leve se transforma en delito, menos grave [art. 33.3.i) CP], de realización arbitraria⁽¹⁰⁷⁾. Así, la STS de 16 de junio de 2006 desestimaba la queja del recurrente indicando, simplemente, que “la descripción legal de los elementos del tipo objetivo del delito de realización arbitraria del propio derecho incluye la intimidación o la violencia, pero no necesariamente la causación de lesiones a la víctima. Éstas constituyen un elemento antijurídico añadido no cubierto por dicha descripción típica, por lo que deben ser sancionadas de modo independiente”⁽¹⁰⁸⁾.

2. Delitos contra la libertad

Al menos las dos primeras modalidades de realización arbitraria coinciden (si excluimos la *vis in rebus* como medio coactivo) con la conducta típica propia de los delitos de coacciones y amenazas condicionales, por lo que, siempre que sigamos el patrón atenuatorio en el entendimiento del delito objeto de análi-

⁽¹⁰⁶⁾ GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., pp. 328 y 391.

⁽¹⁰⁷⁾ Divergente, la SAP Murcia (Secc. 2.^a) núm. 13/2000, de 14 de marzo (Pte.: Pla Navarro), que consideró consumidas por el art. 455 “las consecuencias lesivas de la integridad, la salud o el patrimonio siempre que no rebasen el ámbito de las correspondientes faltas (arts. 617.2, 620.1 y 625.1)”. En igual sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J., *Delitos contra la Administración de Justicia...*, cit., p. 492.

⁽¹⁰⁸⁾ STS 654/2006, de 16 de junio (Pte.: M. Colmenero Menéndez de Lurca). Sin entrar en la argumentación de la cuestión concursal, siguen la misma solución, limitándose a confirmar la sentencia del Juzgado de lo Penal, la SAP Barcelona (Secc. 7.^a) núm. 675/2002, de 2 de octubre (Pte.: Pérez Máiquez) y la SAP Madrid (Secc. 7.^a) núm. 1056/2007, de 30 de noviembre (Pte.: Ferrer García), que recoge la argumentación del TS referida en el texto.

sis⁽¹⁰⁹⁾, su aplicación deberá estimarse preferente respecto de estos últimos. Tal relación de concurso normativo es interpretada en general en términos de *especialidad*⁽¹¹⁰⁾, si bien no es unánime esta caracterización⁽¹¹¹⁾. Siguiendo aquel mismo patrón atenuatorio —tégase en cuenta— para integrarse en el art. 455 CP la violencia o intimidación ejercidas habrán de ser constitutivas de delito, no de falta (art. 620 CP).

Respecto de los delitos de detención ilegal y secuestro, en cambio, ya no existe esa relación de *implicación necesaria* que caracteriza la relación de nuestro delito con los anteriores: si bien no se puede obligar violentamente a realizar algo (en este caso, el contenido de lo que se cree un derecho) sin estar a la vez coaccionando en sentido típico, sí se puede obligar a hacer algo sin necesidad de privar de libertad al sujeto pasivo de la acción. Por lo tanto, en lo que exceda de la privación de libertad estrictamente inherente a la conducta del art. 455 CP⁽¹¹²⁾, esa disociación requiere una atención distinta, situándonos en principio ante un concurso de normas que debe dirimirse en este caso a favor del delito de detención ilegal (art. 163 CP), que absorberá la finalidad realizadora del derecho, si es que ésta no pasa a constituir una condición agravatoria por la vía del

(109) Cfr., de nuevo, *supra*, I.2.c).

(110) En la Jurisprudencia, puede verse, con carácter reciente, la STS 654/2006, de 16 de junio. Desde el punto de vista procesal, por otra parte, coacciones y realización arbitraria se han venido considerando delitos *homogéneos*.

En doctrina, por todos, vid., COLÁS TURÉGANO, A., *El delito...*, cit., pp. 144, 169. No obstante, debe tenerse en cuenta que la autora concibe el delito de RAPD como estricta suplantación de lo que un Tribunal estaría en condiciones de imponer (cfr., p. 118), lo que limita de hecho el terreno de las coacciones que es en realidad sustituido por la realización arbitraria en este concurso de leyes. Así, se lee en su planteamiento: “El delito de realización arbitraria desplaza al de coacciones en aquellos casos en los que el particular está suplantando el poder coactivo que a los tribunales corresponde y que se suele ceñir a la posibilidad de dirigirse coactivamente sobre el patrimonio del deudor, pues no pueden los tribunales constreñir al deudor a actuar. Si el particular impone por la fuerza algo que un tribunal no puede imponer, no estará afectando al bien jurídico tutelado en el delito de realización arbitraria, sino al protegido en el delito de coacciones o en otros tipo delictivos”. A mi juicio, esa visión del delito como estricto correlato de lo que los Tribunales vendrían a imponer de seguirse la vía jurídica en la satisfacción del derecho (cfr., p.e., en relación con las obligaciones de hacer y no hacer, *op. cit.*, pp. 118 y ss.) no se corresponde con lo exigido por el tipo penal, que sólo requiere el ejercicio de violencia con la pretensión típica. Al fin y al cabo, como ya se ha indicado, no existe derecho fuera de las vías jurídicas, por lo que lo pretendido nunca es tal derecho, en sentido estricto.

(111) Cfr., GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria...*, cit., p. 396, n. 15.

(112) Si no excede del tiempo inherente a la realización arbitraria no procederá la aplicación del delito de detención ilegal: STS 582/2005, de 6 de mayo (Pte.: L. Román Puerta Luis).

secuestro (art. 164 CP)⁽¹¹³⁾. Pretender embeber el completo atentado a la libertad en el delito de realización arbitraria es desconocer los límites normativos del tipo, que no autorizan en absoluto cualquier conducta finalísticamente orientada a la satisfacción de un derecho propio⁽¹¹⁴⁾. Pretender siempre la apreciación de un concurso de delitos, por su parte, supondrá agravar la detención por la finalidad de realizar un derecho. La opción por el concurso de normas es, pues, la solución más plausible, aunque debe entenderse, obviamente, sin perjuicio de que en el caso concreto puedan estimarse concurrentes ambas infracciones, si los hechos se suceden sin unidad de acción⁽¹¹⁵⁾.

3. Allanamiento de morada

La afectación de la intimidad domiciliaria, tanto de persona física como jurídica, constituye otro de los supuestos que ejemplifican la limitación normativa a la que debe someterse el entendimiento del elemento subjetivo que caracteriza al delito de RAPD (como ocurre con la eventual afectación de otros derechos fundamentales como la integridad moral, la libertad sexual o el ho-

(113) STS 280/2005, de 3 de marzo; Auto TS 912/2005, 16 de junio.

(114) En este sentido se pronuncia la STS 280/2005, de 3 de marzo (Pte.: R. Soriano Soriano): “Es indudable que con ese planteamiento (ref. al concurso de normas a resolver a favor del art. 455) se están forzando sobremanera y sin base interpretativa razonable los principios del art. 8 del Código Penal. Con relación al delito de detención ilegal se pueden ocasionar problemas de deslinde tipológico con el delito de coacciones, pero nunca con el de realización arbitraria del propio derecho.

En nuestra hipótesis se ha producido un gravísimo ataque contra un sujeto, que vivió unas horas de angustia, estando privado de uno de los más importantes derechos fundamentales, que junto con otros tres integran los valores superiores del ordenamiento jurídico, según nos recuerda nuestra Constitución (art. 1 CE). El hecho que ese ataque frontal tuviera como objetivo cobrar una deuda y se aplicasen la violencia o intimidación en la obtención del fin delictivo, sólo constituye el móvil, en este caso, elevado a cualificación agravatoria (imposición de una condición: pago de una deuda) que determinó la aplicación del art. 164 CP.

Así pues, el tipo delictivo que contemplamos encierra, como elemento secundario cualificador, una conducta que podía integrar el delito de realización arbitraria del propio derecho, consumidos (art. 8.3.º CP) en el de detención ilegal, en el que además se produce, con la detención de la víctima, la pérdida transitoria de su libertad de deambulación que hace merecedores a los acusados de una grave pena, consecuencia de la rigurosa respuesta punitiva del legislador a la vulneración de uno de los más preciados derechos fundamentales de que puede disfrutar la persona”.

(115) Castigan por ambas infracciones, p.e., la SAP Almería (Secc. 2.ª) núm. 308/2006; SAP Murcia (Secc. 4.ª) núm. 75/2000, de 22 de septiembre; SAP Murcia (Secc. 2.ª), núm. 13/2000, de 14 de marzo (no contradicha en este punto por la STS 531/2002, de 20 de marzo, que casa la anterior).

nor). Sin duda que puede violentarse la morada ajena con el fin de satisfacer, por ejemplo, un derecho de crédito. Pero, en tanto no existe una necesidad objetiva de atentar contra un bien fundamental de esa naturaleza, su lesión deberá ser valorada aparte, en concurso delictivo⁽¹¹⁶⁾. Así lo entendió, por ejemplo, la SAP Sevilla 215/1999, de 10 de diciembre (Secc. 7.^a): si bien, conforme a la doctrina del TS el delito de robo en casa habitada absorbe el de allanamiento, una vez descartado aquél a favor del de realización arbitraria este último vuelve a cobrar vida autónoma.

4. Delitos contra el patrimonio

La relación del delito de realización arbitraria con los delitos patrimoniales representa uno de los frentes principales de la problemática concursal de esta figura, como puede fácilmente intuirse si se piensa en la importancia que en términos cuantitativos está llamado a ostentar el derecho de crédito entre los que de forma razonable puede pretender realizar el sujeto por sus propios medios. De hecho, los supuestos en los que el autor pretende satisfacer una deuda a su favor por medios violentos siguen constituyendo el noventa por ciento de los que se enjuician por este concepto, pese a la ampliación de los derechos potencialmente “realizables” que representó la nueva redacción respecto del anterior Código penal, bajo la vigencia del cual la identificación de nuestra figura con la del delito de robo era cuasi total.

En este terreno, si se parte de la idea mayoritaria en virtud de la cual el ánimo de satisfacer el contenido de un derecho es incompatible con el ánimo de lucro, será la presencia o ausencia de este último lo que constituirá el principal criterio dirimente: con carácter general, en la relación con los delitos patrimoniales sin ánimo de lucro deberá entenderse preferente, por subsidiariedad, el delito de realización arbitraria del propio derecho **(a)**. Habrá de considerarse, en cambio, desplazado (ya sea en pro de otro tipo penal o de la impunidad del hecho) en los supuestos en los que concurra el ánimo lucrativo **(b)**.

(a) Así, en relación con el primer grupo de casos, el delito de RAPD debe considerarse el aplicable en la concurrencia —poco habitual— con el delito de *usurpación de inmueble* (art. 245 CP), y, muy en particular, con el delito de *daños* (art. 263), sobre el que las resoluciones judiciales —ahora sí relativa-

⁽¹¹⁶⁾ Esa falta de necesidad objetiva lleva a descartar también, a juicio de GUARDIOLA (op. cit., p. 400, n. 26) el concurso medial a favor del real. En cualquier caso, la diversa naturaleza y entidad de las penas (arts. 202 y 203 CP) deberán llevar a castigar las infracciones por separado.

Otro tratamiento sugiere el autor (concurso de normas, a favor del 455) en los casos en los que el allanamiento constituya la única posibilidad de realización del derecho.

mente frecuentes— no muestran precisamente un rumbo uniforme⁽¹¹⁷⁾. En ello, la entidad del daño no debe confundir⁽¹¹⁸⁾. Si se trata de daños cuantiosos, pero necesarios en tanto que finalísticamente orientados a la realización del derecho pretendido, deberán considerarse integrados en el delito del art. 455, sin perjuicio de declarar lo que proceda en orden a la responsabilidad civil derivada del delito. Cuestión distinta será que precisamente su entidad pueda constituir ya un indicio para descartar la finalidad típica requerida.

(b) En el segundo grupo, esto es, en el de la concurrencia con delitos patrimoniales que sí requieren ánimo lucrativo, el delito de RAPD no será aplicable. Tal observación es válida para los delitos lucrativos con medios violentos, a los que enseguida me referiré, pero también en relación con los que no contemplan tal tipo de medios de comisión, entendido esto en sentido amplio. En relación con estos últimos (hurto, estafa, apropiación indebida, propiedad intelectual) la realización de la parte objetiva de sus respectivos tipos penales, pero sin la concurrencia del ánimo de lucro —en tanto que sustituido por el (incompatible y excluyente) de realizar un derecho— conllevará la atipicidad y consiguiente impunidad del hecho. Si, p.e., se produce el apoderamiento no violento típico del hurto pero informado por el ánimo de realizar un derecho, la conducta ha de estimarse impune por no constituir, por una parte, hurto (al faltar el ánimo de lucro), ni, por otra, realización arbitraria

⁽¹¹⁷⁾ Entre las más recientes, pueden confrontarse las siguientes: en la SAP Las Palmas (Secc. 1.ª), núm. 311/2007, de 13 de diciembre (Pte.: Alemán Almeida), se defendió el concurso delictivo. En ella se lee: “(...) cabría plantearse cuál sería la calificación jurídica que habría de darse a la conducta del sujeto activo, si como consecuencia del empleo de la violencia y la intimidación, o de la fuerza en las cosas, se produjera un concreto resultado lesivo o dañoso, pues en tal caso confluirían la arbitraria conducta de quién unilateralmente pretende ejercer su derecho, con un concreto resultado que también resulta punible conforme a otros preceptos del CP. La distinta ubicación sistemática, así como, precisamente por ello, la diversidad de bienes jurídicos protegidos en ambos casos (integridad y patrimonio en uno, Administración de Justicia en otro), han de conducir inexorablemente a la apreciación de un concurso de delitos, que no de normas, de modo que además de apreciarse el delito de realización arbitraria, el concreto resultado debe ser igualmente sancionado como delito o falta de lesiones y/o daños”. La SAP Salamanca (Secc. 1.ª), núm. 82/2006, de 9 de noviembre (Pte.: González Clavijo) entendió, en cambio, absorbidos los daños ocasionados para cometer el delito de realización arbitraria (si bien apreció una falta posterior).

⁽¹¹⁸⁾ Cfr., sin embargo, COLÁS TURÉGANO, A., *El delito...*, cit., p. 173, considerando que el concurso de leyes debe dar paso al de delitos si se trata de “daños de consideración”.

(al no verificarse el comportamiento con violencia, intimidación ni fuerza en las cosas)⁽¹¹⁹⁾.

El mismo tratamiento debe propugnarse para los delitos patrimoniales violentos con ánimo de lucro (robo, extorsión): su aplicación será preferente, desplazando la del art. 455, que debe considerarse subsidiario de aquéllos. La relación con este tipo de delitos, y en particular con el delito de robo (en sus distintas modalidades), constituye la más frecuentemente tratada en la práctica aplicativa de esta figura. No en vano la identificación del tipo objetivo del delito objeto de estudio con el del delito de robo era absoluta con la redacción anterior, y, como se ha dicho, aún actualmente los supuestos en los que se produce un apoderamiento violento de bienes para satisfacer una deuda siguen constituyendo el grueso de los que conforman su realidad judicial. Desde el punto de vista procesal, incluso, ambas figuras han sido consideradas habitualmente homogéneas, estimándose que no se produce vulneración del principio acusatorio ni indefensión en aquellos casos en los que se termina condenando por realización arbitraria⁽¹²⁰⁾.

Pues bien, en la diferenciación jurisprudencial de ambas modalidades delictivas, y en consonancia con lo expuesto, el elemento subjetivo ha sido el criterio prioritario⁽¹²¹⁾, entendiéndose en general que mientras la intención de enriquecimiento injusto preside el delito de robo, en el art. 455 CP se busca la reparación de un empobrecimiento injusto. Así, la finalidad propia del delito de realización arbitraria se ha considerado ausente, por ejemplo, en los casos en los

⁽¹¹⁹⁾ Correcta, en este sentido, la SAP Guadalajara (Secc. 1.ª), núm. 20/2003, de 26 de febrero (Pte.: Martínez Domínguez).

⁽¹²⁰⁾ Así, SAP Navarra (Secc. 1.ª), núm. 21/2006, de 24 de febrero. Por su parte, la STS 1414/2001, de 10 de julio (Pte.: Abad Fernández) afirmaba: “El tema planteado ya ha sido tratado en las Sentencias 867/1997, de 19 de diciembre, y 62/1998, de 23 de enero, y de acuerdo con la doctrina en ellas expuesta podemos afirmar que en principio entre los delitos de robo con violencia o intimidación y el de realización arbitraria del propio derecho existe una heterogeneidad sistemática, en cuanto están situados en Títulos distintos del Código Penal, con referencias a bienes jurídicos diferentes. Pero que existe con frecuencia una homogeneidad estructural cuando, como ocurre en el presente caso, sus acciones respectivas ofrecen una similar morfología. Máxime teniendo en cuenta el carácter pluriofensivo del delito recogido en el artículo 455 de Código Penal, en el que tanto se atenta contra la Administración de Justicia como contra el patrimonio del deudor atacado. Lo esencial es que no se haya producido indefensión, y en este caso (...) el ánimo «de realizar un derecho propio» diferenciador de ambos delitos ha sido alegado y debatido, y la condena por el citado delito, sancionado con pena menor que la solicitada por la acusación, no puede ser considerada como inesperada o sorprendente”.

⁽¹²¹⁾ V. gr., STS 1564/2002, de 7 de octubre; SSAP Sevilla (Secc. 7.ª), 215/1999, de 10 de diciembre; 315/2003, de 8 de julio o 187/2007, de 25 de abril.

que se produce un apoderamiento indiscriminado de bienes del deudor o en aquellos en los que el acusado se apodera de muchos más bienes de los necesarios para cubrir lo adeudado⁽¹²²⁾. Esta idea resulta complementaria de la clásica exigencia jurisprudencial de una concreta relación jurídica obligacional previa entre el sujeto activo y pasivo en nuestro delito, requisito que también asoma con frecuencia, así, como criterio de distinción⁽¹²³⁾. Como es sabido, tal exigencia, según la posición sostenida en este trabajo, no representa hoy una necesidad objetiva del tipo; pero ello no significa que el conocimiento de su ausencia por parte del sujeto activo no haya de ser determinante para entender que faltó el especial ánimo que caracteriza esta tipicidad privilegiada.

⁽¹²²⁾ En el primer sentido, STS 1564/2002, de 7 de octubre; en el segundo, la STS 501/2004, de 14 de abril. Sobre este tipo de precisiones debe señalarse su acierto, pero sólo en tanto afecten efectivamente al elemento subjetivo: en quien se apodera de bienes por más valor de lo debido difícilmente concurrirá el ánimo de sólo realizar el contenido de su derecho. Lo que no resulta compatible —según lo expuesto en este trabajo— es trasladar esta clase de consideraciones al plano objetivo, entendiéndolo automáticamente, p.e., que “la nueva realización arbitraria excluye la posibilidad, antes generalmente admitida, de apropiación de cosa distinta a la debida que fuese propiedad del deudor” (MARTÍN CANIVELL, J., *La ejecución...*, cit., p. 142): a mi juicio, quedará excluida la aplicación del delito de RAPD si con aquel proceder falta efectivamente el ánimo de hacerse pago; pero no si el sujeto entendía realizar su derecho al cobro a través de la apropiación de bien distinto.

⁽¹²³⁾ STS 1500/2000, de 18 de septiembre. SAP Murcia (Secc. 2.ª), núm. 49/2006, de 5 de octubre; SAP Vizcaya (Secc. 1.ª), núm. 417/2003, de 7 de julio. La carga de la prueba de ese elemento, incluso, se ha hecho recaer en el acusado, en tanto que circunstancia privilegiante (STS 1664/1998, de 22 de diciembre).

LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA “CONEXIDAD” EN EL CONCURSO REAL DE DELITOS (ART. 76.2 DEL CP). EL SENTIDO DE LA PENA Y LA LEY PENITENCIARIA COMO CRITERIO DE APRECIACIÓN

JAVIER NISTAL BURÓN

Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias

RESUMEN

En este artículo se analiza la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en la interpretación de la regla de la “conexidad” delictiva como condición necesaria para poder aplicar la limitación de la condena en el concurso real de delitos, en los términos previstos en el art. 76.2 del Código Penal. Y teniendo en cuenta que esta línea interpretativa está orientada en el sentido de favorecer un modelo de ejecución en el que prima la función resocializadora de la pena, se propone la posibilidad de que esta misma finalidad sirva, también, para reemplazar el actual criterio cronológico, como límite para apreciar dicha conexidad, y así hacer efectivo, en todo caso, el respeto a los principios de carácter constitucional que informan nuestro sistema penitenciario de ejecución penal.

Palabras clave: *Acumulación jurídica. Refundición de condenas. Conexidad. Concurso real de delitos. Reinserción social. Jurisprudencia.*

ABSTRACT

It this article is analyzed the evolution of the Supreme Court doctrine in the interpretation of the rule of the criminal connection as a necessary condition to apply the sentence in the real meeting of crimes, in the terms set in the art. 76.2 of the Penal Code. And taking into consideration that this interpretative line is aimed to favoring a model of execution in which priority is a re-socialize sentence, it is proposed the possibility that this same purpose serves also, to replace the current chronological canon, as limit to estimate that connection and in this way, respect the values of the constitutional spirit that inform our penitentiary system of penal execution.

Key words: *Juridical accumulation. Remelting sentence. Connection. Real meeting of crimes. Social rehabilitation. Jurisprudence.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO INTERPRETATIVO DEL CONTENIDO DE LA REGLA DE LA CONEXIDAD (ARTÍCULO 76.2 DEL CP).
 1. **Los diversos criterios existentes.**
 - A) El criterio procesal (artículo 17 de la LECrim).
 - B) El criterio de derecho sustantivo (artículo 76.2 del CP).
 - C) El criterio cronológico.
 2. **La fundamentación jurídica del criterio temporal como límite en la apreciación de la conexidad.**
 - A) Razones de legalidad.
 - B) Razones de política criminal.
 - III. EL SENTIDO DE LA PENA Y LA LEY PENITENCIARIA COMO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA REGLA DE LA CONEXIDAD.
 1. **Los principios que informan el modelo penitenciario de ejecución penal.**
 2. **El objetivo resocializador de la pena como alternativa al criterio cronológico.**
 - A) Situaciones que lo requieren.
 - B) Fundamentación legal que lo justifica.
 - IV. LA FORMA DE CUMPLIR LA PENA RESULTANTE DE LA ACUMULACIÓN JURÍDICA.
 1. **Si la acumulación jurídica es conforme al artículo 70.2 del anterior CP de 1973.**
 2. **Si la acumulación jurídica es conforme al artículo 76.2 del actual CP de 1995.**
 - V. CONCLUSIÓN.
-

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema punitivo, cuando una pluralidad de acciones ocasiona una pluralidad de delitos, se produce lo que la doctrina y jurisprudencia denominan concurso real de delitos. Para penar esta concurrencia delictiva se pueden seguir diversas pautas:

- a) La acumulación material, que es la simple suma de todas las penas.
- b) La absorción, en la que las penas más graves absorben a las menos graves.
- c) La exasperación o incremento de la pena más grave.
- d) La acumulación jurídica, en la que, partiendo de la acumulación material, se establece un tope de cumplimiento.

Dado que nuestra legislación no cuenta en su catálogo de penas con la de reclusión perpetua, el Código Penal (CP) instaura un sistema de determinación de la pena en el denominado concurso real de delitos, que se fundamenta en tres ideas básicas:

- 1. La acumulación aritmética de las penas de la misma especie, según el artículo 73 del CP (acumulación material).
- 2. La ejecución sucesiva de éstas por el orden de su gravedad, según el artículo 75 del CP.
- 3. La limitación del tiempo de ejecución, como establece el artículo 76 del CP (acumulación jurídica).

La acumulación jurídica que regula el citado artículo 76 del CP establece dos tipos de limitaciones de la pena correspondiente a los varios delitos cometidos:

- a) Un límite relativo, por discutibles razones de política criminal, que es el triple de la más grave de las condenas impuestas.
- b) Unos límites absolutos, fundados en razones humanitarias y de proscripción de tratos o penas inhumanas o degradantes —artículo 15 de la Constitución Española (CE)— que son, en concreto, dos: el límite ordinario de los 20 años, que va ascendiendo, según la gravedad o la pluralidad de delitos, hasta los límites extraordinarios de 25; 30 y/o 40 años para los casos de delitos especialmente graves⁽¹⁾.

Las limitaciones —de 20 a 40 años— que establece el actual artículo 76 del CP son aplicables cuando un mismo reo comete delitos conexos o próximos en

(1) Los límites absolutos extraordinarios establecidos en el artículo 76 del CP son: de 25 años cuando existan dos o más condenas, si una es castigada con pena de hasta 20 años. De 30 años cuando existan dos o más condenas y una de ellas es superior a 20 años. De 40 años cuando existan dos o más condenas, cuando dos sean superiores a 20 años. De 40 años cuando existan dos o más condenas por delitos de terrorismo, una de ellas superior a 20 años.

el tiempo ⁽²⁾, que pudieron enjuiciarse en un solo proceso en los términos que el apartado 2.º de dicho artículo señala expresamente.

Como podemos comprobar, lo más trascendente para estimar, o no, una solicitud de acumulación jurídica de condena en el concurso real de delitos es determinar si concurre, o no, la exigencia de la conexidad entre los delitos cometidos, en los términos en los que viene definida en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.). Sin embargo, este precepto, que se caracteriza por la diversidad de criterios de tipo subjetivo, instrumental o medial, o mixtos, que exige para considerar conexas diversas infracciones, ha generado, como dificultad principal, la inexistencia de una interpretación jurisprudencial unitaria del contenido de esta regla de la conexidad, que ha ido variando en los últimos años en función de criterios interpretativos del Tribunal Supremo, lo que en más de una ocasión ha dado lugar a no pocas arbitrariedades en la apreciación de la citada regla de la conexidad delictiva.

El objetivo de este trabajo es el de analizar cuál ha sido la línea interpretativa que el Tribunal Supremo ha mantenido sobre el contenido de la conexidad y cómo dicha línea, que está marcada por la orientación resocializadora que a la pena privativa de libertad le atribuye el artículo 25.2 de la Constitución Española (CE), puede ser extensible también a aquellas conductas delictivas que se producen más allá del límite temporal —una primera sentencia definitiva— que ha establecido actualmente el Alto Tribunal como criterio para apreciar la conexidad delictiva y, de esta forma, posibilitar también, en estos casos, la reducción de condena que supone la acumulación jurídica, todo ello en aras de hacer efectivo el objetivo principal de la pena privativa de libertad asignado constitucionalmente —la reeducación y reinserción social del penado—.

II. LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO INTERPRETATIVO DEL CONTENIDO DE LA REGLA DE LA CONEXIDAD (ARTÍCULO 76.2 DEL CP)

1. Los diversos criterios existentes

La existencia del artículo 76 del CP de 1995 tiene su origen en el Código Penal de 1870. Con anterioridad a éste, los Códigos de 1848 y de 1850 mantenían sistemas de acumulación aritmética absoluta, pero la doctrina del momento se mostraba en contra de la acumulación material, por el desprestigio que suponía para los Tribunales la imposición de penas superiores a la duración ordinaria de la vida humana, por la sustracción al delincuente de toda esperanza

⁽²⁾ La expresión “o próximos en el tiempo” ha sido introducida por la Ley 7/2003, de reforma del CP.

de reinserción social y por la posibilidad que esto supondría de castigar más duramente la sucesión de delitos no tan graves, como otros de extrema gravedad⁽³⁾. Los sucesivos Códigos Penales fijaron un límite temporal a la suma aritmética, pero siempre que se tratase de penas impuestas en un mismo proceso —Códigos de 1870 (artículo 89.2), de 1928 (artículo 163.1), de 1932 (artículo 74) y de 1944 (artículo 70.2)—.

Pero, fue la Ley 3/1967, de 8 de abril, origen del actual artículo 76 del Código Penal y del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la que permitió introducir los límites para condenas recaídas en procedimientos distintos, aunque para ello se exigió que los delitos o faltas enjuiciados en distintos procesos habrían de ser conexos entre sí, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la LECrim. La Ley 3/1967 supuso un cambio esencial, en tanto que, con anterioridad a esta Ley, no se podía aplicar la limitación de penas si los hechos enjuiciados no eran objeto de un único proceso⁽⁴⁾. Con esta modificación legal se amplió la posibilidad de limitar las penas impuestas, aunque lo fueran en diferentes procesos, siempre que concurriese un requisito que se ha mantenido hasta nuestros días en el CP 1995: “que los hechos por su conexión hubieran podido imponerse en un solo proceso”, al que la Ley 7/2003, de reforma del CP, añadió “o próximos en el tiempo”, en consonancia con la interpretación jurisprudencial al respecto.

La diversidad de criterios de conexión ha dado lugar a una abundantísima jurisprudencia sentada en torno al número 2.º del artículo 76, anterior artículo 70.2 del Código Penal de 1973.

El Tribunal Supremo (TS) ha utilizado como pautas para apreciar o no la conexidad, el tiempo, el lugar, el bien jurídico lesionado, los preceptos infringidos, el *modus operandi* del agente, los principios de dignidad y humanidad de las penas, la resocialización del delincuente, el principio de individualización de la pena, etc. Podríamos sintetizar esta doctrina del TS, sobre el contenido de la conexidad, en tres criterios: un primer criterio denominado procesal, del ar-

(3) SALCEDO VELASCO, A., “La refundición de condenas: acumulación de penas”, en *La ejecución de la sentencia penal, Cuadernos de derecho judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 209.

(4) Vid. Consulta FGE 1/53, de 30 de noviembre, y memoria de 1955. No obstante existían voces discrepantes a este criterio. En este sentido, las STS de 14 de noviembre de 1881 y de 16 de junio de 1919, entre otras, señalaban: “para que tenga lugar la acumulación de penas lo mismo da que el culpable esté sometido a uno o varios procedimientos, y por tanto que haya sido condenado por una o varias sentencias, porque en ambos casos son idénticas las razones en que se funda el precepto legal, por lo que no debe faltarse a él, privando al reo de un beneficio que le otorga la ley por una cuestión de procedimiento a la que es ajeno”.

título 17 de la LECrim., un segundo criterio, basado en el punto de vista del derecho sustantivo, y uno tercer y último basado en el momento cronológico de la comisión de los hechos delictivos, que es el actualmente predominante.

A) El criterio procesal (artículo 17 de la LECrim.)

Conforme a este primer criterio, considerado restrictivo, el TS fue delimitando interpretativamente el campo de aplicación de la regla 2.^a del artículo 76 (anterior 70.2) del Código Penal y de su correlativo desenvolvimiento procesal, contenido en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para evitar que erróneamente pudiera estimarse que la modificación del precepto operada por la Ley de 8 de abril de 1967 autorizase de un modo absoluto, sin limitaciones ni cortapisas, la aplicación de la regla de la conexidad a todas las condenas impuestas anteriormente sin límite en el tiempo ni el espacio y sin que hubiera la menor relación de conexión entre los hechos que motivaron las sucesivas condenas.

Según este criterio, para apreciar la conexión habrían de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en los hechos, y fundamentalmente: si los diversos delitos fueron ejecutados por los mismos sujetos activos o en compañía de otros; si se cometieron contra el mismo sujeto pasivo o no concurre tal identidad; si se cometieron en distintos partidos judiciales; el tiempo que medió entre los diversos delitos; el cumplimiento efectivo de alguna de las penas impuestas; la tipología penal de los delitos; el procedimiento empleado para su ejecución etc. ⁽⁵⁾ Además, sobre la base de que la conexidad por analogía implica siempre unidad subjetiva del responsable. Estima esta doctrina que ha de concurrir conexidad por unidad de precepto penal violado, bien jurídico protegido por aquél, *modus operandi* de tiempo y lugar y cierta proximidad en las fechas de consumación delictiva ⁽⁶⁾.

Como resumen, podemos decir que, según este criterio procesal, para apreciar la conexidad serían necesarios, en todo caso, los requisitos siguientes: la unidad subjetiva, o sea, que se trate de los mismos partícipes; la unidad objetiva, es decir, delitos de la misma índole, y cierta unidad espacio-temporal que hubiera permitido esa acumulación procesal en una misma causa, aunque de

⁽⁵⁾ Entre otras, SSTS de 17 de junio de 1968, 7 de febrero de 1968; 20 de noviembre de 1969; 15 de marzo de 1985; 9 de mayo de 1991; 8 de mayo de 1991; 14 de junio y 6 de noviembre de 1992; 14 de junio de 1993 y 18 de mayo de 1994; 22 de noviembre de 1994; 10 de febrero; 18 de mayo; 24 de junio y 13 de julio de 1994 y 2 de julio de 1997.

⁽⁶⁾ SSTS de 21 de septiembre de 1987; 15 de abril de 1991; 10 de febrero, 8 de abril; 9 de mayo; 29 de septiembre y 6 de noviembre de 1992; 14 de junio y 21 de julio y 14 de junio de 1993.

hecho hayan sido varias, o sea, “que la ficción beneficiosa que concede la norma penal hubiera podido tener en mínima medida realidad procesal no demasiado forzada”.

No obstante, en esta misma línea, jurisprudencia posterior ha venido a sostener un criterio interpretativo más amplio *in bonam partem*, excluyéndose de la conexidad solamente aquellos delitos heterogéneos en su naturaleza, o que corresponden a acciones sin ninguna relación ni espacial, ni temporal ni de ideación.

B) El criterio de derecho sustantivo (artículo 76.2 del CP)

La jurisprudencia del TS en la interpretación del contenido de la conexidad fue evolucionando progresivamente, introduciendo derechos fundamentales — libertad, dignidad— como elementos necesarios para la interpretación gramatical y teleológica del término conexidad, con una orientación mucho más permisiva para el penado, sometiendo a revisión la aplicación del artículo 17 de la LECrim., prescindiendo del requisito de homogeneidad entre los distintos delitos —porque la disciplina del concurso real no lo exige—, haciendo invocación de la moderna doctrina penitenciaria que propugna la unidad de ejecución, por cuanto el tratamiento penitenciario se inspira en la conveniencia de operar, no sobre las penas individualizadas, sino sobre la totalidad de las impuestas en las sentencias pendientes de ejecución, y afirmando, finalmente, con argumentos de raíz constitucional basados en los artículos 25.2 de la CE —resocialización del penado— y 15 de la CE —proscripción de penas o tratos inhumanos o degradantes— que la legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria en todos los casos en que la suma de las penas impuestas y pendientes de cumplimiento rebasen un determinado límite temporal (30 años)⁽⁷⁾.

El punto de partida de esta orientación interpretativa quizás lo podamos encontrar por primera vez en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1992, que, bajo los principios de racionalidad, de cumplimiento del mandato constitucional del artículo 25.2 de la CE, de orientación resocializadora del sistema penológico, de proporcionalidad, de favorecimiento al reo y de concepción del Derecho Penal como orientado a la justicia, vino a introducir la posibilidad de realizar una interpretación extensiva y analógica del concepto de conexidad en la acumulación jurídica de condenas.

⁽⁷⁾ SSTs de 27 enero de 1995 y 20 de julio de 1995.

En esta dirección, constatando que el artículo 76.2 no exige ninguna clase de homogeneidad entre los diferentes delitos. El TS declara que, para apreciar la conexidad, “sólo debe atenderse a si los delitos han podido ser enjuiciados en un solo proceso y existirá siempre que la acumulación no transforme en una exclusión de la punibilidad para todo delito posterior”⁽⁸⁾. De esta forma, disminuye la importancia del requisito de la conexidad para insistir en el requisito temporal de que los hechos nuevos no sean posteriores a la firmeza de las sentencias anteriores cuyas condenas se acumulan, ya que ello impediría que pudieran seguirse en una misma causa.

En este sentido la STS 668/2007, de 12 de julio, recuerda “La jurisprudencia de esta Sala ha creado un cuerpo de doctrina en la que se ha señalado que la aparente antinomia que en el examen de la conexidad se produce entre los artículos 988 de la Ley procesal y 76 del Código Penal se resuelve en favor de la aplicación de la norma penal por razones tanto formales como materiales⁽⁹⁾. Lo relevante es, más que la analogía o relación entre sí, la conexidad temporal, es decir, que los hechos hubieran podido ser enjuiciados en un único proceso atendiendo al momento de la comisión. Por lo tanto, el artículo 76 del Código Penal es el específicamente previsto para los casos de limitación de condenas, cuando existe un concurso real de delitos. La clase o naturaleza del delito no influye, en absoluto, para que tenga efectividad la acumulación jurídica de condenas.

C) El criterio cronológico

Como podemos comprobar, el TS ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de conexidad que exigen los artículos 988 de la LECrim. y 76 del CP, para la acumulación jurídica de penas, al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad “temporal”, es decir, que los hechos pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión. Teniendo en cuenta que, en aplicación del artículo 988 de la LECrim., corresponde la resolución de la acumulación al último Tribunal o Juez que haya sentenciado los hechos, son acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a la última resolución, y ello con inde-

⁽⁸⁾ STS de 3 de noviembre de 1995 y también las SSTS de 15 de abril de 1994, 23 de mayo de 1994, 21 de marzo de 1995 y 13 de marzo de 1998.

⁽⁹⁾ SSTS 1249/1997, de 17 de octubre, y 11/1998, de 16 de enero.

pendencia de que entre ellos existiera analogía o relación material entre sí, pues todos ellos podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso⁽¹⁰⁾.

A esta doctrina del TS, como ya hemos apuntado anteriormente, se ha ajustado la LO 7/2003, de 30 de junio, al ampliar, en el apartado 2 del artículo 76 del CP, la posibilidad de la acumulación jurídica al momento de la comisión de los hechos delictivos, en clara referencia al expresado criterio temporal.

“2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”.

Ahora bien, según este criterio cronológico, para el cálculo de la procedencia o no de una acumulación entre varias condenas se tiene que tener muy en cuenta las fechas de la comisión de los hechos, para ponerlos en conexión con las fechas de las sentencias de las distintas causas y, a partir de ahí, calcular detenidamente qué causas se pueden incluir en un grupo de condenas y cuáles no.

Para evitar que se materialice el riesgo de impunidad de quien vuelve a delinquir después de haber sido condenado, pero antes de que se resuelva el casi obligado recurso de casación, el Tribunal Supremo, en el Pleno no Jurisdiccional de fecha 29 de noviembre de 2005, se inclinó por matizar las consecuencias de esta interpretación y acordó que la fecha a tener en cuenta para cerrar el ciclo cronológico no es la fecha de la sentencia firme, sino la fecha de la sentencia definitiva.

En resumen, la doctrina del TS ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de conexidad que exigen los artículos 988 de la LECrim. y 76 del CP, para la acumulación jurídica de penas, al estimar que, más que la analogía o relación entre sí de los hechos enjuiciados, lo relevante es la conexidad “temporal”, es decir, que dichos hechos puedan enjuiciarse en un solo proceso, atendido el momento de su comisión⁽¹¹⁾, tal como se recoge expresamente en el artículo 76 del Código Penal, tras la reforma operada en él por

(10) Entre otras, SSTS 1249/1997, de 17 de octubre; 11/1998, de 16 de noviembre; 109/1998, de 3 de febrero; 216/1998, de 20 de febrero; 328/1998, de 10 de marzo; 216/1998, de 20 de febrero; 328/1998, de 10 de marzo; 722/2000, de 25 de abril; 1265/2000, de 6 de julio; 1159/2000, de 30 de junio; 548/2000, de 30 de marzo; 722/2000, de 25 de abril; 1159/2000, de 30 de junio; 548/2000, de 30 de marzo; 860/2004, de 30 de junio; 649/2004, de 12 de mayo; 931/2005, de 14 de julio; 1005/2005, de 21 de julio; 931/2005, de 14 de julio; 649/2004, de 12 de mayo; 1010/2005, de 12 de septiembre; 1167/2005, de 19 de octubre; 1005/2005, de 21 de julio; 1010/2005; 91/2008, de 18 de febrero.

(11) SSTS 943/2007, 283/2007 y Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 109/2008.

la LO 7/2003. En definitiva, los límites máximos de cumplimiento señalados en el artículo 76 del CP son aplicables cuando los hechos pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso, aunque esto no supone que los delitos cometidos con posterioridad a la fecha de la última sentencia condenatoria o al establecimiento de tales límites máximos hayan de resultar impunes por la imposibilidad de cumplimiento de las penas que, en su caso, se impusieran⁽¹²⁾.

2. La fundamentación jurídica del criterio temporal como límite en la apreciación de la conexidad

Como hemos visto, aun cuando la doctrina del TS acoge un criterio interpretativo de la conexidad generoso y favorable al reo, tal y como hemos referido, que permite la práctica superación del requisito de la analogía o relación entre los delitos para poder apreciar la acumulación jurídica de penas, sin embargo establece un límite temporal que constituye un requisito legal ineludible, fundado en poderosas razones de tutela de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal y que impide la acumulación jurídica de penas. Este límite está constituido por una primera sentencia condenatoria definitiva, de modo que los hechos posteriores cometidos tras ésta no pueden ser, en modo alguno, objeto de acumulación a otros ya enjuiciados.

El fundamento para establecer el límite de la conexidad en este estricto criterio cronológico se fundamenta tanto en razones legales como de política criminal.

A) Razones de legalidad

Las razones legales tienen su fundamento en el requisito temporal establecido en el artículo 76.2 del CP, que es el que determina la imposibilidad de acumular penas impuestas por delitos que ya estuviesen sentenciados cuando se cometió el delito que dio lugar a la sentencia que delimita la acumulación, pues es claro que dichos delitos, en ningún caso, hubiesen podido ser juzgados conjuntamente, pues procesalmente nunca podrían haber sido juzgados en un proceso anterior, cerrado por la previa constitución de una relación litigiosa, que ha devenido en el dictado de una sentencia. La razón es suficientemente clara, al impedir la inclusión en una determinada acumulación de las penas impuestas por hechos cometidos con posterioridad a la primera de las sentencias que dicha acumulación abarca, pues en tal caso, evidentemente, resultaría del todo imposible que tales nuevos hechos, posteriores a aquélla, hubieran podido ser enjuiciados en ese mismo procedimiento ya finalizado cuando acaecen⁽¹³⁾.

(12) STS 729/2003, de 16 de mayo.

(13) STS 256/2009, de 13 de marzo.

Conforme a esta razón legal, en principio, deben únicamente excluirse de la acumulación jurídica:

- a) Los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado, es decir, cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación.
- b) Los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación, cuando ésta no sea la última. Y ello porque ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso.

En definitiva, la razón legal sobre la que se fundamenta la conexidad no es otra que la pretensión de conseguir que a todos los supuestos de concurso real de delitos se les dé el mismo tratamiento, con independencia de que los hechos se hayan enjuiciado o no en un mismo proceso.

B) Razones de política criminal

El Tribunal Supremo ha consolidado una postura en la que prescinde del requisito de la conexidad material de los delitos para determinar la existencia, o no, de la conexidad. Entiende el Alto Tribunal que sólo debe atenderse a si los diversos delitos han podido ser enjuiciados en un solo proceso y existirá siempre que la acumulación no se transforme en una exclusión de la punibilidad para todo delito posterior, ya que si una persona supiera que no ha de cumplir las penas por los delitos posteriores a otras ya definitivamente impuestas, se crearía un sentimiento de impunidad que supondría para los ya sentenciados disponer de un “patrimonio punitivo” que proveería a éstos de inmunidad, o de una relevante reducción de penalidad, para los delitos futuros. Ello sería singularmente peligroso y contrario a la finalidad de prevención especial de la sanción. Por esta razón, los períodos de acumulación de penas se cortan desde el momento en que existe la condena de carácter definitivo⁽¹⁴⁾.

En resumen, la solución de restringir las posibilidades de la acumulación, al menos, al dato cronológico de la posibilidad teórica de enjuiciamiento conjunto de los diferentes hechos sancionados, se asienta no sólo en la propia exigencia expresa contenida en el artículo 76.2 del CP, sino, también, en el hecho evidente de que, de no hacerse así, siempre serían posibles sucesivas acumulaciones de condenas a otras precedentes, prolongándose la acumulación *ad infinitum*, de modo que quien ya hubiere alcanzado la primera de ellas dispondría de la impunidad de sus ulteriores conductas infractoras, cuyo castigo quedaría englobado en aquélla, sin otra repercusión alguna, especialmente

(14) Entre otras, SSTS 328/1998, de 10 de marzo; 1586/1998, de 21 de diciembre y 754/2000, de 8 de mayo.

cuando la pena ulteriormente impuesta fuere igual o inferior a la que ya sirvió de base para fijar el límite del resultado de la acumulación. Y más aún, si se hubiera alcanzado el límite máximo de los 20, 30 o, en la actualidad, incluso 40 años, en cuyo caso, cualquier delito posterior, por grave que fuere, carecería de toda repercusión sancionadora, anulándose así los fines de prevención propios de la norma penal. El Estado de Derecho no puede permitir que se sitúe en una posición de impunidad para eventuales delitos futuros aquel que, al haber sido condenado a penas graves en virtud de hechos gravemente atentatorios a bienes penalmente protegidos, haya superado los límites señalados en dicho artículo 76 del CP.

II. EL SENTIDO DE LA PENA Y LA LEY PENITENCIARIA COMO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA REGLA DE LA CONEXIDAD

1. Los principios que informan el modelo penitenciario de ejecución penal

Una vez aplicada la pena privativa de libertad en sentencia firme, y ya en fase de ejecución, la pena privativa de libertad busca la realización de una pluralidad de fines no siempre fácilmente conciliables, siendo preciso diferenciar los que se pueden entender como fines de dichas penas y los que son fines de la ejecución de aquéllas. Los fines de la pena comprenden tanto los aspectos de la prevención general positiva o negativa, en función de sus destinatarios, como los de la prevención especial. Por su parte, los fines de la ejecución de la pena comprenderían los objetivos de la reeducación y reinserción de los penados, la retención y custodia, así como la labor asistencial⁽¹⁵⁾.

La finalidad resocializadora, atribuida a la pena privativa de libertad en el artículo 25.2 de la CE, va a determinar, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) en el año 1979, un nuevo sistema de ejecución penal, al que se denomina sistema de “individualización científica”, que se inspira en el tratamiento penitenciario con una base de metodología científica, en los términos recogidos en artículo 72.1 de la citada LOGP. El nuevo sistema de “individualización científica”, heredero de los denominados sistemas progresivos, se fundamenta en dos elementos básicos, el tratamiento penitenciario y la clasificación en grados.

El tratamiento penitenciario aparece definido en el artículo 59.1 de la LOGP, que declara que “consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción de los penados”,

(15) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, 4.^a ed., Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 230-237 y 324-338.

añadiendo su punto 2 que “el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la motivación y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como subvenir a sus necesidades”⁽¹⁶⁾.

Como instrumento para llevar a cabo este concepto de tratamiento penitenciario, la normativa penitenciaria prevé la clasificación en grados, definida como decisión que determina la base del sistema de “individualización científica”, ya que aquélla es presupuesto necesario para lograr, una vez recaída sentencia condenatoria, la individualización de la pena con la finalidad de intentar la reinserción social de los reclusos. Esta decisión administrativa determinará la asignación de un determinado grado de tratamiento —1.º, 2.º o 3.º—, que conllevará un determinado régimen de vida —cerrado, ordinario y abierto—. Estos distintos grados de tratamiento previstos en el sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad, junto con los mecanismos regulados dentro del ámbito del tratamiento penitenciario, deberán posibilitar, a través de su correcta aplicación, el objetivo posible, en cada caso concreto, de la reinserción del delincuente⁽¹⁷⁾.

Como vemos, este modelo penitenciario de ejecución penal tiene como objetivo principal la reinserción social del recluso. Por reinserción social ha de entenderse la oferta al sentenciado de los medios necesarios para transformarse en una persona capaz de respetar la ley penal, mediante la superación de los aspectos carenciales de su personalidad, y, aunque la resocialización del delincuente no sea el único fin de la pena privativa de libertad, puesto que dicho objetivo debe hacerse compatible con otros fines de la pena tradicionalmente reconocidos, como la retribución o, especialmente, y en mayor medida, los efectos que de ella se pretenden en orden a la prevención general y especial (STS 1919/2001, de 26 de octubre), la ejecución penal debe pretender la máxi-

(16) El concepto del tratamiento penitenciario, así como sus fines, fueron ampliados por el Reglamento Penitenciario de 1996 (RP), que opta por una concepción más amplia, consolidando una concepción de éste más acorde a los actuales planteamientos de la dogmática jurídica y de las ciencias de la conducta, haciendo hincapié en el componente resocializador más que en el concepto clínico, donde se incluyen no sólo las actividades terapéutico-asistenciales, sino también las actividades formativas, educativas, laborales, socioculturales, recreativas, deportivas, etc., concibiendo la reinserción del interno como un proceso de formación integral de su personalidad y dotándole de instrumentos eficientes para su propia emancipación.

(17) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Barcelona, 1983, pp. 3 y ss.: existen diferentes teorías para llenar de contenido, desde la perspectiva político-criminal, el término sociológico de la “resocialización”. En nuestra legislación y literatura podemos encontrar términos como “reeducación”, “reinserción social”, “corrección” o “rehabilitación”, que expresan la misma finalidad partiendo de objetos distintos: el hombre, la sociedad y la relación hombre-sociedad.

ma eficacia de este objetivo de reinserción del penado en la sociedad, por tenerlo asignado como función principal (artículo 25.2 de la CE).

2. El objetivo resocializador de la pena como alternativa al criterio cronológico

Podemos afirmar que la ampliación del criterio interpretativo de la conexidad, como condición para poder acortar las penas impuestas al autor de diversos hechos delictivos, tuvo su fundamento en razones de política criminal enfocada hacia el humanitarismo de la pena, y a ello ha contribuido la orientación resocializadora atribuida constitucionalmente a la pena privativa de libertad. Y es que la reinserción del recluso requiere, entre otras actuaciones, establecer una limitación en la duración máxima de la pena de privativa de libertad, para evitar que una persona pueda pasar tantos años en prisión que al salir en libertad resulte ya irrecuperable socialmente. Es preciso establecer unos plazos máximos de cumplimiento que se consideren período suficiente para alcanzar el referido objetivo resocializador, más allá de estos plazos podría verse frustrado dicho objetivo, al carecer ya la pena de sentido y estímulo para el propio penado, máxime si el sometimiento al cumplimiento de la sanción impuesta fuere tan dilatado en el tiempo que hiciera inútil, de hecho, la finalidad esencial de la pena⁽¹⁸⁾.

A) Situaciones que lo requieren

Como hemos apuntado, la jurisprudencia del TS, en la actualidad, atiende, para apreciar la conexidad, tan sólo a un criterio estrictamente cronológico, es decir, tan sólo referido al dato esencial de que, en definitiva, los delitos hubieren podido ser realmente enjuiciados en un mismo procedimiento, a la vista de las diferentes fechas de acaecimiento y su posterior enjuiciamiento⁽¹⁹⁾.

La mencionada línea interpretativa deja fuera de la acumulación jurídica a aquellos casos en los que los reclusos cometen nuevos delitos, dentro del propio centro penitenciario, o durante las salidas al exterior que les permite el modelo de ejecución penal —permisos penitenciarios, salidas en régimen abierto, salidas programadas, salidas en libertad condicional, etc.—. En estos casos, con los

(18) STS de 30 de mayo de 1992 y, posteriormente, otras como la de 22 de febrero de 1997 o la de 24 de julio de 2002.

(19) SSTS de 7 de mayo de 1998, 25 de noviembre de 1999 o 18 de marzo de 2002.

crITERIOS interpretativos actuales, las penas impuestas a todos los hechos ocurridos después de la primera sentencia definitiva no serían acumulables⁽²⁰⁾.

Tan estricto criterio cronológico en el que se basa la *conexidad*, para hacer posible la acumulación jurídica de condenas, genera un agravio comparativo entre la situación de aquellos reclusos a los que, estando condenados a miles de años, la temporalidad de sus delitos les permite beneficiarse de la limitación establecida en el artículo 76 del CP, frente a quienes, y a pesar de tener un menor número de años de condena, la fecha de la comisión de sus hechos delictivos los deja fuera del acortamiento de las condenas que permite la acumulación jurídica. Todo ello por una simple cuestión de las fechas en las que se juzguen los distintos hechos, lo que muchas veces depende tan sólo de la mayor o menor celeridad en la tramitación de los procesos penales.

Esta situación supone que estos penados deban permanecer en prisión, en la mayoría de los casos, más tiempo del establecido como máximo en el Código Penal, haciendo con ello dificultoso el cumplimiento del objetivo último que debe tener la pena privativa de libertad por expreso mandato constitucional (artículo 25.2 de la CE) —la posibilidad de la reinserción social del penado—.

Y es que si el cumplimiento de la pena de prisión debe estar orientado a garantizar la prevención de nuevos delitos futuros, tanto fuera como dentro de la cárcel, este objetivo exige el fomento de las posibilidades de recuperación del interno. El penado sometido a largas condenas sufre un deterioro tan intenso en su personalidad, que dificulta enormemente su integración social, aumentando las posibilidades de comisión de nuevos delitos. En esta línea argumental habría que señalar la importancia de la limitación de penas, también en estos casos, a fin de evitar los efectos criminógenos que genera la cárcel para quien no tiene salida e intenta conseguirla por cualquier medio, incluso el delictivo —secuestros, agresiones, fugas, etc.—. Es decir, se hace necesario despejar el horizonte penal del recluso para que éste albergue la conciencia de una posibilidad real y tangible de salida en libertad algún día⁽²¹⁾.

La solución que debe imponerse para estos casos no es fácil, pues se debe aunar el imprescindible carácter disuasorio que deben tener las penas, con la necesidad de preservar la dignidad de la persona, permitiendo la máxima efica-

(20) A título de ejemplo, un recluso condenado a una pena de 20 años de privación de libertad, cuando lleva cumplidos algunos años, comete otros delitos dentro de la prisión por los que es condenado a otros 20 años, a los que se podrían añadir nuevas penas en casos de nuevos delitos. En este caso, que por otra parte no es infrecuente, la primera condena no se puede acumular a la segunda, de manera que esa persona se encuentra con un montante de años de cumplimiento de condena de 40.

(21) STC de fecha 18 de febrero de 1994.

cia en el objetivo de reinserción del penado en la sociedad y, por otra parte, evitar que pueda generarse una situación de impunidad respecto de posibles delitos futuros en aquellos casos en los que las penas impuestas en las primeras sentencias superasen los límites máximos establecidos en la Ley.

Ante esta problemática, debe existir una respuesta mesurada que permita salvar el elemento de la presunta impunidad de futuro que generaría prescindir de cualquier límite a la hora de proceder a la acumulación jurídica en penas que excedan de los límites máximos establecidos legalmente, sin comprometer las posibilidades de resocialización del recluso con un encarcelamiento tan prolongado que acabe destruyendo éstas.

La solución podría pasar por acudir, para apreciar la conexidad y limitar en estos casos las condenas a los máximos establecidos legalmente, más que al factor temporal del momento concreto de la comisión de los hechos delictivos, a otros factores, tales como la naturaleza de los delitos y la conducta posterior del autor del ilícito, para saber si quien actúa de esta forma lo hace por la impunidad de saber que le “sale gratis”, o por los avatares de sus propias circunstancias personales y sociales, entre las que pueden estar el fracaso de la Administración penitenciaria, respecto de quien, a pesar de permanecer tantos años en la cárcel, vuelve a delinquir ⁽²²⁾.

No sería difícil comprobar que quien ha cometido un nuevo delito no lo ha hecho porque se siente impune, ya que para ello exigiría en el autor del delito el conocimiento, en el momento de cometer los hechos delictivos no acumulables, de un pronunciamiento jurisdiccional favorable de limitación de penas para saber que a partir de ese momento los demás delitos le “salen gratis”, circunstancia que puede que no exista, o que él no sepa.

En definitiva, si lo que se pretende ahora con la acumulación jurídica es que a todos los supuestos de concurso real de delitos se les dé el mismo tratamiento, con independencia de que los hechos se hayan enjuiciado o no en un mismo proceso, lo que se debería pretender es que ese mismo tratamiento fuera independiente del momento en el que se han cometido los hechos delictivos, para, de esta forma, poder ajustar la respuesta punitiva en fase penitenciaria a módulos temporales aceptables, que no impidan el objetivo final de la vocación de reinserción a que, por imperativo constitucional, están llamadas las penas de prisión y, de esta forma, respetar los principios de carácter constitucional que informan la ejecución penal —artículo 25 de la CE—.

Esta previsión constitucional se orienta a reconocer la necesidad de evitar, con carácter general, que una excesiva prolongación de la privación de libertad pueda producir el efecto de desocializar al penado y profundizar su margina-

(22) STS de 14 de marzo de 1998.

ción. Es decir, justamente lo contrario de lo que señala el citado artículo 25.2 de la CE, como fin al que debe estar orientada la pena privativa de libertad⁽²³⁾, que no es otro que el de posibilitar eficazmente el sentido reinsertador de la sanción penal, dentro de un marco de inspiración humanitaria del sistema punitivo, porque cuando, ante la imposibilidad de proceder a la acumulación con las demás penas impuestas a la misma persona por hechos cometidos en distintos períodos temporales, la duración total de la privación de libertad se prolongue más allá de los límites generales del artículo 76 del CP, ello puede ser incompatible con el respeto a los fines resocializadores asignados a la pena.

B) Fundamentación legal que lo justifica

El fundamento legal en el que puede apoyarse esta posición de sustituir, en determinados casos, el criterio cronológico, por otro que atienda a las circunstancias concretas del hecho y del autor, a la hora de apreciar la regla de la conexidad que permita establecer el acortamiento de la condena que supone la acumulación jurídica, no es otro que la prevalencia que la legalidad constitucional debe tener, en todo caso, sobre la legalidad ordinaria, tal y como aconseja el TS, entre otras, en sus Sentencias de 4 de noviembre y 27 de diciembre de 1994.

Esta prevalencia de la legalidad constitucional se pone especialmente de manifiesto en los artículos 10, 15 y 25.2 de la CE.

Por lo que se refiere al artículo 10 de la CE, cuando nuestro texto constitucional hace pivotar todo el desarrollo de nuestra legislación ordinaria en la protección de la dignidad de la persona, destacando como objetivo a alcanzar el del libre desarrollo de la personalidad, significa que también el delincuente debe ser plenamente protegido en su dignidad, para que él también alcance el libre desarrollo de su personalidad, en la medida en que ello sea compatible con las finalidades de la pena, la duración de la cual, sin duda, mediatiza de modo notable sus posibilidades de reinserción, porque una pena de duración excesiva no cumple ya ninguna función preventiva general ni preventiva especial, ni, mucho menos, tiene virtualidad para producir efectos reeducadores o resocializadores.

Por lo que se refiere al artículo 15 de la CE, entiende el Alto Tribunal que el desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social llevaría a un trato inhumano a quien se viese abocado al cumplimiento de una pena excesivamente extensa, puesto que tal intensidad supondría una privación de oportunidad de reinserción que generaría una humillación o envilecimiento superior del que acompaña a la simple imposición de la condena, contradiciendo, por tanto, el citado precepto constitucional, que prohíbe los

(23) STS núm. 1996/2002, de 25 de noviembre.

tratos inhumanos y penas degradantes⁽²⁴⁾. Una pena que, por su extensión, se podría asimilar a la cadena perpetua chocaría con este principio constitucional, en cuanto resultaría inhumana y degradante.

Por lo que se refiere al artículo 25.2 de la CE, las finalidades de reeducación y reinserción social que las penas privativas de libertad imponen en dicho precepto constitucional han de tenerse en cuenta por el legislador al fijar las penas aplicables a cada delito, por los Juzgados y Tribunales en aplicación de las normas penales y por la Administración penitenciaria a la hora de ejecutar la pena. Por ello, todo cuanto contradiga o se enfrente a la resocialización del individuo, empañando o adulterando el fin último de la pena, comportará una tacha desde el punto de vista constitucional y exigirá la rectificación del acuerdo judicial correspondiente⁽²⁵⁾.

En todo caso, entendemos que si el límite inflexiblemente observado por la Sala Segunda del TS, al aplicar el artículo 76.2 del CP, en vez de atender al criterio de la temporalidad entre los hechos delictivos y las sentencias dictadas, atendiera a las circunstancias del autor de éstos, otros principios de legalidad constitucional, como el imperio de la ley, la seguridad jurídica —artículo 9 de la CE—, la aplicación igualitaria del ordenamiento jurídico penal —artículo 14 de la CE— a todos los que se hallen en el mismo supuesto, y la misma función del Derecho Penal, en su vertiente de prevención especial, no se verían infringidos.

IV. LA FORMA DE CUMPLIR LA PENA RESULTANTE DE LA ACUMULACIÓN JURÍDICA

El hecho de que, en estos momentos, existan penados que aún comparten condenas del anterior CP de 1973 con las del actual de 1995 hace preciso que abordemos la forma de cumplir las penas que resulten acumuladas jurídicamente según lo dispuesto, al efecto, en cada uno de los dos Códigos referidos.

1. Si la acumulación jurídica es conforme al artículo 70.2 del anterior CP de 1973

Si hasta ahora la doctrina del TS sobre la naturaleza de la pena resultante de la acumulación jurídica era pacífica, en cuanto se consideraba que la pena resultante de todas las anteriores era una pena nueva, distinta de las sucesivamente impuestas al reo y, por consiguiente, una pena autónoma, la STS

(24) SSTS de 30 de mayo de 1992, 7 de julio de 1993 y 30 de enero de 1998.

(25) STS de 30 de enero de 1998.

197/2006, de 28 de febrero (*doctrina parot*), cambió radicalmente el criterio existente hasta ese momento sobre la acumulación jurídica. La interpretación novedosa de esta sentencia es que los límites absolutos del artículo 70.2 del CP (la sentencia hace referencia al CP de 1973) no se convierten en una nueva pena, como hasta ahora, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni, por consiguiente, en otra distinta y resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un Centro penitenciario. Es decir, que la operación de la acumulación jurídica no constituye una “novación” que compendia todo en uno. La acumulación jurídica sólo sirve para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo. Consiguientemente, las varias penas se irían cumpliendo por el reo con los avatares penitenciarios que le correspondan y con todos los beneficios a los que tenga derecho por separado y de la siguiente forma:

Se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo; una vez extinguida la primera se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcancen las limitaciones dispuestas en el Código Penal —30 años en el CP 1973—. Llegados a este estadio se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante⁽²⁶⁾.

La diferencia, en la práctica, entre cumplir la condena con uno u otro criterio —pena nueva o límite de cumplimiento— es considerable, de tal forma que antes de la *doctrina parot* una condena de cientos o, incluso, miles de años, por aplicación de la acumulación jurídica, quedaba reducida a un máximo de 30, y sobre ese límite se aplicaban los beneficios penitenciarios, que en la práctica podían reducir la condena efectiva a la mitad. Con la *doctrina parot*, en esos mismos casos, el recluso tiene que cumplir los 30 años de condena efectiva en prisión.

(26) Ejemplo que recoge la propia Sentencia 197/2006: Un condenado a tres penas, una de 30 años, otra de 15 años y otra de 10 años. La regla 2.^a del artículo 70 del Código Penal de 1973, que sería el aplicable en el ejemplo, determina que el tope de cumplimiento efectivo es el límite que represente o bien el triplo de la más grave, o el máximo de treinta años. En el ejemplo, sería el máximo de 30 años de cumplimiento efectivo. El cumplimiento sucesivo de las penas (de la condena total) comienza con la primera, que es la pena más grave (la de 30 años de prisión). Si hubiera redimido (por los conceptos que sean), 10 años, tendría cumplida la pena a los 20 años de estancia en prisión, declarándosele extinguida; a continuación, pasaría a cumplir la siguiente pena por el orden de su respectiva gravedad (esto es, la de 15 años), si de ésta redime 5 años, la tendría cumplida en 10 años. $20 + 10 = 30$. Ya no podría cumplir más penas, dejando de extinguir las que procedan, como literalmente dice el Código Penal aplicado, desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años.

2. Si la acumulación jurídica es conforme al artículo 76.2 del actual CP de 1995

En las condenas acumuladas correspondientes al Código Penal de 1995, especialmente tras la reforma de la LO 7/2003, la regla general establecida en el artículo 78 fija el siguiente criterio: “si la condena a imponer en la acumulación resulta inferior a la mitad de la suma de la condenas, el Juez o Tribunal acordará con carácter facultativo, si se trata del límite absoluto ordinario (20 años) y con carácter obligatorio, si se trata del límite absoluto extraordinario (25, 30 y/o 40 años), que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se calculen sobre la totalidad de la condena. Excepcionalmente cuando exista un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social el JVP puede acordar el régimen general de acumulación”⁽²⁷⁾.

Como podemos observar, el artículo 78 del CP regula la aplicación de los beneficios penitenciarios para aquellas condenas que superan el doble de los límites máximos, estableciendo que la libertad condicional y demás beneficios se realicen sobre el total de las condenas; de este modo, el alcance del precepto no es otro que referir tal cálculo al total aritmético de las penas impuestas en la sentencia o sentencias. No obstante, este artículo, en su párrafo segundo, posibilita al JVP para que pueda ordenar la vuelta al régimen normal de cumplimiento —cómputo de libertad condicional sobre 20, 25, 30 y/o 40 años, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social—.

Los efectos que produce esta doble posibilidad de aplicar o no el régimen general de acumulación los podemos comprobar con el siguiente ejemplo: un sujeto condenado a 100 años de prisión sobre el límite concursal absoluto de 25 años.

1. Si no se aplica el régimen general de acumulación, el interno podrá obtener:

Los permisos de salida: 1/4 de la totalidad de la condena: 25 años.

El tercer grado: 1/2 de la totalidad de la condena, total 50 años.

⁽²⁷⁾ En casos de delitos de terrorismo y delincuencia organizada, el régimen general de acumulación sólo será aplicable al 3.º grado cuando quede por cumplir una 1/5 parte del límite máximo (a los 32 años), a la libertad condicional cuando quede una 1/8 parte del límite máximo (a los 35 años). En estos casos el acceso al 3.º grado y a la libertad condicional requiere, además de los requisitos generales, el mostrar signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas.

La libertad condicional: 3/4 de la totalidad de la condena, total 75 años.
La libertad definitiva: 25 años (límite absoluto).

Como se puede apreciar, la aplicación estricta de este artículo llega a impedir materialmente el disfrute de estos beneficios penitenciarios, ya que sus límites superan el tiempo máximo de estancia en prisión, fijado por la ley para este caso en 25 años.

2. Si se aplica el régimen general de acumulación en virtud de la existencia de un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social, el interno podrá obtener sobre el mismo límite concursal de 25 años:

Los permisos de salida: 1/4 de la condena: 6 años.

El tercer grado: 1/2 de la condena 12 años, excepción 4/5 (20 años).

La libertad condicional: 3/4 de la condena 19 años, excepción 7/8 (22 años).

La libertad definitiva: 25 años.

En este segundo supuesto, la aplicación de los beneficios penitenciarios sí que sería posible.

En todo caso, podemos afirmar que la solución arbitrada por la STS 197/2006, *doctrina parot* para los casos de condenados *ex regla* segunda del artículo 70.2 del CP de 1973, ha equiparado en sus consecuencias materiales a la aplicación del artículo 78 del CP, del actual CP. En ambos casos el reo podrá cumplir la pena máxima prevista legalmente —30 años en el CP de 1973 y/o 40 años en el CP de 1995—, consagrando así el cumplimiento efectivo de las condenas, lo que ha sido criticado por algún sector de la doctrina, porque esta extraordinaria duración de la pena de prisión, asimilable a una cadena perpetua, pueda estar rozando la inconstitucionalidad por su directa aproximación a la prevención general positiva, con el correspondiente alejamiento de la finalidad resocializadora de la ejecución penitenciaria del artículo 25.2 de la CE.

Diferente de la acumulación jurídica es lo que se conoce en el ámbito de la ejecución penal como refundición, término que se confunde con el de acumulación jurídica, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia e incluso por la propia Institución penitenciaria —a lo que unos llaman acumulación otros llaman refundición o viceversa—, lo que no deja de generar cierta confusión interpretativa, dado que son conceptos jurídicos distintos.

Nuestro sistema penitenciario de ejecución penal propugna el principio de unidad de cumplimiento de las condenas —la ejecución única—, por cuanto el tratamiento penitenciario se inspira en la conveniencia de operar, no sobre las penas individualizadas, sino sobre la totalidad de las impuestas en las sentencias pendientes de ejecución. La refundición penitenciaria está regulada en el

artículo 193.2.^ª del Reglamento Penitenciario (RP), que establece que “cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional⁽²⁸⁾. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total”.

(28) Aunque la refundición de condenas está prevista para el cálculo de las fechas a efectos de libertad condicional, es aplicable a todas las fechas de repercusión penitenciaria. Son fechas de repercusión penitenciaria: La cuarta parte de la condena es requisito objetivo para el disfrute de permisos ordinarios de salida (artículo 154 del RP) y para el disfrute de salidas programadas (artículo 114 del RP). Supone también uno de los supuestos especiales del artículo 104.3 del Reglamento Penitenciario, para que un interno pueda ser clasificado en 3.^{er} grado de tratamiento. La mitad de la condena, conforme al artículo 36.2 del Código Penal, en redacción de la Ley Orgánica 7/2003, para los condenados a penas privativas de libertad superiores a 5 años, determina el período de tiempo en que, una vez alcanzado éste, han superado el denominado período de seguridad en el cumplimiento de condena a efectos de clasificación en tercer grado de tratamiento, salvo autorización del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para ser clasificado en el mencionado grado de tratamiento con anterioridad. Esta fecha de cumplimiento de condena, a tenor del artículo 105.3 del Reglamento Penitenciario, tendrá repercusión penitenciaria a efectos del derecho que los internos clasificados en 2.^º grado de tratamiento tienen, siempre que una Junta de Tratamiento haya reiterado por segunda vez dicha clasificación, para que le sea practicada la siguiente propuesta por la Central Penitenciaria de Observación. Las 2/3 partes de la condena, a efectos de disfrutar, de cumplirse el resto de requisitos exigidos, el beneficio penitenciario del adelantamiento de la libertad condicional del artículo 205 del Reglamento Penitenciario. Las 3/4 partes de la condena es circunstancia objetiva para el disfrute de la libertad condicional, de darse el resto de requisitos enumerados en el artículo 90 del Código Penal. Las 4/5 partes de la condena, conforme al artículo 78.3 del Código del Penal, a efectos de poder acceder al 3.^{er} grado de tratamiento los internos condenados por delitos de terrorismo, de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Libro II del Código Penal, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, a los que el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria o el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria hubiere decretado el régimen general de cumplimiento, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes. Dicho cálculo de condena se practicará sobre la pena resultante de la acumulación de condenas, impuesta conforme al artículo 76 del Código Penal, y no sobre la totalidad de las condenas acumuladas. Las 7/8 partes de la condena, conforme al artículo 78.3 del Código Penal, a efectos de acceder a la libertad condicional internos condenados por delitos de terrorismo, de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Libro II del Código Penal, o cometidos en el seno de organizaciones criminales a los que el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria o el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria hubiere decretado el régimen general de cumplimiento, previo pronóstico individuali-

El citado precepto del Reglamento Penitenciario, que se refiere a la unidad penitenciaria de ejecución de penas sucesivas, no hace sino desarrollar el sistema denominado de *individualización científica* propio de nuestro modelo de ejecución penal, porque su correcta aplicación sólo es posible si se opera con una pena global.

La inclusión de todas las penas en una misma unidad de ejecución es requisito indispensable para el tratamiento penitenciario, que se predica de la persona concreta y no de la condena que cumple, pues sería absurdo clasificar y tratar penitenciarmente al penado atendiendo a sus responsabilidades penales por separado. No cabe configurar el tratamiento penitenciario sucesivamente según la pena de cuyo cumplimiento se trate en un momento determinado. A estas razones teóricas contra tal proceder se sumarían otras de orden práctico, el condenado iría abandonando y regresando al establecimiento penitenciario de acuerdo con la obtención de la libertad en cada una de las penas impuestas, cosa que no parece razonable⁽²⁹⁾.

La semejanza que la acumulación jurídica (artículo 76 del CP) tiene con la refundición es que, con el establecimiento de una pena única y limitada, se tiene también como objetivo el mismo de la refundición, no vulnerar el derecho a la reinserción social del penado proclamado en el artículo 25 de la CE⁽³⁰⁾, aunque mantienen importantes diferencias en cuanto a los requisitos exigibles para su aplicación y sobre la autoridad judicial competente para acordarlo —la acumulación jurídica el último Tribunal sentenciador, la refundición el Juzgado de vigilancia—.

V. CONCLUSIÓN

No cabe la menor duda de que la orientación resocializadora de la pena privativa de libertad ha guiado la generosa jurisprudencia del Tribunal Supremo

zado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes. Dicho cálculo de condena se practicará sobre la pena resultante de la acumulación de condenas, impuesta conforme al artículo 76 del Código Penal, y no sobre la totalidad de las condenas acumuladas y las 4/4 partes de la condena para la extinción de ésta y, en su caso, la fecha de excarcelación del interno.

⁽²⁹⁾ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios”, en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*, núm. 29, año III, julio/agosto de 2005.

⁽³⁰⁾ SSTS de fecha 15 de abril de 1994, 3 de noviembre de 1995, 27 de diciembre de 1995 y 19 de mayo de 1997.

en la interpretación de la conexidad, al establecer que los principios constitucionales que prohíben las penas degradantes y propugnan la reeducación y la reinserción social de las penas han de prevalecer sobre la estricta interpretación legal de la conexidad.

Esta finalidad, que las penas privativas de libertad tienen encomendada en el artículo 25.2 de la CE, habría de tenerse en cuenta por el legislador al fijar las penas aplicables a cada delito y por los Juzgados y Tribunales en aplicación de las normas penales y penitenciarias, de forma que todo cuanto contradiga o se enfrente a la resocialización del individuo, empañando o adulterando el fin último de la pena, comportará una tacha desde este punto de vista constitucional. Por ello, entendemos que, en algunos casos, aunque los hechos delictivos sean posteriores a una primera sentencia definitiva, la acumulación jurídica de penas debe prescindir del estricto límite cronológico que actualmente tiene establecido y atender a otros factores, tales como la naturaleza de los delitos cometidos y la conducta posterior del autor del ilícito, para saber si quien actúa de esta forma lo hace o no por impunidad. La procedencia de la acumulación y sus efectos en la limitación de penas no puede quedar pendiente de factores tan aleatorios y ajenos al infractor como la mayor o menor celeridad en la tramitación de los procesos penales.

En definitiva, que el objetivo principal de la pena privativa de libertad —la reeducación y reinserción social— podría concebirse como un elemento de conexidad entre varios delitos, aun cuando los tipos delictivos fuesen diferentes, cometidos en momentos temporales distantes entre sí y mediar entre ellos sentencia definitiva.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LOS LÍMITES DE LA ACUSACION POPULAR (*)

CARMEN SAMANES ARA

Magistrada de la Sala de lo civil y penal del TSJ de Aragón

SUMARIO

- I. EL ALCANCE ACTUAL DE LA ACCIÓN POPULAR.
 - II. LA ACCIÓN POPULAR, DERECHO CONSTITUCIONAL.
 - III. RESTRICCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN POPULAR.
 - IV. LA ACCIÓN POPULAR, ¿INSTITUCIÓN EN CRISIS?.
 - V. NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACIÓN DE LA ACCIÓN POPULAR.
 - VI. BIBLIOGRAFÍA.
-

I. EL ALCANCE ACTUAL DE LA ACCIÓN POPULAR

El tema de la acción popular nos sitúa ante uno de los cauces que, en nuestro ordenamiento, posibilitan la participación ciudadana en la Administración de Justicia. Prescindiendo de antecedentes más remotos de nuestro derecho histórico, el más próximo lo encontramos en la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872. De su artículo 2 pasó casi en idénticos términos al 101 de la de 1882 que continúa vigente.

Ha pervivido, pues, a pesar de los cambios de régimen habidos en España desde entonces. Suele decirse que es una institución estrechamente ligada al concepto de democracia, de manera que cuando no ha habido democracia, aun en vigor, se ha oscurecido y dificultado. En uno de los votos particulares de la sentencia a la que enseguida me referiré (MAZA MARTÍN) se dice que lo que

(*) El contenido de este trabajo corresponde a la intervención de la autora en el curso *Reformas necesarias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* organizado por la Fiscalía General del Estado los días 10 al 13 de junio de 2008 en el Pazo de Mariñán.

no consiguieron ni los largos períodos de falta de libertades que se han sucedido en España y sí, durante un breve período de tiempo, lo elevado de las fianzas que se exigían (y que fue una de las razones por las que la CE lo reforzó) va a producirse como efecto de la sentencia de la que discrepa.

También hay que decir, sin embargo, que en otros países democráticos de nuestro entorno, no existe como tal. Ni está incluido en el elenco del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Por otra parte, lo que en determinadas circunstancias políticas representa, sin duda, un progreso, y, ciertamente, la raigambre liberal de esta institución no se discute, puede resultar anacrónico hoy, donde no es ya un objetivo alcanzar una esfera de libertad individual frente a la intromisión del Estado (PÉREZ GIL). No tiene sentido hoy hablar de la participación ciudadana en el proceso como instrumento frente al autoritarismo estatal. (Y no debe olvidarse que ha habido fervientes defensores de la acusación popular entre algunos apologistas de los sistemas dictatoriales. Apunta GIMENO SENDRA que la acción popular puede interesar a un Estado totalitario en cuanto constituye una vía más de información y de represión de los delitos que el Estado tiene especial interés en perseguir. En España, antes que en la LECrim., se consagró en la legislación de imprenta).

Hoy en día existe un amplio consenso doctrinal en cuanto a que la función que está llamada a cumplir la acción popular en la actualidad reside, básicamente, en suplir las deficiencias o la inactividad del Ministerio Fiscal (MF).

II. LA ACCIÓN POPULAR, DERECHO CONSTITUCIONAL

La acción popular es un derecho recogido en el artículo 125 de la CE. Se ha puesto de relieve (GIMBERNAT) que lo que se pretendió, al introducir en el 125 la referencia a este derecho era constitucionalizar y, de esta manera, hacer invulnerable frente al legislador ordinario la institución.

Como dijo el Magistrado CRUZ VILLALÓN en su voto particular a la STC 154/1997, la acusación popular, como instituto garantizado por la Constitución, supone “el desempeño privado de la función pública de acusar al margen y más allá de toda ofensa personal, pretendiendo el mero restablecimiento del ordenamiento jurídico perturbado por la comisión del delito”.

Es ésta una noción certera y que me parece importante destacar por lo que luego diré.

Esa manifestación de la participación ciudadana en la Administración de Justicia se condiciona a la forma y a los procesos penales que el legislador ordinario determine. Así lo expresa también el artículo 19 de la LOPJ. Y así, por ejemplo, se comprende que la acción popular se excluya en el proceso militar, donde el TC ha precisado (SSTC 179/2004, de 21 de octubre y

115/2001) que no existe una exigencia derivada del artículo 24.1 de la CE sobre el establecimiento de esta clase de acusación en dicho proceso, por lo que su exclusión no es contraria a la CE. Tampoco cabe en el proceso penal de menores (artículo 25).

El derecho a la acción popular no está incluido entre los recogidos en el capítulo II del título I de la CE. Así como el reconocimiento constitucional de la acusación particular se encuentra en el artículo 24 de la CE como parte esencial del contenido de la tutela judicial efectiva, la legitimación del acusador popular deriva del artículo 125. Y, en ese contexto, el amparo se ha otorgado sin problemas al acusador particular, pero no ocurre lo mismo con la acusación ejercitada por el no ofendido por el delito. En este caso la garantía no alcanza el mismo nivel de protección a no ser que la defensa de un interés general sea la única forma de defender un interés personal. Es decir, la protección en amparo del derecho del acusador popular, como ha destacado la jurisprudencia del TC, requiere que la defensa del interés común sirva para sostener un interés legítimo y personal. En otro caso, es decir, si no se justifica ese interés legítimo y personal (que no es lo mismo que directo) la acción popular sólo podría acogerse a la protección del artículo 24.1 en su dimensión material, es decir, en cuanto las resoluciones resulten arbitrarias o erróneas (SSTS 34/1994, 50/1998, 79/1999, entre otras). Ha establecido asimismo el TC que una interpretación restrictiva de las condiciones constitucional y legalmente establecidas para el ejercicio de la acción popular, puede reputarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la CE) dado que la acción popular constituye un medio de acceso a la jurisdicción (STC 241/1992).

III. RESTRICCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN POPULAR

Siendo un derecho recogido en la CE aunque no sea fundamental, sus limitaciones deberían ser legales e inequívocas, y la interpretación que se haga de ellas, como ha dicho el propio TC, restrictiva.

Pues bien, hoy podemos decir que se ha iniciado una tendencia restrictiva en cuanto a su ejercicio, con la doctrina establecida por la STS de 17 de diciembre de 2007 (caso Botín) que declara la imposibilidad de que, en el procedimiento abreviado, el juicio oral se abra exclusivamente a instancia de la acusación popular. Si el MF y/o la acusación particular no formulan acusación, el Juez debe decretar el sobreseimiento.

Esta sentencia tiene su origen en el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por ADIC (Asociación para la defensa de Inversores y Clientes) y el partido Iniciativa per Catalunya-Verds, integrantes de la acusación popular, contra el auto de sobreseimiento libre de 20 de diciembre de 2006 dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la AN en el que se resolvía que “el Tribunal entiende que en el procedimiento abreviado no puede abrirse el juicio

oral a instancias de la acusación popular sino que es necesario que lo inste, bien el MF, bien el acusador particular, entendiéndose por perjudicado u ofendido no solo el titular del bien jurídico protegido sino todo afectado de modo directo o subjetivo por el delito, sea persona física o jurídica”.

Según el TS, esa conclusión se derivaría de una interpretación literal del artículo 782.1 de la LECrim., que encontraría un ulterior apoyo en el citado artículo 125 de la CE. Para hacer esta interpretación utiliza, además, otros argumentos. En síntesis, entiende que cuando el MF y el Acusador particular piden el sobreseimiento, hay que entender que el interés social y el individual están satisfechos, por lo que está también justificado que se adopten medidas de celeridad. Y se equilibra la relación entre el derecho de defensa y la multiplicidad de acusaciones.

Este modo de ver las cosas no es unánime en la Sala. En varios votos particulares (hay 5) se demuestra irrefutablemente, sobre la base de consideraciones sistemáticas, que la LECrim. entiende en muchas disposiciones la expresión “acusación particular” en un sentido amplio, que abarca tanto a la acusación particular en sentido estricto —la que ejerce el perjudicado por el delito— como a la popular —la que se atribuye a cualquier español, haya sido o no ofendido por el delito—. Y, ciertamente, ha de reconocerse que la LECrim. no es un prodigio de precisión lingüística en muchos de sus preceptos. Por ejemplo, cuando en el artículo 659, relativo a la proposición y admisión de pruebas menciona al acusador privado, en realidad se está refiriendo al acusador particular. Y lo mismo ocurre en el artículo 875 a propósito de la interposición del recurso de casación.

Como apunta el Magistrado SÁNCHEZ MELGAR, no se trata de las palabras que emplee la Ley, sino de investigar su espíritu. Y la ley emplea el término acción popular sólo en el artículo 101. No hay en la Ley precepto ninguno que limite los poderes de disposición y actuación de la acusación popular frente a las demás acusaciones públicas o privadas, por lo que no parece coherente que lo haga en el momento trascendental de abrir o no abrir el juicio oral.

La STS de 8 de abril de 2008 (*caso Atutxa*) matiza las tesis contenidas en la anterior, al establecer que esa subordinación funcional de la acusación popular no será tal, si en el proceso no hay acusación particular, bien por que no se haya ejercitado, o porque no quepa a tenor de la naturaleza del delito (desobediencia, en esa ocasión). En este caso, aunque el MF pida el sobreseimiento, el Juez puede abrir el juicio si así lo solicita la acusación popular. Y argumenta en el sentido de que la doctrina anterior sólo es aplicable cuando hay una duplicada voluntad de archivo expresada por MF y Acusador Particular; sólo —dice— la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular avala el efecto excluyente de la acción popular; el ejercicio de la acusación popular no puede tener una amplitud tan ilimitada que obligue a reconocer un derecho a

la apertura del juicio oral incluso en contra de la coincidente petición de sobreseimiento suscrita por el Fiscal y el perjudicado por el delito.

En ese asunto, los recurridos y el MF (con base en una interpretación conjunta de los apartados 1 y 2 del artículo 782 de la LECrim.) propugnaban la imposibilidad, para la acción popular, de obtener la apertura del juicio oral si el MF o la acusación particular no lo solicitan. El TS considera que esa interpretación —que no comparte— otorga la llave del proceso a una parte que por definición puede no estar presente en el proceso, que es lo que ocurrirá —dice— cuando se trata de delitos que afectan a intereses supraindividuales (Realmente todos lo son, pues todos, salvo los privados, afectan al interés público, pero se refiere a los casos en los que no hay un particular directamente perjudicado). Y dice algo que me parece interesante subrayar: “es precisamente en este ámbito (en el que se propugna su efecto excluyente) donde la acción popular puede desplegar su función mas genuina. Tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, es entendible que el criterio del MF pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público”.

Esta forma de razonar me lleva a otras consideraciones de fuste que vierte el Magistrado COLMENERO en su voto particular a la sentencia Botín. En aquel caso, se trataba de un delito contra la Hacienda Pública. No es —dice el Magistrado discrepante— un bien jurídico protegido individual sino supraindividual. Y sigue: “debería considerarse si el acusador popular defiende además un interés legítimo y personal en el reparto equitativo de las cargas tributarias, en conexión con la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos...” Si así fuera, apunta, “el derecho del artículo 125 vendría conectado directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE”. Y, frente a esto, ocurre que los intereses que defiende en ese caso el Abogado del Estado (acusador particular) no son los privados del Estado sino que son públicos, lo que le lleva a cuestionarse si el Servicio jurídico del Estado actúa en la causa como acusador particular en sentido estricto. Más bien, concluye, “en esos casos la conjunción del interés público y del interés privado no puede valorarse a los efectos de establecer la improcedencia de la continuación del proceso, pues ambas acusaciones defienden intereses públicos”.

El Magistrado MAZA MARTÍN expresa también algo muy interesante que creo que conecta con una eventual reforma de la institución, en cuanto da en el clavo de que lo relevante es el interés: observa que, en el caso en cuestión “resultaría incluso discutible negar, desde el estricto punto de vista de la coherencia del sistema y de la justicia material a él vinculada, la legitimación para obtener la apertura del juicio oral, que eso es lo que en definitiva se está acordando, a quien, aun con los ropajes del acusador popular está ejercitando su

derecho como contribuyente, de manera por tanto próxima a la de un verdadero perjudicado”. Tendría que ser precisamente en estos casos en los que el derecho a actuar de ciudadanos discrepantes de instituciones tan respetables como el MF y la Abogacía del Estado, cuando más debería hacerse valer; si partimos de que el MF o los servicios jurídicos del ejecutivo son suficientes para adoptar la correcta decisión, lo que estamos planteando es la conveniencia de la existencia misma de la acusación popular.

El autor de este voto particular advierte que por medio de esta institución se pueden cometer abusos, en búsqueda ocasionalmente no de la realización de la justicia sino de intereses personales o particulares espúeos, hasta inconfesables, pero la solución a este problema habría de venir de la mano de una más precisa regulación legal de esta materia, que intente poner remedio a tales usos indeseables y no por la vía de cercernar las posibilidades de un instituto procesal que en tantas ocasiones ha sido el único mecanismo eficaz para posibilitar el enjuiciamiento de gravísimos hechos cometidos en este país.

No puedo sino estar de acuerdo con este modo de pensar, que me conduce a otras consideraciones sobre las que luego volveré.

IV. LA ACCIÓN POPULAR, ¿INSTITUCIÓN EN CRISIS?

En el fondo de todo esto subyace el viejo debate de las relaciones entre la acción popular y la acusación pública. En el voto particular del Magistrado ANDRÉS IBÁÑEZ a la sentencia Botín (frente a la afirmación que hace la sentencia en el sentido de que la confianza en las instituciones constitucionales es un punto de partida interpretativo básico) se dice que el modelo de Estado constitucional de derecho no parte de un principio de confianza en las instituciones, sino de un sano principio de desconfianza frente a todo ejercicio de poder, patente en la previsión de un complejo sistema de controles (y que se manifiesta, por ejemplo, en el deber de motivar las sentencias). Por eso, cree que la incorporación de la acción popular al ordenamiento es una elocuente manifestación de esa sana desconfianza. Y es que, en efecto, como expresa ALMAGRO NOSETE, la acción popular, entendida como medio de control de la acusación pública, vigila, complementa y suple, de forma que en cuanto vigila, no actúa, simplemente observa, en cuanto complementa se muestra coincidente con los intereses que representa el Ministerio Fiscal; y, en cuanto suple, actúa como sustituta de aquellos intereses.

Sin embargo (y como indica la Sentencia del TS de 17-11-2005, citada por el Magistrado SÁNCHEZ MELGAR en su voto particular a la sentencia Botín) es cierto que el instituto de la acción popular puede ser y ha sido objeto de abuso y de diversos usos instrumentales, en el contexto de estrategias políticas y de otra índole. Y en uno de los votos particulares de la sentencia Atutxa se señala el dato de la derivación a la justicia penal de conflictos escasamente

jurídicos, o simplemente la utilización del proceso penal para finalidades ajenas a su cometido, a través de la acción popular: en los últimos 5 años, —se dice ahí— se han contabilizado un total de 24 denuncias y querellas formalizadas por acusaciones populares contra aforados, sin que ninguna prosperase.

Ciertamente, no puede desconocerse que en ocasiones tiene lugar la intervención, en el escenario procesal penal, de sujetos que actúan guiados, no por el interés en defender la legalidad sino por móviles que nada tienen que ver con aquél. Pero lo cierto es que es un derecho constitucional, que su valor como instrumento corrector de la falta de acusación por la fiscalía es innegable, y que limitarla sin fundamento y sin pautas claras puede ser muy inconveniente y provocar una indeseable inseguridad jurídica. Las críticas hacia la acción popular, en ocasiones como digo, fundadas, no pueden esconder lo injustificado de la restricción jurisprudencial —que no legal— que se está produciendo. (Y precisamente en el procedimiento abreviado, por cuyo cauce se sustancian la mayoría de los procesos penales).

Además —y como dice el Magistrado MAZA MARTÍN en su voto particular a la sentencia Botín—, tampoco se trata de entregar al acusador popular la llave para sentar en el banquillo a otro ciudadano a capricho y conseguir su condena, sino sólo de permitirle que solicite al Juez la apertura del juicio oral que, a la postre, el Juez acordará sólo si considera que concurren los requisitos legales precisos para ello.

En efecto, la decisión final acerca de la apertura del juicio oral y, por tanto, la garantía de que el juicio oral no se abrirá caprichosa o arbitrariamente o solamente a causa de intereses privados absolutamente desconectados de cualquier consideración hacia el interés público, o incluso contrarios a él, no se atribuye al Fiscal ni a la acusación particular sino al Juez, de manera que la acusación popular nunca va a determinar por sí sola la apertura del juicio oral.

V. NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACIÓN DE LA ACCIÓN POPULAR

Sobre la base de que la acusación popular es una cuestión de legitimación, y que, por tanto, está en estrecha relación con el interés de quien la ejercita, el Juez debería ejercer un control al respecto. Si advierte que lo que subyace son intereses torcidos, o mero afán de notoriedad —nada infrecuente— debería atajarla. (Forzoso es reconocer, sin embargo, que en la práctica pueden presentarse dificultades innegables para llevar a cabo tal control).

Este control no sólo debería llevarse a cabo en la llamada fase intermedia sino antes, concretamente en el momento de la admisión de la querella. La personación como acusación popular da acceso a las actuaciones y permite el conocimiento del material instructorio. Hay peligros y posibilidad de abusos,

pues, también antes de la fase intermedia, que deben evitarse. El juicio de relevancia de acusación es el medio que dispensa el proceso penal para controlar la fundamentación y seriedad de las acusaciones, pero puede resultar insuficiente si previamente no se controla el interés de quien pretende ejercitar la acción (ORTEGO PÉREZ).

Debería —dice con razón LUZÓN CÁNOVAS— prohibirse que representantes del poder ejecutivo intervengan como acción popular en cualquier clase de procedimiento pues se trata de una intromisión en otro poder del Estado (el Judicial) ante el que el MF ya actúa en garantía de los derechos e intereses de la sociedad.

Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en la doctrina del TC contenida en sus SSTC 311/2006 y 8/2008, cabe el ejercicio de la acusación popular por las Administraciones Autonómicas. En síntesis, lo que viene a recogerse en dichas sentencias es que no cabe el ejercicio de la acusación popular por las Administraciones al amparo de la actual legislación estatal sobre la materia, pero sí con fundamento en la legislación autonómica al respecto, caso de que exista. Ello a pesar de que, como se indica (FD Cuarto de la STC 311/2006) “Lo razonado no implica un juicio sobre la constitucionalidad abstracta de la ampliación de la acción popular a las personas públicas, juicio que sólo podríamos realizar en caso de que la Ley que así lo establezca fuera recurrida ante este Tribunal. En el ejercicio de la jurisdicción de amparo, desde la perspectiva del derecho de acceso al proceso aquí alegado, existiendo una Ley vigente, no impugnada ante este Tribunal, que prevé la posibilidad de ejercicio de la acción popular por la Generalitat Valenciana, no compete a este Tribunal pronunciarse sobre la oportunidad de tal previsión legal ni sobre su constitucionalidad”. Y, en efecto, hay normas —cuya inconstitucionalidad no ha llegado a plantearse— no todas con el mismo alcance, en varias CC.AA. que, en el ámbito de la violencia de género, admiten la acusación popular por parte de la Administración Autonómica. Esto es criticable por varias razones, fundamentalmente porque el artículo 149.1.6.º de la CE y la propia doctrina al respecto del TC establecen que para que pueda dictarse una norma procesal autonómica hace falta que ésta obedezca a las necesarias especialidades de derecho sustantivo de las CC.AA. Pero también, qué duda cabe, tal género de previsiones pueden contribuir a la politización de la justicia, a la utilización del instituto para la continuación de las disputas políticas en los juzgados (JUAN SÁNCHEZ), y a la instrumentalización del proceso penal a fin de obtener réditos electorales. Y si la perversión de la acción popular debe evitarse en particulares, cuando procede de la Administración es intolerable. Para PÉREZ GIL, la admisión de querellas interpuestas por las Administraciones ha de considerarse como una corruptela que ha de erradicarse cuanto antes de la práctica de nuestros Tribunales. La Administración no sólo puede, sino que está obligada a la persecución del delito, pero no

desde la posición activa de conflicto con el MF inherente a la acusación popular, sino desde la colaboración con éste.

Como he dicho al principio, la razón de ser y la justificación última de la acción popular se encuentra en la defensa de la legalidad y del interés social. Pero no es habitual que sujetos altruistas se personen en el proceso penal para la defensa del bien común. Lo normal es que los particulares acusen con el fin de defender un interés particular.

Se ha venido admitiendo sin problemas que el acusador popular actúe en defensa de un interés propio, pero legítimo y protegible. Un ejemplo ilustrativo es el supuesto planteado en la STC de 15 de febrero de 1994. En aquel caso se adujo como única causa de inadmisión de la querrela la “falta de interés” de la querellante, derivada de la circunstancia de no revestir la cualidad de ofendida por el supuesto delito de “plagio” previsto en el artículo 534 bis del Código Penal (de 1973).

El TC, tras reconocer que la recurrente pudo ejercitar la acción penal pública contenida en los artículos 101 y 270 de la LECrim., precisó: “el amparo debe ser estimado, pues se ha impedido indebidamente a la recurrente (quien, aun cuando no sea ofendida o perjudicada por el delito, sí ostenta, dada su cualidad de miembro de la comunidad universitaria y aspirante a la plaza de Profesor Titular en la que se valoraron como méritos las obras presuntamente plagiadas, un interés legítimo en la perseguibilidad de un delito de ‘plagio’) su derecho de libre acceso a la jurisdicción penal para la investigación de la comisión de un supuesto delito de carácter público con respecto al cual el ofendido no goza de poder de disposición alguno sobre la acción o la pretensión penal”. (El ofendido en aquel supuesto, el autor de la obra plagiada, no ejercitó la acción penal, pero la recurrente en amparo resultó ser la verdadera perjudicada).

En todo caso, me parece que hablar ahí de acción popular es, de alguna manera, desnaturalizar el instituto. Está claro que la querellante no actuó movida por el ánimo de defender el interés público sino el suyo propio.

Este interés particular (legítimo) es indirecto o reflejo. En estos casos (hay otros en la jurisprudencia, de acusadores populares en defensa de intereses particulares indirectos, por ejemplo, el planteado en la STS de 21 de diciembre de 2006, o de transformación del acusador particular en popular a partir del momento en que desaparece el objeto procesal respecto del que estaban personados como acusadores particulares) el TS y el TC han venido a convenir en que el cauce adecuado es el de la acción popular, con base en que se reconoce a todos aunque no sean ofendidos por el delito. Esto me parece forzado, creo que son situaciones que encajan mejor en la figura del acusador particular (con las consecuencias que de ello se derivarían: no necesitarían fianza, podrían ejercitar en su caso acciones civiles, podrían serlo los extranjeros, podrían en su caso incluirse sus gastos en las costas...). Debería, quizá, darse una interpretación

más amplia de la expresión “perjudicado”, comprensiva del directa o indirectamente perjudicado por el hecho punible.

A veces, el interés es directo, pero hay una multiplicidad de perjudicados (que pueden estar o no estar determinados) cuyo interés defiende una asociación *ad hoc* (piénsese en el caso de la colza, donde se trataba de una pluralidad de derechos individuales lesionados). El cauce más idóneo para ejercitar la acción penal, entiendo que sería también el de la acusación particular.

Hay, por otro lado, casos en los que el titular del interés material consiente en que su posición en el proceso la ocupe una asociación entre cuyos fines esté la defensa de ese bien lesionado: víctima del terrorismo y asociación de víctimas.

Y hay casos en los que lo que está en juego son intereses difusos (que no es lo mismo que suma de derechos individuales plurales ni tampoco lo mismo que intereses públicos (aunque en ocasiones, por apreciar una relevancia general en un determinado interés, el Estado decida asumirlos como público). Se ha dicho que los intereses difusos son intereses privados de dimensión colectiva.

En alguna ocasión reciente el TS ha dicho (STS de 24 de abril 2007) que el cauce de la acusación popular es el más natural para dar curso a los legítimamente interesados en la protección de bienes colectivos, pero creo que no siempre es así.

A veces, quien ejerce la acusación es un ente que tiene por objeto la defensa del bien jurídico protegido por el delito (asociación de ecologistas en delito contra el medio ambiente, de consumidores en delitos de fraude alimentario, feministas en violencia de género...). Y puede, también en algún caso, resultar impropio hablar de acción popular, cuando realmente no actúen en pro del interés general y abstracto ni en defensa de la legalidad (que es el ámbito de la acusación popular *strictu sensu*), sino de su propio interés. Es significativo observar que en algún caso de delitos con incidencia en intereses difusos el TS (SS. de 1 de abril de 1993 y 24 de enero de 1995) ha admitido el ejercicio de la acción civil por la acusación popular.

Algunos (no todos) de estos casos podrían tener encaje en un concepto amplio de acusador particular. Si hubiera ocurrido así en el caso Botín, (como se ha atisbado en alguno de los votos particulares de la sentencia en cuestión) no se hubiera planteado el problema al que antes he hecho referencia.

En otro caso, debería introducirse una regulación procesal que contemplara estos supuestos especiales, que ni son acusación particular tal como ésta viene siendo entendida, ni son, por lo que acabo de decir, en rigor, incardinables en la acusación popular. Por eso no estoy de acuerdo con los autores (ORTEGO PÉREZ, LUZÓN CÁNOVAS) que *de lege ferenda* proponen exigir para admitir la intervención como acusadores populares de personas jurídicas, que su objeto social guarde relación con el delito perseguido. Pero lo que parece claro

es que la estructura procesal penal clásica es insuficiente en este punto. También lo era el esquema procesal civil, y se dictaron normas procesales renovadoras. Primero el artículo 7.3 de la LOPJ, después el artículo 11 de la LEC 1/2000, y por último el artículo 11 bis.

PÉREZ GIL, razonablemente, propone incluir en la LECrim. el reconocimiento expreso, dentro de determinados límites, de una cierta asimilación a la condición de ofendido de los grupos de afectados y de las asociaciones para la defensa de intereses colectivos y difusos. Se distinguiría, así, entre una *acusación popular strictu sensu* y una *acusación particular colectiva*.

VI. BIBLIOGRAFÍA

GIMENO SENDRA, V.: “La Acusación popular”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 31, septiembre de 1993.

GUTIÉRREZ DE CAVIEDES e HIDALGO DE CAVIEDES, P.: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Pamplona, 1999.

JUAN SÁNCHEZ, R.: “Ejercicio de la acusación popular por las Administraciones autonómicas en los delitos de violencia de género: una grieta en el proceso penal español único”, *Revista La Ley*, núm. 6897, 5 de marzo de 2008.

LUZÓN CÁNOVAS, A.: “La acción popular. Análisis comparativo con la acusación particular”, *Revista La Ley*, núm. 5483, 15 de febrero de 2002.

OROMÍ VALL-LLOVERA, S.: *El ejercicio de la acción popular (Pautas para una futura regulación legal)*, Madrid, 2003.

ORTEGO PÉREZ, F.: “Restricción ‘Jurisprudencial’ al ejercicio de la acción penal popular (un apunte crítico a la controvertida ‘doctrina Botín’), *Revista La Ley*, núm. 6912, 27 de marzo de 2008.

PÉREZ GIL, J.: *La acusación popular*, Granada, 1998.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Abusos sexuales:

— SAP Madrid 101/2009, de 20 de julio 316

Alzamiento de bienes:

— STS 616/2009, de 2 de junio 210

Amenazas:

— STS 755/2009, de 13 de julio 241

— STC 177/2009, de 21 de julio 153

Apropiación indebida:

— STS 768/2009, de 16 de julio 251

Asesinato:

— STS 543/2009, de 12 de mayo 186

Autoría:

— STS 825/2009, de 16 de julio 261

C

Circunstancia atenuante. Por analogía:

— STS 547/2009, de 19 de mayo 191

Coautoría:

— STS 813/2009, de 7 de julio 233

Comisión por omisión:

— SAP Madrid 101/2009, de 20 de julio 316

Competencia:

— STS 661/2009, de 18 de junio 222

• *De jueces y tribunales:*

— STS 830/2009, de 16 de julio 272

— SAP Cáceres 20/2009, de 31 de julio 320

Complicidad:

— STS 767/2009, de 16 de julio 249

— STS 825/2009, de 16 de julio 261

Concurso de delitos:

— STS 494/2009, de 7 de mayo 184

Conformidad:

— STS 754/2009, de 13 de julio 238

— STS 592/2009, de 5 de junio 212

D

Delito continuado:

— STS 611/2009, de 29 de mayo 199

Delito fiscal:

— STS 611/2009, de 29 de mayo 199

Delitos contra flora y fauna:

— SAP Tarragona 309/2009, de 2 de julio 313

	Página
Delitos contra la propiedad industrial:	
— SAP Salamanca 92/2009, de 18 de junio	309
Delitos contra la propiedad intelectual:	
— SAP Logroño 148/2009, de 26 de junio	311
Derecho de defensa:	
— STC 768/2009, de 16 de julio	251
— STC 184/2009, de 7 de septiembre	156
Derecho penal de menores:	
— SAP Logroño 91/2009, de 4 de mayo	295
— SAP Álava 179/2009, de 10 de junio	305
Detenciones ilegales:	
— STS 683/2009, de 15 de junio	221
Dolo eventual:	
— STS 543/2009, de 12 de mayo	186

E

Encubrimiento:	
— SAP Alicante 310/2009, de 3 de junio	301
Error de prohibición:	
— STS 547/2009, de 19 de mayo	191
Estafa:	
— STS 556/2009, de 16 de marzo	181
— STS 630/2009, de 19 de mayo	193
— STS 663/2009, de 30 de mayo	201
— STS 669/2009, de 1 de junio	208
— STS 819/2009, de 15 de julio	245
— STS 825/2009, de 16 de julio	261
— STS 900/2009, de 23 de septiembre	276

Exacciones ilegales:

— STS 941/2009, de 29 de septiembre 285

Extorsión:

— STS 740/2009, de 30 de junio 232

F

Falsedad documental:

— STS 541/2009, de 27 de abril 182

— STS 825/2009, de 16 de julio 261

Falsificación de moneda:

— STS 663/2009, de 30 de mayo 201

Falso testimonio:

— STS 541/2009, de 27 de abril 182

I

Igualdad ante la ley:

— STC 177/2009, de 21 de julio 153

Infidelidad custodia de documentos:

— STS 941/2009, de 29 de septiembre 285

Inmigración clandestina:

— STS 740/2009, de 30 de junio 232

Intrusismo:

— SAP Las Palmas 64/2009, de 4 de junio 302

J

Juicio de faltas:

— STC 175/2009, de 16 de julio 151

Juicio en ausencia:

— STC 175/2009 de 16 de julio 151

— STC 199/2009, de 28 de septiembre 168

M

Malversación impropia:

— SAP Barcelona 549/2009, de 6 de julio 314

Medidas de seguridad y corrección:

— SAP Huelva 40/2009, de 21 de mayo 297

Multa. Responsabilidad personal subsidiaria:

— STS 901/2009, de 24 de septiembre 279

O

Omisión del deber de perseguir delitos:

— SAP Madrid 65/2009, de 15 de junio 307

Orden europea de detención y entrega:

— STC 191/2009, de 28 de septiembre 159

— STC 199/2009, de 28 de septiembre 168

P

Prescripción del delito:

— STC 195/2009, de 28 de septiembre 162

Prevaricación:

— STS 941/2009, de 29 de septiembre 285

Principio acusatorio:

— STS 494/2009, de 7 de mayo 184

Procedimiento abreviado:

— STS 661/2009, de 18 de junio 222

Prostitución y corrupción de menores:

• *Pornografía:*

— SAP Mallorca 61/2009, de 30 de julio 318

— STS 674/2009, de 20 de mayo 196

Prueba:

• *Documental:*

— STS 691/2009, de 5 de junio 214

• *Ilícita:*

— STS 725/2009, de 24 de junio 224

Q

Quebrantamiento de condena:

— SAP Logroño 91/2009, de 4 de mayo 295

Quebrantamiento de medida de alejamiento:

— STS 654/2009, de 8 de junio 217

— STS 755/2009, de 13 de julio 241

R

Realización arbitraria del propio derecho:

- SAP Soria 27/2009, de 28 de mayo 299
- STS 817/2009, de 29 de junio 230

Recurso de apelación:

- STC 184/2009, de 7 de septiembre 156

Responsabilidad civil derivada del delito:

- SAP Álava 179/2009, de 10 de junio 305
- STS 768/2009, de 16 de julio 251

Robo con fuerza en las cosas:

- STS 663/2009, de 30 de mayo 201

S

Sobreseimiento libre:

- STS 830/2009, de 16 de julio 272

T

Tentativa. Desistimiento:

- STS 543/2009, de 12 de mayo 186

Torturas:

— STS 910/2009, de 25 de septiembre 283

Tráfico de drogas:

— STS 796/2009, de 15 de julio 242

— STS 767/2009, de 16 de julio 249

Tribunal del Jurado:

• *Competencia:*

— STS 728/2009, de 26 de junio 226

• *Veredicto:*

— STS 867/2009, de 8 de julio 235

U

Usurpación de estado civil:

— STS 669/2009, de 1 de junio 208

V

Violencia de género:

— STS 654/2009, de 8 de junio 217

— STC 177/2009, de 21 de julio 153

Violencia doméstica habitual:

— STS 653/2009, de 25 de mayo 198

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 175/2009 de la Sección 2.^a del TC de 16 de julio de 2009
(BOE 11 de agosto de 2009) (Recurso de amparo 2517/2005)**

CITACIÓN DEFECTUOSA A JUICIO DE FALTAS. CONDENA EN AUSENCIA
Art. 24.1 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pablo Pérez Tremps**

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión al haber sido condenado en ausencia en juicio de faltas al que no fue citado en debida forma y no tuvo conocimiento de su celebración a pesar de encontrarse preso en un centro penitenciario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto de este amparo es determinar si se ha vulnerado al recurrente su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haber sido condenado en ausencia tras un emplazamiento que no le permitió tener un efectivo conocimiento de la celebración del juicio de faltas dirigido contra él.

2. Este Tribunal ha reiterado que es una garantía contenida en el art. 24.1 CE la ne-

cesidad de que los actos de comunicación de los órganos judiciales con las partes se realicen de forma correcta y con la diligencia debida, toda vez que ello es presupuesto para que puedan adoptar la postura que estimen pertinente en defensa de sus intereses, destacándose que dicha garantía se ve reforzada en los procedimientos penales por la naturaleza de los derechos fundamentales que en ellos se ventilan, y en especial en el juicio de faltas, al depender de ello la presencia en un acto en el que, concentrada-

mente, se articula la acusación, se proponen y practican pruebas y se realizan los alegatos en defensa de los intereses de las partes. Esta exigencia se ve reforzada por la posibilidad legal de que se celebre el juicio de faltas en ausencia del denunciado cuando conste habersele citado con las formalidades prescritas en la ley (por todas, STC 255/2006, de 11 de septiembre, FJ 2).

En cuanto a la diligencia exigible a los órganos judiciales cuando realizan los emplazamientos, se ha incidido en que la citación tiene que practicarse en forma legal mediante el cumplimiento de los requisitos procesales con el fin de que el acto o resolución llegue a conocimiento de la parte y de que el Juzgado tenga la seguridad o certeza del cumplimiento de los requisitos legales para asegurar la recepción de dicha comunicación por su destinatario. Así, se ha destacado que la notificación telefónica no es un medio idóneo para emplazamientos y citaciones a un juicio oral, no sólo por no estar previsto en la Ley de enjuiciamiento criminal como medio de comunicación procesal, sino especialmente porque en sí mismo considerado no es apto para cumplir el fin perseguido de dejar constancia o acreditación de que el sujeto a quien se pretende comunicar la decisión judicial tenga conocimiento de ella (por todas, STC 94/2005, de 18 de abril, FJ 2). También se ha destacado que la diligencia exigible al órgano judicial no llega hasta el extremo de salvar comportamientos absolutamente negligentes o contrarios a la buena fe de aquellos destinatarios de los actos de comunicación que hubiesen llegado a tener un conocimiento efectivo y temporáneo de los mismos que les hubiera permitido ejercitar su derecho de defensa; y ello, incluso si tales actos presentaran irregularidades en su práctica, ya que no puede resultar acreedor de la protección del amparo constitucional quien contribuyó de manera activa o negligente a causar la indefensión de la que se queja al no comparecer en un procedimiento del que tenía conocimiento por cauces diferentes del empla-

zamiento personal, o del que habría podido tener noticia si se hubiera comportado con una mínima diligencia (por todas, STC 161/2006, de 22 de mayo, FJ 2).

En todo caso, también se ha puesto de manifiesto que el conocimiento extraprocesal ha de estar acreditado fehacientemente en los autos y no basarse en una presunción construida a partir de meras conjeturas, ya que lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega, lo que ha llevado a negar semejante presunción respecto de la recepción de la notificación a su destinatario, cuando la misma ha sido entregada a terceros, como conserjes de finca, vecinos, etc., exigiéndose una prueba de aquella recepción (por todas, STC 78/2008, de 7 de julio, FJ 3).

3. En el presente caso, como ha quedado acreditado en las actuaciones y ha sido expuesto con más detalle en los antecedentes, se constata, en primer lugar, que el recurrente fue citado el 1 de marzo de 2004 para que compareciera a juicio de faltas el 5 de marzo de 2004 tanto mediante cédula de notificación que fue entregada personalmente a uno de sus hermanos, también denunciado en dicho procedimiento, como mediante llamada telefónica que fue recibida por su madre y que se comprometió a ponerla en su conocimiento. En segundo lugar, el recurrente no acudió al juicio de faltas, lo que sí hicieron sus dos hermanos también denunciados, sin que tampoco se hiciera costar mención alguna sobre las razones de su incomparecencia. En tercer lugar, que el recurrente, tras ser condenado en ausencia y serle notificada la resolución en el centro penitenciario, alegó en el recurso de apelación no haber tenido conocimiento efectivo de la citación a juicio al haber estado ingresado en prisión desde meses antes, lo que justifica mediante certificación expedida por el centro penitenciario de que permanece en prisión desde el 29 de octubre de 2003. Y, por último, en la Sentencia de apelación se desestima este concreto motivo de recurso, argumentando que no consta debidamente

acreditado que estuviera en prisión en las fechas del emplazamiento y el juicio de faltas, constando sólo la certeza de que se hallaba en fecha posterior como se deriva del escrito dirigido por el mismo al Juzgado (fundamento de derecho primero).

4. En atención a lo expuesto debe concluirse que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente, toda vez que, como también ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, fue condenando en ausencia en un juicio de faltas al que no fue emplazado personalmente y sin que hubiera quedado acreditado que tuvo un efectivo conocimiento de la citación para acudir a juicio.

En efecto, no es objeto de discusión en este amparo el hecho de que el recurrente no fue emplazado personalmente para acudir a la celebración del juicio de faltas, como tampoco lo es que está fehacientemente acreditado por medio de una certificación expedida por el centro penitenciario que el recurrente se encontraba en prisión desde meses antes de que se produjera el emplazamiento y se celebrara el juicio de faltas. A partir de ello, hay que destacar que, a pesar de los esfuerzos realizados por el órgano judicial para localizar al denunciante y poder emplazarle personalmente, no puede afirmarse que se hubiera actuado con la diligencia necesaria. Ello en especial si se tiene en cuenta que desde meses antes de que se or-

denara a la policía la averiguación del paradero del recurrente y de que se intentara su emplazamiento y de que se celebrara el juicio estaba interno en un centro penitenciario y que la Sentencia condenatoria, sin que aparezca ninguna especial actuación por parte del Juzgado tendente a la localización del recurrente, le fue directamente notificada en el centro penitenciario donde la recibió sin mayor problema.

Por otra parte, una vez negado por el recurrente que hubiera tenido conocimiento de la citación por su situación de prisión, y sin perjuicio del error en que habría incurrido el órgano judicial de apelación al no considerar acreditado que en el momento del emplazamiento y la celebración del juicio el recurrente estaba internado en un centro penitenciario, tampoco se puede afirmar que en las actuaciones hubiera datos suficientes para poder concluir que el recurrente había tenido un efectivo conocimiento de que iba a celebrarse el juicio. La circunstancia de que tanto la madre como los hermanos del recurrente conocieran la próxima celebración del juicio quizá permitiría en condiciones normales conjeturar dicho conocimiento, pero nunca considerar que haya quedado acreditado fehacientemente dicho conocimiento. La conjetura, además, resultaría más arriesgada dado que el recurrente estaba en prisión y la notificación del juicio se hizo con solo cuatro días de antelación.

**Sentencia 177/2009 del Pleno del TC de 21 de julio de 2009
(BOE 22 de agosto de 2009) (Cuestión de inconstitucionalidad 9266/2005)**

VIOLENCIA DE GÉNERO

Arts. 171.4 y 6 Código Penal y 14 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez**

SÍNTESIS

Esta sentencia sigue la estela de la 45/2009, de 19 de febrero (Revista de Derecho Penal, núm. 27) en el sentido de avalar las reformas introducidas

en el delito de amenazas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre. Reconsidera la doctrina sentada asimismo en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo (Revista de Derecho Penal, núm. 25), en relación a los malos tratos y 127/2009, de 26 de mayo (Revista de Derecho Penal, núm. 28), en relación a las coacciones. Recogemos también los votos particulares discrepantes. Reproducen la argumentación las SSTC 178/2009, 179/2009 y 180/2009, todas ellas de 21 de julio (publicadas en el BOE de 22 de agosto) y las SSTC 201/2009, 202/2009 y 203/2009, todas ellas de 27 de octubre (publicadas en el BOE de 25 de noviembre).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Perfilado el objeto del presente proceso las dudas de constitucionalidad planteadas por el Juez proponente quedan circunscritas a que el precepto cuestionado —el párrafo primero del art. 171.4 CP— establece una ilegítima discriminación por razón de sexo, conculcando por ello el art. 14 CE, pues ha optado injustificadamente por dar una respuesta penal desigual a conductas que son objetivamente idénticas, salvo por un único elemento de diferenciación: el sexo del sujeto activo o pasivo del delito.

Pues bien, así delimitadas las dudas de constitucionalidad planteadas en la presente cuestión, hemos de advertir que tales dudas han sido ya resueltas por la STC 45/2009, de 19 de febrero (BOE de 14 de marzo), que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación con el párrafo primero del art. 171.4 CP, en la redacción dada por el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por las razones que constan en su fundamento jurídico cuarto.

En síntesis, en la STC 45/2009, FJ 4 (con la misma *ratio decidendi* de la anterior STC 59/2008, de 14 de mayo), declaramos que el párrafo primero del art. 171.4 CP no lesiona el art. 14 CE, porque dicho precepto consagra una diferenciación punitiva que responde a una finalidad constitucionalmente legítima, cual es “la protección de la vida, la

integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja”; porque se produce asimismo la funcionalidad de la diferenciación cuestionada para la legítima finalidad perseguida, al resultar razonable el entendimiento del legislador de que “concorre un mayor desvalor en las agresiones del hombre hacia quien es o fue su mujer que en cualesquiera otras en el ámbito de la relación de quienes son o fueron pareja afectiva”, por lo que, siendo “razonable la apreciación de que tal mayor desvalor concurre en las primeras conductas, también lo es la de que debe imponerse una pena mayor para prevenir las”; y, en fin, porque tampoco cabe apreciar que la diferencia punitiva que se produce entre los supuestos comparados en relación con la conducta de amenaza leve sin armas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad ex principio de igualdad del precepto cuestionado.

En definitiva, siendo las dudas de constitucionalidad respecto del párrafo primero del art. 171.4 CP en que se fundamentan las presentes cuestiones acumuladas coincidentes con las que ya fueron rechazadas por la STC 45/2009, de 19 de febrero, en relación con este mismo precepto, a la fundamentación de esta Sentencia debemos, por tanto, remitirnos.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS RESPECTO A LA SENTENCIA DE FECHA 21 DE JULIO DE 2009, DICTADA EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 9266-2005, PLANTEADA POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚM. 1 DE SANTA COLOMA DE FARNERS EN FUNCIONES DE SUSTITUCIÓN DE LA TITULAR DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚM. 2, RESPECTO AL ART. 171.4 Y 6 DEL CÓDIGO PENAL EN LA REDACCIÓN DADA AL MISMO POR EL ART. 38 DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

En la medida en que la actual Sentencia se funda en la aplicación al caso actual de la doctrina de las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, y 45/2009, de 19 de febrero, respecto de las que en su día también discrepé con formulación de sendos Votos particulares, en lógica coherencia con mi posición precedente, reitero mi discrepancia respecto a la presente Sentencia, ejercitando al respecto la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, con expresión, ello no obstante, de mi respeto hacia los Magistrados de cuya tesis me aparto, remitiéndome simplemente a las razones expresadas en los Votos particulares a dichas Sentencias.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 2009, DICTADA EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 9266-2005

Mi discrepancia se refiere exclusivamente al apartado segundo del fallo y se funda en las razones que expuse en el Voto particular que formulé para la STC 59/2008, de 14 de mayo, al que me remito, pues aunque ésta recayó sobre un precepto diferente, su *ratio decidendi* es la misma que la que funda la Sentencia de la que ahora discrepo.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 2009 QUE RESUELVE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 9266-2005

En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC expongo mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, y 45/2009, de 19 de febrero, a las que formulé sendos Votos particulares (“Boletines Oficiales del Estado” de 4 de junio de 2008 y 14 de marzo de 2009), cuyo contenido reitero en este momento.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, RESPECTO A LA SENTENCIA DEL PLENO DE FECHA 21 DE JULIO DE 2009 DICTADA EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 9266-2005

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC y con el pleno respecto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por el Juez de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Santa Coloma de Farnés, en funciones de sustitución de la titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2, respecto al art. 171.4 y 6 del Código penal, en la redacción dada a los mismos por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el fundamento jurídico 4.

Discrepo abiertamente del fallo de la Sentencia en cuanto a la inadmisión de la

cuestión de inconstitucionalidad núm. 9266-2005, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005.

Por tanto, debe otorgarse el amparo solicitado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recu-

rente, con la anulación de la resolución judicial de instancia, exclusivamente en lo referido a la condena del recurrente, y la de apelación en tanto que confirmó dicha condena y la retroacción de actuaciones para que el recurrente sea emplazado personalmente para la celebración del juicio de faltas.

Sentencia 184/2009 de la Sala Segunda del TC de 7 de septiembre de 2009 (BOE 7 de octubre de 2009) (Recurso de amparo 7052/2005)

VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA. CONDENA EN APELACIÓN

Art. 24.2 CE

Ponente: **Excma. Sra. Dña. Elisa Pérez Vera**

SÍNTESIS

Se aprecia la vulneración del derecho de defensa del condenado en apelación por no haber sido oído en el recurso, pese a que el Tribunal de apelación resolvió en rigurosos términos de calificación jurídica sobre los hechos declarados probados por la sentencia apelada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Según se acaba de referir, el demandante denuncia la ausencia de intermediación en la valoración de las pruebas personales, agregando que no ha sido oído por la Audiencia Provincial. El análisis de la queja exige, pues, disociar dos cuestiones: de un lado, la alegada necesidad de practicar de nuevo las pruebas personales ante el órgano de apelación, entre ellas la declaración del acusado, entendida, por tanto, como medio de prueba; y, de otro, la eventual exigencia de la audiencia al acusado en la segunda instancia, considerada, en este caso, como medio de defensa.

Por lo que se refiere a la primera perspectiva apuntada, es sólida doctrina de este Tribunal, originada en la Sentencia de Pleno 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9 a 11, y perfilada posteriormente en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 213/2007, de 8 de octubre, FJ 2; 64/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 115/2008, de 29 de septiembre, FJ 1; 49/2009, de 23 de febrero, FJ 2; 120/2009, de 18 de mayo, FFJJ 2 a 4, y 132/2009, de 1 de junio, FJ 2), que del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) deriva la exigencia de que sólo el órgano judicial ante el que se practiquen, con plena contradicción y publicidad, puede valorar las pruebas personales. (...)

No obstante, ha de recordarse asimismo que la doctrina constitucional reseñada no resulta aplicable cuando el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia de instancia y la de apelación atañe estrictamente a la calificación jurídica de los hechos que se declararon probados por el órgano judicial que primariamente conoció de los mismos y que quedan inalterados en la segunda instancia, pues su subsunción típica no precisa de la intermediación judicial, sino que el órgano de apelación puede decidir sobre la base de lo actuado (STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 5, reiterada en las SSTC 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 4; 256/ 2007, de 17 de diciembre, FJ 2; 124/2008, de 20 de octubre, FJ 2; 34/2009, de 9 de febrero, FJ 4 y 120/2009, de 18 de mayo, FJ 4).

En el caso que aquí se examina, según advierte certeramente el Fiscal en su escrito de alegaciones, la divergencia entre la Sentencia absolutoria y la condenatoria se circunscribe a una cuestión puramente jurídica ajena a la valoración de las pruebas personales. Como se ha dejado expuesto con más detalle en los antecedentes, el Juez de lo Penal estimó acreditado el impago reiterado de las pensiones alimenticias sobre la base de las declaraciones de la denunciante y del acusado, declaración esta última prestada en la fase de instrucción, ya que no compareció al acto del juicio oral. Sin embargo, el órgano judicial absolvió al demandante con el argumento de que no habría resultado probada la fecha en que se le notificó la Sentencia de separación, ni tampoco la fecha en que ésta devino firme. Frente a ello, la Audiencia Provincial, aceptando en su integridad los hechos declarados probados en la instancia, infiere de los mismos que el acusado tenía pleno conocimiento de la existencia de la referida Sentencia y de su obligación de pagar la pensión alimenticia, en tanto que en el proceso de separación los dos cónyuges estaban representados por el mismo Procurador, por lo que ha de entenderse que ambos tuvieron conocimiento de la resolución al mismo tiempo, sin que el acusa-

do adujera lo contrario, de manera que cuando se ratificó la denuncia ante el Juzgado de Instrucción, ya se había producido el impago durante más de dos meses consecutivos, concurriendo, pues, los elementos integrantes del tipo penal finalmente aplicado.

Así las cosas, no le asiste la razón al recurrente en amparo cuando afirma que se vulneró su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al incumplirse el principio de intermediación, pues la Audiencia no varió la apreciación probatoria de las declaraciones, sino que se limitó a dictaminar la culpabilidad de aquél con base en los hechos considerados probados en la primera instancia. Por lo demás, y en lo que concierne particularmente a la declaración del demandante, ha de advertirse que, comoquiera que éste no compareció al acto del juicio oral, el Juez a quo valoró la declaración vertida ante el Juez de Instrucción, sin que ello haya sido cuestionado, de modo que, sin mayor dificultad, se deriva que, no habiendo existido intermediación judicial en la primigenia valoración probatoria -en tanto se valoró la declaración sumarial-, no es dable que la Audiencia hubiera quebrantado, con su apreciación del mencionado testimonio, una intermediación judicial inexistente por razones atribuibles a quien ulteriormente la reclama.

3. El recurrente en amparo denuncia, en conexión con la queja precedente, que no fue oído por el Tribunal de apelación. Así planteada la cuestión, y pese a que en la demanda venga también encuadrada en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), su examen habrá de hacerse, más precisamente, en el contexto del derecho de defensa (art. 24.2 CE); esto es, habrá que determinar si la audiencia del acusado en la segunda instancia, con independencia de la naturaleza -personal o no- de las pruebas que, en su caso, hubieran de ser valoradas por el órgano judicial que conoce del recurso, es parte integrante del mencionado derecho fundamental.

Con esta perspectiva, ha de señalarse que, según expone la STC 120/2009, de 18

de mayo, FJ 3, invocando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, la exigencia de la garantía de la audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características del proceso en su conjunto. Más concretamente, en la STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 53, se destaca que cuando se celebra una audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59).

Partiendo de la doctrina reseñada, y aun tomando en consideración el dato de que, como se ha concluido en el fundamento jurí-

dico anterior, la Audiencia Provincial resolvió en rigurosos términos de calificación jurídica sobre los hechos declarados probados por la Sentencia apelada, ello no implica necesariamente que aquel órgano judicial pudiera prescindir de otorgar al demandante de amparo la oportunidad de ser oído en la fase de recurso, audiencia que, como se señala en la precitada STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 58, no ha de confundirse con el derecho del acusado a hablar el último que, aunque pueda revestir una cierta importancia, debe distinguirse del derecho a ser escuchado, durante los debates, por un Tribunal.

Así, debió darse al apelado la ocasión de ser escuchado por el Tribunal que, originaria y definitivamente, le condenó, con independencia de las circunstancias del caso (concretamente, que el actor no compareció en el juicio oral y que el contenido de la Sentencia, al haber sido dictada en una separación de mutuo acuerdo, tenía que serle conocido). En primer y fundamental término, porque habida cuenta de que había sido absuelto en la instancia, obvio es que era el Tribunal de apelación quien por primera vez condenaba al recurrente en amparo. De otra parte, éste, en el ejercicio legítimo de sus posibilidades procesales, no compareció al juicio oral y, por tanto, salvo por el Juez de Instrucción, no fue oído durante el curso del proceso, de modo que el órgano de apelación venía obligado a salvaguardar su derecho de audiencia antes de ser condenado, máxime si se tiene en cuenta que contra la Sentencia condenatoria no cabía ya recurso alguno.

Por consiguiente, los intereses del demandante no fueron enteramente protegidos a lo largo del proceso que terminó con la Sentencia condenatoria, ya que la Audiencia Provincial hubo de concederle la posibilidad de ser oído antes de condenarle, sin que obste a tal conclusión el hecho de que aquél no solicitara la celebración de la vista en su escrito de impugnación del recurso de apelación interpuesto de contrario, pues, en tan-

to consideró que no existían pruebas cuya práctica pudiera ser necesaria, y teniendo en cuenta el hecho de que había sido absuelto en la primera instancia, no tenía particulares razones para instar la celebración de una audiencia pública (SSTEDH de 15 de julio de 2003, caso Arnarsson c. Islandia, § 38; 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, § 32). Esto es, en la medida en que la vista, en este caso, estaba llamada a servir a los fines de la parte apelante, era ésta quien tenía la carga de promover los presupuestos precisos para que el órgano judicial al que

acudió pudiera satisfacer su pretensión (STC 10/2004, de 9 de febrero, FJ 3), siendo posible, por lo demás, que la celebración de la vista se hubiera acordado de oficio (STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 11).

Constatada la vulneración de la garantía del derecho de defensa consistente en conceder al acusado la oportunidad de ser oído por el Tribunal que, al cabo, dictó el pronunciamiento condenatorio, ha de otorgarse el amparo solicitado sin que sea preciso, por ello, entrar a examinar el resto de motivos expuestos en la demanda de amparo.

Sentencia 191/2009, de la Sala Segunda del TC de 28 de septiembre de 2009 (BOE de 21 de octubre de 2009) (Recurso de amparo 2883/2005)

EUROORDEN

Arts. 24.1 y 25 CE; 12.2.b) y c), Ley 3/2003, Orden europea de detención y entrega

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez**

SÍNTESIS

Invocada por el demandante la vulneración del principio de legalidad penal por la entrega derivada de un procedimiento de euroorden sin tener en cuenta el sobreseimiento provisional en España de causa penal por los mismos hechos, la Sala descarta la eventual lesión del principio de legalidad invocado considerando como ubicación correcta la del derecho a la tutela judicial efectiva para a continuación, desestimar el recurso por considerar razonable y motivada la respuesta dada por la Audiencia a las causas de denegación facultativas invocadas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Como ha sido ya puesto de manifiesto el recurrente sitúa el núcleo de sus quejas en el derecho a la legalidad penal recogido en el art. 25.1 CE, que entiende vulnerado por la Audiencia Nacional al haber accedido

a la entrega sin atender a las causas de denegación de la entrega basadas en la existencia de un procedimiento penal en España por los mismos hechos y en la prescripción, respectivamente previstas en los arts. 12.2.b) y c) y 12.2.i) LOEDE. Siguiendo el planteamiento del Ministerio Fiscal, antes de abor-

dar cada uno de ambos motivos por separado, debemos reconducir las mismas a su correcta sede de enjuiciamiento, que ha de ser el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), descartando de antemano que pueda en el presente caso quedar concernido el derecho a la legalidad penal (...)

En efecto, tal como se recuerda en la STC 30/2006, de 30 de enero, en el proceso extradicional —así como, ciertamente, en el de euroorden— no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado. Se trata, pues, de un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de la ejecución en otro Estado (STC 30/2006, FJ 4, citando asimismo las SSTC 141/1998, de 29 de junio, FJ 3; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3). Con esta perspectiva ambas quejas, fundadas, en esencia, en que la decisión de entrega infringe los requisitos contemplados en la legalidad extradicional —más concretamente, en la Ley 3/2003, que regula el procedimiento de euroorden—, deben ser encauzadas desde el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues, como afirmamos en la STC 83/2006, de 13 de marzo, FJ 5, las cuestiones relativas al principio de legalidad extradicional recogido en el art. 13.3 CE no hallan acomodo en el art. 25.1 CE, puesto que el mismo se refiere exclusivamente a las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas, careciendo de tal naturaleza el procedimiento de entrega, tal como ya hemos tenido ocasión de exponer.

Ciertamente no puede excluirse totalmente la posibilidad de que en un procedimiento extradicional pueda verse lesionado el derecho a la legalidad penal; por el contrario, en resoluciones anteriores de este Tribunal atinentes al procedimiento de extradición hemos atendido bajo tal *nomen iuris*

diversos motivos de amparo, habiendo, en algunos de esos casos, otorgado el amparo por vulneración del citado derecho. No obstante ello habrá de tener lugar únicamente cuando los requisitos legales habilitantes de la entrega e indebidamente aplicados por el órgano judicial guarden una directa relación con el haz de garantías que contempla el derecho fundamental recogido en el art. 25.1 CE, tal como acontece en el caso paradigmático de la exigencia de doble incriminación (STC 162/2000, de 12 de junio, FJ 6; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10). No es ese el caso en la demanda objeto de nuestro enjuiciamiento, no guardando ninguna de las circunstancias legales concernidas relación con el derecho a la legalidad penal.

4. Concretado lo anterior hemos de entrar ya en el análisis de los restantes motivos de amparo, ocupándonos en primer lugar del fundado en la indebida inaplicación de las causas de denegación de las letras b) y c) del art. 12.2 LOEDE que, como ya se puso de manifiesto, el actor conecta con el principio de *non bis in idem*. A este respecto lo primero que debe ser concretado es el contenido y alcance de la queja. De la lectura de la demanda de amparo se aprecia que el recurrente concreta su denuncia en la indebida inaplicación de las citadas causas de denegación de la entrega antes que en una infracción directa de la prohibición de ser sometido a un doble proceso judicial. Así, después de manifestar que la causa de denegación prevista en el art. 12.2 b) —que concurrirá «cuando la persona que fuere objeto de la orden europea que esté sometida a un procedimiento penal en España por el mismo hecho que haya motivado la orden europea»— es reflejo del principio *non bis in idem*, concluye afirmando que «concorre la triple identidad, y por tanto el presupuesto legal habilitante que autorizaba la denegación facultativa».

Por lo demás tampoco podríamos llegar a una interpretación más amplia del citado motivo de amparo e integrar bajo el contenido de la pretensión del actor la lesión del derecho a no ser sometido a un doble proceso, por cuan-

to ello iría en contra del principio de subsidiariedad que rige el amparo, al enfrentarnos a una queja que no fue sometida a la consideración del órgano judicial y que se plantearía *ex novo* ante este Tribunal, no habiendo sido invocada la vulneración del citado derecho ni en la comparecencia ante el Juzgado Central de Instrucción ni en el recurso de apelación interpuesto, limitándose a alegar la concurrencia de las causas de denegación facultativa contempladas en el art. 12.2 LOEDE. Expresado en otros términos, si hubiéramos de concluir que en la demanda de amparo se establece tal pretensión impugnatoria, en todo caso ésta habría de ser inadmitida, con arreglo a los arts. 44.1.c) y 50.1.a) LOTC, por falta de invocación previa.

Concretado el alcance del motivo de amparo en los términos expresados nuestro ámbito de cognición debe circunscribirse a analizar la suficiencia y razonabilidad de la motivación, limitándonos a plantear si la respuesta dada por la Audiencia Nacional a la alegación sobre la concurrencia de las mencionadas causas de denegación a la entrega satisface las exigencias de motivación reforzada que, como en el caso de la extradición y el equivalente procedimiento de *eu-roorden*, son aplicables cuando quedan concernidos otros derechos fundamentales distintos a la tutela judicial efectiva, tales como el derecho a la libertad o a la libertad de residencia (por todas, SSTC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 2; 30/2006, de 30 de enero, FJ 5). Además no puede desconocerse que las causas legales invocadas por el demandante para oponerse a la entrega y que constituyen el objeto de la controversia tienen un carácter meramente facultativo, quedando al arbitrio del órgano judicial la decisión de no aplicarlas y proceder a autorizar la entrega, aun cuando concurriera el presupuesto fáctico de las mismas. Ello conlleva que el alcance del deber de motivación exigible constitucionalmente queda ceñido, en rigor, a la argumentación de los motivos por los que el Juez ha decidido no aplicar tales causas de denegación en el caso concreto, y no se extiende

necesariamente, en cambio, a ponderar la concurrencia o no de tales presupuestos fácticos, si considerara que son otras circunstancias las que abonaran su inaplicación.

Desde el marco de enjuiciamiento expuesto debemos concluir en la desestimación del motivo de amparo, pues la Audiencia Nacional ha dado una respuesta acorde a las exigencias que emanan del art. 24.1 CE. Así, en relación con la procedencia de aplicar las causas de denegación facultativa en el presente caso, el Auto impugnado manifiesta que «tratándose un presunto delito de violación por parte de un ascendiente respecto a una hija, de suficiente gravedad y que repugna jurídica y socialmente, se considera que no procede acoger» las causas de denegación alegadas. A ello añade que, por lo demás, no resulta de aplicación la circunstancia contemplada en el art. 12.2.c) LOEDE, porque el Auto dictado fue de sobreseimiento provisional y no libre, como plantea el actor; ni tampoco la prevista en la letra b) del citado precepto, por cuanto la causa se halla archivada en España. Combate el recurrente la conclusión de la Audiencia Nacional en el entendimiento de que el Auto de sobreseimiento provisional conlleva que la causa permanece abierta en España, pudiendo ser reactivada en cualquier momento. Frente a tal alegación no puede considerarse manifiestamente irrazonable la interpretación que el órgano judicial hace, no sólo de los propios efectos del sobreseimiento provisional, sino asimismo del art. 12.2 b) LOEDE, considerando que la existencia de un Auto de archivo, aun siendo provisional el sobreseimiento, impide concluir que la persona reclamada está «sometida a un procedimiento penal en España». Y a la misma conclusión hemos de llegar con respecto a la línea de argumentación alternativa esgrimida por el actor, relativa a que, a pesar de ser calificado como sobreseimiento provisional, en realidad es un sobreseimiento libre; en efecto, no puede atribuirse irrazonabilidad o arbitrariedad a la decisión de la Audiencia Nacional de acoger en

sus propios términos el pronunciamiento de archivo del Juzgado Central de Instrucción, teniendo en cuenta, además, que no se denuncia, ni se aprecia, error alguno al respecto en el citado Auto. Por lo demás no puede dejar de resaltarse que tal argumentación la emplea la Audiencia Nacional una vez manifestada y razonada ya su negativa a aplicar las causas facultativas de denegación, en atención a las circunstancias que rodean el hecho y que satisfacen el canon de motivación reforzada exigible.

5. Entrando en el siguiente motivo de amparo, fundado en la indebida inaplicación de la causa facultativa de denegación relativa a la prescripción del delito en que se funda la solicitud del Estado francés, debemos seguir la misma vía de enjuiciamiento y concluir en su desestimación. El recurrente persigue con sus alegaciones demostrar que concurren los presupuestos fácticos del supuesto recogido en el art. 12.2.i) LOEDE y que, por tanto, los hechos están prescritos según la ley española. Pero olvida con ello que, aun cuando tal fuera el caso, ninguna relevancia constitucional tendría tal circuns-

tancia, pues de la misma no se deriva para el órgano judicial una obligación legal de denegar la entrega cuya falta de aplicación pudiera suponer una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que, por el contrario y como ya hemos enfatizado, ello sólo abre la facultad, disponible por tanto para el Juez, de rechazar la solicitud del Estado requirente, derivándose del art. 24.1 CE únicamente un deber de aportar razones para la decisión que haya de tomar, como efectivamente acontece en el presente caso, fundando la Audiencia Nacional su decisión, no sólo en la gravedad y reprochabilidad del delito en el que se funda la orden europea, sino asimismo en que los hechos no pueden considerarse prescritos según la ley francesa; motivación que satisface en grado suficiente la exigencia constitucional.

Lo afirmado acerca de los dos últimos motivos de amparo permite desestimar sin necesidad de consideraciones adicionales la queja sostenida en la ausencia de respuesta suficiente por parte del Auto impugnado a las alegaciones del actor relativas a la concurrencia de las citadas causas de denegación de la entrega.

Sentencia 195/2009 de la Sala Segunda del TC de 28 de septiembre de 2009 (BOE 21 de octubre de 2009) (Recurso de amparo 8817/2006)

PRESCRIPCIÓN

Art. 132 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez**

SÍNTESIS

El Tribunal Constitucional se ratifica en su punto de vista (contrario, como es notorio, al del Tribunal Supremo) en lo relativo a la interrupción del plazo de prescripción y, admitiendo parcialmente el amparo, requiere del Tribunal Supremo que motive adecuadamente su resolución. Recogemos también un voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...)

Constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional, lo que no significa 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). Y ello porque, como afirmamos en la STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3, y recordábamos en la STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2, “la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto ‘en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica’, si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso *Stubbings*, § 46 y ss.), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar —delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo— afecten, en sí

mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados”.

Por lo que se refiere a la determinación del canon aplicable para proceder en cada caso a la revisión de una decisión judicial apreciando o negando la existencia de prescripción hemos declarado que es el propio del art. 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incura 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).

Ahora bien, dada la trascendencia de los valores constitucionales en juego en la aplicación del Derecho penal al que abre paso la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal, recientemente hemos destacado que el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, hablándose de una tutela reforzada, que 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” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; reproducción STC 79/2008, de 14 de julio, FJ 2).

Como recordábamos en la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10, la inteligencia del carácter reforzado del canon de enjuiciamiento constitucional aplicable en estos casos parte de la idea de que la prescripción penal afecta a los derechos de libertad del art. 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. “Por ello la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que la interpretación de la norma penal —en el de este proceso, la 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 análogica en perjuicio del reo. Y es por ello también que la expresión “[la] prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable” 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”.

3. Partiendo de las premisas anteriormente expuestas, nuestra doctrina ha concluido que la interpretación del art. 132.2 del Código penal (CP) —y del anterior art. 114 CP de 1973—, conforme a la cual la simple presentación de una denuncia o querrela, sin que medie ningún acto de interposición judicial, interrumpe el plazo de prescripción, 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 (art. 17.1 CE).

En este sentido hemos afirmado que tal interpretación genera “indefensión e inseguridad jurídica en los querrelados” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 10, en un supuesto en que los mismos no tuvieron noticia alguna de la existencia de un procedimiento supuestamente seguido contra ellos durante los casi dos años que mediaron entre la presentación de la querrela y su admisión a trámite), y que fijar como momento interruptivo del cómputo del plazo de prescripción el de la mera recepción 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). También hemos destacado, en las Sentencias que acaban de citarse, que dicha 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.

Y por todo ello hemos concluido que resulta imprescindible la existencia de algún “acto de interposición judicial” que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la per-

secución y castigo del delito; y que sin la intermediación del Juez no podría hablarse de un procedimiento jurisdiccional abierto o iniciado, ni dirigido contra nadie. En palabras de la STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5: “De manera que será únicamente el Juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el artículo 132.2 del Código penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión. Sólo esta interpretación resulta coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena, a los que cabría añadir la necesidad de que en todo momento el procedimiento penal aparezca rodeado de las garantías constitucionalmente exigibles, lo que únicamente ocurre a partir del momento en que interviene el órgano judicial tomando las riendas del proceso”. En el mismo sentido, STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12.

Más allá de dicha exigencia, como señalábamos en la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12, la determinación de la intensidad o calidad de dicha actuación judicial para entender interrumpido el lapso prescriptivo de las infracciones penales no corresponde a este Tribunal, sino a la jurisdicción ordinaria y, particularmente, al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE). Por tanto nuestro enjuiciamiento de las decisiones en materia de prescripción en estos casos habrá de limitarse a analizar, en atención a las circunstancias de cada caso concreto, si existió algún acto de interposición judicial y si la valoración del mismo por los órganos de la jurisdicción ordinaria como suficiente para considerar existente un procedimiento dirigido contra el culpable con virtualidad para interrumpir el cómputo del plazo de prescripción es acorde con las exigencias de motivación reforzada anteriormente expuestas, en la medida en que

se exteriorice un nexo de coherencia entre la decisión adoptada y el fundamento y fines de la institución.

4. Con la doctrina anteriormente expuesta este Tribunal no pretende interpretar el art. 132.2 CP, señalando cuál es el momento en que puede entenderse que existe un procedimiento dirigido contra el culpable, pues ello excedería del ámbito de nuestra jurisdicción. Conforme a nuestra constante doctrina, que ahora reiteramos, al resolver un recurso de amparo sólo corresponde a este Tribunal decidir si han existido o no las violaciones de los derechos fundamentales que se denuncian. La función de interpretar y aplicar la legislación vigente, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, y en particular al Tribunal Supremo, como órgano superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), sin que este Tribunal pueda sustituirlos en el ejercicio de dicha tarea (por todas, entre otras muchas, SSTC 16/1981, de 18 de mayo, FJ 2; 89/1983, de 2 de noviembre, FJ 2; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 1; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 265/2006, de 11 de septiembre, FJ 5; 252/2007, de 17 de diciembre, FJ 3; 50/2007, de 12 de marzo, FJ 4). 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 art. 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 (SSTC 167/1986, de 22 de diciembre, FJ 4; 52/1992, de 8 de abril, FJ 1; 114/1995, de 6 de julio, FJ 2; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 118/2002, de 20 de mayo, FJ 10).

No puede olvidarse que 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; 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 art. 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 art. 7.2 LOPJ cuando establece que los derechos fundamentales enunciados en el art. 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”.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don Juan José Folchi Bonafonte y, en su virtud:

1.º Declarar que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular parcialmente —exclusivamente en lo referido al recurrente— la Sentencia de 24 de julio de 2006, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, desestimatoria del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2004, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la primera de las Sentencias indicadas, a fin de que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos quinto y sexto.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ
ARRIBAS RESPECTO DE LA SENTENCIA
DICTADA, EL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2009, EN
EL RECURSO DE AMPARO NÚM. 8817-2006

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

1. Como ya dije en mi Voto particular concurrente a la Sentencia dictada en el recurso de amparo 6819-2002: “Las Sentencias y Autos que hasta ahora (marzo de 2005) ha dictado este Tribunal en relación con la prescripción penal, así entre las mas

antiguas la STC 301/1994 hasta el reciente ATC 340/2004, de 13 de septiembre, pasando por la serie de Sentencias 63, 64, 65 y 66 de 2001, han partido de una constante doctrina en la que, por un lado, se ‘ha señalado que la apreciación del sentido y alcance del instituto jurídico de la prescripción, como causa extintiva de la responsabilidad penal, es una cuestión de legalidad, que corresponde a los órganos judiciales ordinarios y sobre cuya procedencia no puede entrar este Tribunal desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 152/1987 y 157/1990)’, y por otro lado ‘también ha afirmado que corresponde al mismo, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial, al objeto de comprobar la razonabilidad constitucional del motivo apreciado, reparando, en su caso, en esta vía de amparo, la aplicación arbitraria o carente de fundamento, así como aquella que resulte de un error patente con relevancia constitucional (SSTC 23/1987, 36/1988, 149/1989, 63/1990, 164/1990, 192/1992 y 55/1993)’, conforme se recoge en la serie de Sentencias que citamos al principio”.

También dije en aquella ocasión que: “En definitiva, la interpretación del precepto regulador de la prescripción penal es una cuestión de legalidad ordinaria que solo puede ser examinada en amparo con arreglo al canon del art. 24.1 CE, es decir, comprobando si existe razonabilidad y ausencia de arbitrariedad o error patente, en el caso concreto”, añadiendo: “El referido y hasta ahora invariable criterio ha supuesto que los casos que nos son sometidos, han de examinarse uno por uno, con un inevitable y obligado casuismo, sin establecer ninguna doctrina interpretativa general que, por sugestiva y acertada que se presente, puede invadir las funciones que son propias de la jurisdicción ordinaria, conforme al art. 117 CE y singularmente, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la que, por otra parte, en

esta cuestión tampoco ha tenido un criterio uniforme”.

2. Más tarde, en el Voto particular, esta vez discrepante, que formulé a la Sentencia dictada en los recursos de amparo acumulados núms. 1907-2003 y 1911-2003, en fecha 20 de febrero de 2008, insistí en el mismo criterio y separándome de la mayoría del Tribunal, dije: “Además de apartarse aún más que la STC 63/2005 de nuestra doctrina anterior sobre la naturaleza de pura legalidad ordinaria de cuanto afecta a la prescripción, cuya interpretación y aplicación no nos corresponde, apunta a la posible construcción, a favor de los responsables de un delito, de un cierto derecho a que este prescriba, cuando la institución de la prescripción a lo que sirve esencialmente es a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que no genera ningún derecho fundamental constitucionalmente susceptible de amparo”.

“Ciertamente es que el instituto de la prescripción pone límites temporales al ejercicio por el Estado del ius puniendi en aras de la seguridad jurídica y que no caben interpretaciones extensivas o analógicas en perjuicio del reo que prolonguen el plazo de aquel ejercicio”, “ni tampoco creo que sean constitucionalmente imponibles a la jurisdicción ordinaria interpretaciones tan estrictas que puedan conducir a privar a la víctima de un delito de su derecho a que el Estado actúe, dentro del plazo legal pero en toda su extensión, contra quien la convirtió en perjudicada por una conducta ilícita, obligando incluso a prevenir los retrasos de los órganos jurisdiccionales para calcular cuantos días antes de la fecha límite del período prescriptivo ha de actuar para evitar que el delito quede impune”.

“En efecto, una cosa es que el órgano jurisdiccional del Estado, encargado de la persecución de un delito, no lo haga durante el plazo prescriptivo o abandone esa persecución durante el mismo plazo, con la consiguiente presunción de renuncia del ius puniendi y otra cosa, que hay que ponderar también constitucionalmente en cada caso,

es que desaparezca prácticamente el ius ut procedatur de la víctima del delito, que si bien no supone un derecho a que se siga el proceso completo, ni siquiera a que se inicie, al menos exige que una vez advertido el órgano competente, por la presentación de la denuncia o la querrela, de la posible existencia del delito, actúe en un plazo razonable, ejercitando el ius puniendi del Estado, si procede, de manera que no se reduzca sistemáticamente el plazo prescriptivo, pues también esa incertidumbre lesionaría la seguridad jurídica, que es precisamente el principio que inspira la institución de la prescripción”.

3. En el presente caso se vuelve a aplicar la doctrina, de la que discrepo, en relación con el establecimiento de reglas generales de interpretación sobre la prescripción penal, reiterándose el criterio mantenido en las dos Sentencias precedentes y antes citadas acerca de la necesidad de un acto de interposición judicial para entender producida la interrupción prescriptiva, criterio

que, cualquiera que sea su grado de acierto, sigo pensando que no nos corresponde establecer.

4. La insistencia en mantener mi criterio sobre la interpretación del instituto de la prescripción, partiendo de la base de que es materia reservada, con carácter general, a la jurisdicción ordinaria, especialmente a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y solo caso por caso a este Tribunal, aplicando nuestro canon sobre la tutela judicial efectiva, aunque sea con la exigencia de motivación reforzada, obedece a la esperanza de que alguna vez podamos modificar la doctrina que últimamente se viene sentando.

Ahora bien, ello no es obstáculo para reconocer que esa doctrina ha de ser respetada y aplicada por los órganos de la jurisdicción ordinaria, en acatamiento a lo dispuesto en el art. 5 LOPJ, sin que sea admisible, como sucede en el caso a que este recurso de amparo se refiere, que se prescindiera de ella o se la discuta para no obedecerla.

Sentencia 199/2009 de la Sala 1.^a del TC de 28 de septiembre de 2009 (BOE 21 de octubre de 2009) (Recurso de amparo 4234/2007)

EUROORDEN Y CONDENA EN REBELDÍA

Ley 3/2003 y Arts. 13.3 y 25 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Aragón Reyes**

SÍNTESIS

Pese a haber sustituido el mecanismo de la denominada “euroorden” a la extradición en el ámbito comunitario, se aferra el Tribunal Constitucional a su tesis restrictiva, formulada en las Sentencias 91/2000 y 140/2007 (recogidas respectivamente en los números 1 y 19 de la Revista de Derecho Penal), en lo que se refiere a la entrega de los condenados en ausencia. Recogemos también los votos particulares.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. (...)

La relevancia constitucional de la decisión de acceder a la entrega para cumplimiento de condenas graves dictadas en ausencia del reclamado ha sido declarada en reiteradas ocasiones por este Tribunal, tanto en relación con el procedimiento de extradición regulado por la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, así como en el Convenio europeo de extradición de 1957 y en los Tratados de extradición vigentes suscritos por España, como también respecto del nuevo sistema de entrega instaurado en la Unión Europea, en cumplimiento de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 (recientemente modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009), sistema incorporado a nuestro ordenamiento interno por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

En efecto, en la STC 91/2000, de 30 de marzo, citada por el recurrente y el Ministerio Fiscal, declaramos que la autorización judicial de entrega incondicionada a Italia del reclamado para cumplir una pena que le fue impuesta tras un juicio celebrado en rebeldía vulneró su derecho de defensa (art. 24.2 CE), toda vez que “constituye una vulneración ‘indirecta’ de las exigencias dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana ... acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa” (FJ 14). Doctrina que hemos reiterado en decisiones posteriores (entre otras, SSTC 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000, de 12 de junio; 156/2002, de 23 de julio; y

183/2004, de 2 noviembre), precisando, en lo que ahora importa, que no se trata de que la Audiencia Nacional exija a las autoridades del Estado requirente la prestación de garantía como condición previa para declarar procedente la extradición del reclamado, sino de que, al acordarse la procedencia de la extradición, la misma incluya la exigencia de que en el Estado requirente se den al extraditado las posibilidades de impugnación reseñadas, pesando sobre dicho Estado la responsabilidad del cumplimiento de dicha condición a la que se sujeta expresamente el acuerdo de extradición (STC 156/2002, de 23 de julio, FJ 7, citando el ATC 19/2001, de 30 de enero).

La anterior doctrina ha sido considerada aplicable por la STC 177/2006, de 27 de junio, tal como hemos anticipado, al procedimiento de orden europea de detención y entrega, que en los Estados miembros de la Unión Europea —de la que forma parte Rumania desde el 1 de enero de 2007— sustituye al procedimiento de extradición establecido en el Convenio europeo de extradición de 1957. En efecto, en la STC 177/2006, FJ 7.b), se advierte que “Ciertamente es que ni la Decisión Marco del Consejo relativa a la orden europea de detención y entrega ni la Ley 3/2003 promulgada en aplicación de la misma establecen la mencionada exigencia como condición *sine qua non* para que el Estado de ejecución pueda proceder a la entrega solicitada. Pero ello no significa que quepa ignorar dicha exigencia, al ser la misma inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución cual es el derecho a un proceso —en este caso extradicional— con todas las garantías, debiendo como tal ser respetada —implícita o explícitamente— por toda Ley nacional que se dicte al efecto. Por lo demás, el art. 5 de la Decisión Marco prevé la posibilidad de que, en el caso de que la orden europea de detención y entrega ‘se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pe-

na o una medida de seguridad impuestas mediante resolución impuesta en rebeldía', la ejecución de dicha orden de entrega por la autoridad judicial de ejecución se supedita 'con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución', entre otras, a la condición de que 'la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista'. Ello es indicativo de que la Decisión Marco no obliga imperativamente a los Estados miembros a establecer dicha condición para la entrega, sino que reenvía la cuestión a lo que a tal respecto venga dispuesto por sus respectivos ordenamientos jurídicos. Siendo ello así, ha de entenderse que la exigencia en cuestión, dimanante del alcance dado por este Tribunal al derecho a un proceso con todas las garantías, debió ser expresamente formulada por el Auto recurrido en amparo como condición para la entrega del demandante a Francia y que, al no haberlo hecho así, dicha resolución vulneró el mencionado derecho (vid., entre otras, SSTC 91/2000, de 30 de marzo; 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000 y 163/2000, de 12 de junio, y 183/2004, de 2 de noviembre)".

Conviene advertir que la referida Decisión Marco de 13 de junio de 2002 ha sido modificada, como antes se indicó, por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, que, en aras a limitar la discrecionalidad de la autoridad de ejecución para denegar la ejecución de una orden de detención europea, delimita los supuestos en que la autoridad judicial de ejecución puede denegar la entrega solicitada por el Estado requirente en virtud de euroorden a efectos de cumplimiento una pena o una medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía. A tal efecto se añade un nuevo art. 4 bis, en el que se determinan los motivos comunes por los que podrá dene-

garse la ejecución de una orden de detención europea en supuestos de resoluciones dictadas en rebeldía, y se suprime el apartado 1 del art. 5, en el que se contemplaba la posibilidad de que, con arreglo al Derecho interno, la autoridad de ejecución supeditase la entrega del condenado en rebeldía a que el Estado requirente prestase garantías suficientes de que el reclamado en virtud de la orden de detención europea pueda impugnar la condena impuesta en ausencia, para salvaguardar sus derechos de defensa. En todo caso no nos corresponde aquí pronunciarnos sobre el alcance de esta modificación introducida por la Decisión Marco de 26 de febrero de 2009, aun pendiente de incorporación a nuestro Derecho interno, y que no resulta aplicable al presente supuesto, en el que la orden europea de detención y entrega fue expedida por Rumania bajo la vigencia de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 en su redacción inicial.

4. En el caso que nos ocupa la Audiencia Nacional ha accedido en el Auto que se recurre en amparo a la entrega del recurrente a Rumania en ejecución de orden europea de detención y entrega, para cumplimiento de una condena de cuatro años de prisión impuesta en un juicio celebrado en ausencia de aquél, sin incluir, en los términos anteriormente expuestos, la exigencia de que la condena en cuestión pueda ser revisada. Ciertamente, tal omisión puede obedecer al entendimiento por la Audiencia Nacional de que dicha garantía no es exigible en el presente caso porque en realidad no existió condena en ausencia, toda vez que el recurrente concedió apoderamiento a un Abogado que compareció en el juicio como su defensor particular, a lo que se añade en el Auto impugnado (fundamento de Derecho segundo) que "entre los motivos de los recursos nunca se puso el acento en que no estuviera presente en el juicio de primera instancia su defendido, sino que se entró en consideraciones sobre la valoración de la prueba, que la Autoridad judicial de ejecución no puede reexaminar, dado que el pro-

cedimiento debatido no reúne los caracteres de una nueva instancia”.

Pues bien, no puede compartirse el razonamiento de la Audiencia Nacional cuando equipara, a efectos del respeto a las garantías inherentes al proceso justo, la presencia en el juicio del Abogado designado por el recurrente con la efectiva presencia de éste, rechazando, en consecuencia, que el recurrente fuera juzgado en ausencia por el mero hecho de haber comparecido en el juicio su Abogado. Como hemos señalado en la citada STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13, el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria. Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, y puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado. En este sentido, la vista oral no es una simple secuencia del proceso penal, sino el momento decisivo en el que con publicidad y plena contradicción se debate acerca de la fundamentación de las pretensiones de condena y la fuerza de convicción de las pruebas aportadas por la acusación y la defensa (en igual sentido, entre otras, STC 183/2004, FJ 3).

Tales conclusiones vienen además sustentadas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como destacábamos asimismo en la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13, y hemos reiterado, entre otras, en la STC 183/2004, de 2 de noviembre, FJ 4, recordando que el tenor literal del art. 6.3.c) del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), en el que se reconoce el derecho “a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor”, resulta especialmente significativo a esos efectos, en cuanto expresa con claridad que quien ha de

ejercer el derecho de defensa es el acusado, mientras que el Letrado se limita a “asistirle” técnicamente en el ejercicio de su derecho (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 1999, casos T. y V. contra Reino Unido).

A tenor de lo expuesto ha de concluirse que el recurrente en amparo fue condenado en Rumanía a una pena grave sin haber estado presente en el juicio, por lo que la decisión de la Audiencia Nacional de acceder a la entrega del recurrente a las autoridades rumanas para el cumplimiento de la condena, sin someter dicha entrega a la condición de que la condena impuesta en ausencia pudiera ser sometida a revisión, vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Procede, en consecuencia, estimar esta queja y anular el Auto recurrido, si bien el fallo estimatorio habrá de tener un alcance meramente declarativo, por cuanto, como ha sido puesto de relieve en los antecedentes de la presente Sentencia, el 14 de mayo de 2007 fue ejecutado el Auto impugnado y entregado el recurrente a las autoridades judiciales rumanas.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON JORGE
RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA
SENTENCIA DICTADA EL 28 DE SEPTIEMBRE
DE 2009, EN EL RECURSO DE AMPARO
NÚM. 4234-2007 INTERPUESTO POR
DON WILSON ADRAN JOHN

1. La lejanía de los Jueces respecto de los poderes públicos asegura al máximo su independencia objetiva y aumenta el grado de confianza de las sociedades democráticas en sus decisiones. No será necesario esperar al día en que los Jueces de todos los Estados miembros de la Unión Europea tengan un órgano de gobierno único para lograr que una Sentencia dictada en Rumanía se pueda ejecutar normalmente en España. El mecanismo de la euroorden es ya la piedra angular de un sistema que prepara ese logro. Sin embargo no alcanzaremos fácilmente un espacio común de libertad, seguridad y justi-

cia si los Estados miembros de la Unión Europea desconfiamos de las garantías procesales que ofrece ese nuevo espacio común e insistimos en oponer los espesos muros de las garantías penales de nuestros sistemas jurídicos a una libertad plena de circulación de resoluciones judiciales. En el caso de la euroorden esos viejos muros no ejercen en el interior de la Unión la función de baluarte de protección de los derechos del individuo que cumplieron en el pasado. Para el tercer pilar esas murallas son construcciones de otro tiempo que presentan grietas por las que escapan los delincuentes.

2. Expreso mi posición discrepante con la fundamentación y el fallo de esta Sentencia, de acuerdo con la facultad que nos confieren los arts. 164.1 CE y 90.2 LOTC.

Considero que la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha cumplido en forma exacta las obligaciones que le atribuye la Ley 3/2003, de 14 de marzo, de orden europea de detención y entrega, como autoridad judicial española de ejecución, con una decisión que debió superar ampliamente nuestros cánones de enjuiciamiento en amparo.

En este caso la euroorden fue emitida por una autoridad judicial rumana para el cumplimiento de una pena de cuatro años de prisión impuesta en Rumanía. El súbdito británico requerido ha sido condenado por un delito de relaciones sexuales a cambio de dinero con una persona del mismo sexo, de catorce años de edad, perteneciente a la categoría social de los llamados en Rumanía “niños de la calle”.

El Auto de la Audiencia Nacional recurrido en amparo no podía denegar la entrega que le solicitaba la autoridad judicial rumana sin vulnerar tanto la Ley nacional como la Decisión Marco en cuya ejecución se dictó dicha Ley. Pero, ante todo, es inaplicable al caso la doctrina de este Tribunal en materia de extradición, por lo que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno del solicitante de amparo.

3. En la Sentencia de la que discrepo se declara la vulneración indirecta del derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Esa lesión tiene como único fundamento la regla del precedente o del *stare decisis*: La Sentencia parece mera aplicación de la doctrina iniciada en la STC 91/2000, de 30 de marzo, confirmada en otras posteriores, que se invocan cuidadosamente en el FJ 3, hasta llegar a la STC 177/2006, de 27 de junio. Se citan, sin embargo, precedentes válidos en materia de extradición que poco deben ayudar en materia de euroorden. La naturaleza de ambas instituciones es claramente distinta y las Sentencias que se invocan no se han detenido a razonarlo o negarlo, impidiéndonos advertir cuál ha sido el proceso lógico que ha aconsejado extender los efectos de la primera a la segunda. Si se lee atenta o repetidamente la STC 177/2006 se dudará, incluso, si el caso resuelto en esta última tenía también fondo “extradicional” (como afirma el propio FJ 7.b de esa Sentencia) por lo que tampoco sería precedente adecuado para aseverar que la doctrina sobre la vulneración indirecta del contenido absoluto de derechos, creada a propósito de la extradición, se extiende a las euroórdenes, como acontece —esta vez sí con meridiana claridad— en la Sentencia de la que discrepo.

4. He sostenido en numerosos Votos particulares que la extradición comporta mecanismos tradicionales de cooperación entre Estados que permiten denegar la entrega y verificar, al hacerlo, las garantías de cada sistema. Es una institución propia del siglo XX que no se puede equiparar a la euroorden, que es un mecanismo propio de la Unión Europea del siglo XXI (Por todos, FJ 3 de mi VP a la STC 120/2008, de 13 de octubre). En la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de mayo de 2007, caso *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van Ministeraad*, C-303/05, se ha excluido cualquier duda sobre la licitud de que, desde el 1 de enero de 2004, la Decisión Marco JAI 584/2002,

de 13 de junio (en adelante, Decisión Marco 2002) haya sustituido a los convenios de extradición. Insisto por ello en que, como dije en mi Voto particular al ATC 74/2005, de 14 de febrero, la Decisión Marco 2002 ha supuesto un “cambio trascendental en las relaciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea. Hemos pasado de un sistema arcaico de mantenimiento de tecnicismos particulares nacionales, representado emblemáticamente por la institución de la extradición, a la cultura de una Europa nueva, basada en el reconocimiento cuasi automático de resoluciones, la confianza mutua y la relación directa e inmediata entre autoridades judiciales homogéneas que, en definitiva, han experimentado y compartido ya experiencia, en el primer pilar o pilar comunitario, en la aplicación de un mismo ordenamiento alentado en los principios y valores de respeto y salvaguardia de los derechos y libertades públicas que garantiza, entre otros instrumentos, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” (ATC 74/2005; VP, FJ 3). En parecido sentido se manifiestan las STJCE de 17 de julio de 2008, caso Szymon Kozłowski, C-66/2008, § 31, y STJCE de 3 de mayo de 2007, caso *Advocaten voor de Wereld*, § 28. España no puede imponer su propio ordenamiento como si fuera un espejo en el que deba contemplarse la interpretación uniforme de los veintisiete Estados de la Unión. No hay, por principio, vulneración indirecta de derechos reconocidos en el ordenamiento del foro en el marco de la Unión Europea, por lo que la nueva doctrina habría necesitado, para ser convincente, una justificación más amplia de la que se ofrece en los precedentes que se invocan.

5. Sustituido válidamente el sistema de extradición multilateral por el nuevo sistema de entrega de personas condenadas o sospechosas basado en el reconocimiento mutuo (STJCE, *Advocaten*, § 28) la persona afectada por la euroorden goza, como queda dicho, de las garantías de derechos humanos que impera en el espacio común europeo y

de la protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Dentro de ese marco la Ley española 3/2003 ha sido dictada para cumplir las obligaciones establecidas para España en la Decisión Marco JAI/584/2002, de 13 de junio, que establece las órdenes de detención europea y que, conviene, recordarlo, obliga a España en cuanto al resultado pero es de dudoso efecto directo, al menos conforme al tenor literal del artículo 34.2.b) del Tratado de la Unión Europea. Lo que sí era claramente vinculante para la Audiencia Nacional y lo es para nosotros —salvo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad *ex art.* 55.2 LOTC— es la citada Ley 3/2003 que ha ejecutado en España la citada Decisión Marco.

El Auto de la Audiencia Nacional recurrido en amparo comprueba que la euroorden se ha emitido respecto de una condena por delito de explotación infantil y, tras el procedimiento correspondiente, concluye que debe acceder a la entrega a las autoridades judiciales rumanas al afirmar que: “No concurren causas de denegación imperativas (artículo 12.1) ni facultativas (artículo 12.2) de la entrega según la Ley 3/2003, por lo que procede acceder a lo solicitado para ejecutar la pena impuesta a la persona requerida”.

Aquí podría haber acabado el debate procesal. Sin embargo también rechaza la Sala a quo los alegatos de defensa aducidos por el reclamado entre los que destaca haber sido condenado en ausencia, sin poder comparecer en juicio. Razona el Auto que las explicaciones ofrecidas por las autoridades rumanas de que el condenado fue citado y compareció por medio de su Abogado son decisivas para rechazarlo.

Así lo expresa literalmente: “La autoridad judicial rumana emisora ha explicado, conforme al formulario único aceptado por todos los Estados miembros de la Unión, que el reclamado no fue juzgado en rebeldía sino que fue citado y compareció por medio de su representante. Es más, examinada la documentación adjunta, ceñida al recurso de apelación y casación así como la decisión

penal de apelación, que rebajó la condena a cuatro años y dos resoluciones sobre situación personal y devolución de fianza anteriores al juicio (después modificada en casación) consta que concedió apoderamiento al Abogado Sr. Maurea como defensor particular y entre los motivos de los recursos nunca se puso el acento en que no estuviera presente en el juicio de primera instancia su defendido, sino que se entró en consideraciones sobre la valoración de la prueba que la Autoridad judicial de ejecución no puede reexaminar dado que el procedimiento debatido no reúne los caracteres de una nueva instancia”.

6. La Sentencia de la que discrepo rechaza este razonamiento con una interpretación que vulnera el sistema de fuentes del tercer pilar.

El razonamiento de la Audiencia Nacional que se ha transcrito se corresponde con la documentación unida a los autos y demuestra que hubo una defensa en ausencia del solicitante de amparo que fue eficaz y puede ser considerada distinta, a efectos del Derecho uniforme, de la simple rebeldía. Sin embargo nuestra Sentencia considera insuficiente dicha situación (FJ 4) y declara la nulidad del Auto de la Audiencia Nacional por vulneración del derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al entender que debió haberse condicionado la entrega a la garantía de que la condena impuesta en ausencia pudiera ser sometida a revisión.

No es aceptable esta conclusión. Lo decisivo, conforme al sistema de fuentes del tercer pilar es, en primer lugar, el Derecho del Estado: “La ejecución podrá supeditarse ... con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución” reza el artículo 5, párrafo inicial, de la Decisión Marco 2002. En el presente caso la Ley española ha dado un alcance más restrictivo que la propia Decisión Marco a las causas de denegación o condicionamiento de la entrega. En efecto, el art. 5 de la Decisión Marco 2002 permite que en los casos de condena en rebeldía se condicione la entrega a que la autoridad judicial

que emite la orden de garantías suficientes de que la persona afectada por la euroorden pueda pedir un nuevo proceso y estar presente en la vista. Sin embargo la Ley española no ha hecho uso del margen de discrecionalidad que le concedía el Derecho uniforme a la hora de ejecutar la Decisión Marco y es más favorable a la eficacia de la euroorden de lo que hubiera sido posible conforme a las reglas del propio Derecho europeo. Por ello, conforme a la Ley española, la entrega deberá producirse en todo caso ya que ésta no contempla, como hubiera podido hacer, los casos de condena en rebeldía como causa de solicitud de garantías respecto de la entrega (art. 11).

7. En esas circunstancias la Audiencia Nacional ha efectuado una interpretación de la Ley española favorable a la posición de la persona sometida a orden europea y ha avanzado en ese espacio de discrecionalidad que concedía al legislador interno la Decisión Marco a la hora de concretar legislativamente la ejecución interna del sistema. Se trata de la misma operación que efectuó la STC 177/2006 para un supuesto —aquél sí— de condena en rebeldía. Su interpretación suscita dudas desde la perspectiva de la sumisión judicial a la Ley salvo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, pero es acorde a la filosofía del tercer pilar y no está prohibida por el Derecho de la Unión, a la luz de la jurisprudencia María Pupino, en la medida en que no se permita a la autoridad de ejecución denegar la entrega por razones no admitidas en la Decisión Marco.

En efecto, en la STJCE de 16 de junio de 2005, caso María Pupino, C-105/2003, el Tribunal de Justicia se pronunció con carácter prejudicial, conforme al art. 35 UE, sobre la validez e interpretación de la Decisión marco 220/2001/JAI, de 15 de marzo y produjo una cierta “comunitarización” del tercer pilar. Aunque no acepta explícitamente que las Decisiones Marco adoptadas conforme al título VI del Tratado de la Unión Europea tengan, al menos en principio, efecto directo ni que sean Directivas comunitarias

en sentido estricto, las aproxima a ellas al afirmar el Tribunal de Justicia la procedencia del principio de interpretación conforme a las Decisiones Marco del Derecho nacional. “Al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Decisión marco y de esta forma atenerse al artículo 34 UE, apartado 2, letra b)” (STJCE María Pupino § 43).

8. La Sentencia de la que discrepo también parece intentar (FJ 4) una interpretación conjunta de la Ley nacional y de la Decisión Marco que podría encontrar apoyo —aunque, como se verá, solo aparente— en esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La Sentencia se detiene así (FJ 3, 4 párrafo) en la Decisión Marco 2002 y en la Ley 3/2003 y los interpreta en el sentido de condicionar la entrega a requisitos que no reconoce la Ley interna ni la propia Decisión Marco. La interpretación que se hace resulta más “disconforme” que “conforme” con la Decisión Marco. Y es que no se trata en este caso de la interpretación de la Decisión Marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (como acontecía en la Sentencia María Pupino) sino de buscar una interpretación adecuada al cumplimiento de los objetivos de la Decisión Marco. La interpretación que busca la Sentencia de la mayoría va en contra de la Ley 3/2003 —que no reconoce el condicionamiento de la entrega en supuestos de rebeldía— pero también en contra de la eficacia de la propia Decisión Marco 2002 en su redacción original.

9. En efecto, como ya ha quedado dicho, el solicitante de amparo fue citado personalmente en este caso y compareció por medio de su Abogado. No se trata, por ello, de una condena en rebeldía en sentido estricto sino de una condena en ausencia. A mi juicio la Decisión Marco 2002 diferenciaba ya —en el texto anterior a su modificación

por la Decisión Marco 2009/299/JAI— ambos casos y prohibía claramente (en su art. 5) condicionar la entrega en el último supuesto “si la persona afectada” hubiera “sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia”. Así lo confirma el nuevo art. 4 bis de la Decisión arco, en la redacción vigente desde el 28 de marzo de 2009, válido a efectos de interpretar la Decisión Marco anterior.

En conclusión, el amparo se ha concedido contra el tenor literal de la Ley 3/2003, que es la que ha aplicado correctamente la Audiencia Nacional y en una interpretación unilateral de la Decisión Marco efectuada con desconocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y sin haber elevado cuestión prejudicial al mismo conforme al art. 35 del Tratado de la Unión Europea. La Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero, que modifica la Decisión Marco 2002 y está en vigor, haría innecesario, en realidad, el planteamiento de cuestión prejudicial ya que despeja toda duda —si es que hubiera cabido— sobre el sentido contrario a la plena eficacia de las Decisiones Marco de la interpretación ofrecida por la Sentencia de la mayoría. La STJCE de 17 de julio de 2008, caso Szymon Kozłowski, § 43, dijo que dado el objeto de la Decisión Marco, que es crear un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas basado en el principio de reconocimiento mutuo, las autoridades judiciales de ejecución sólo pueden oponerse a la entrega en virtud de alguno de los motivos de denegación establecidos en la Decisión Marco. Por ello, en este caso, los términos rebeldía y ausencia han de tener “una definición uniforme por cuanto se refieren a conceptos autónomos del Derecho de la Unión”. “En la normativa nacional de adaptación los Estados miembros no tienen derecho a conferir a esos términos un alcance más amplio que el que se desprende de su interpretación uniforme”

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON PABLO PÉREZ
TREMPS A LA SENTENCIA DICTADA EN EL
RECURSO DE AMPARO NÚM. 4234-2007

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros de la Sala debo manifestar mi discrepancia con la presente decisión, discrepancia que alcanza a la premisa de la que parte, a su argumentación y a su fallo.

1. Comenzando por su punto de partida, la Sentencia arranca de la premisa sentada con claridad en la STC 91/2000, de 30 de marzo, en virtud de la cual cabe el control indirecto de decisiones judiciales extranjeras. Este control deriva del hecho de que la intervención de la autoridad judicial española que, de una manera u otra, convalide o ejecute una decisión judicial extranjera vulneradora de un derecho fundamental supone en sí misma una lesión de ese mismo derecho fundamental.

Ciertamente, el ámbito protegido mediante esta técnica de control indirecto se reduce al denominado en esa misma Sentencia y en otras posteriores “contenido absoluto” del derecho fundamental. Sin entrar ahora en las dificultades que comporta la determinación de ese denominado “contenido absoluto”, a algunas de las cuales ya se refirieron los Votos particulares formulados a la STC 91/2000, y aún aceptando a efectos dialécticos esa construcción, dicho control del “contenido absoluto”, en mi opinión, y como ya adelantara alguno de los Votos particulares referidos, no puede ejercitarse, en principio, respecto de decisiones judiciales de países miembros de la Unión Europea, como sucede en el presente caso. Los países miembros de la Unión Europea comparten una cultura de los derechos fundamentales, tal y como se deriva de su pertenencia a este ente supranacional (art. 49 en relación con el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea: TUE). Dicha cultura se ha elaborado y se sigue elaborando en su seno a través del parámetro común (art. 6.2 TUE) derivado de

diversos elementos: las previsiones normativas del Derecho comunitario, las tradiciones constitucionales comunes, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el sometimiento de todos esos países al sistema de protección y garantía que ofrece, en el seno del Consejo de Europa, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), y la tarea que a su amparo lleva a cabo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). En la cultura común de los derechos fundamentales en que ese entramado jurídico-institucional se enmarca, la equivalencia en la protección de esos derechos no se traduce, o no debe traducirse, en una mera equivalencia formal, sino también en la aceptación de la suficiencia de “las garantías sustanciales ofrecidas y [de] los mecanismos previstos para su control” (STEDH *Bosphorus c. Irlanda*, de 30 de junio de 2005, § 155), coronado en todo caso, como ya se ha indicado, por la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ese principio de equivalencia y de suficiencia en la protección resulta especialmente claro y exigible en el seno de la Unión Europea, que sólo adquiere sentido como proyecto político y jurídico sobre la base de la confianza legítima en las instituciones comunitarias y en los demás Estados miembros.

En definitiva, y por lo que ahora importa, un Estado, en principio, no pueden imponer a los demás su parámetro de protección de los derechos fundamentales, debiendo moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal. Además, y en todo caso, una hipotética lesión de derechos fundamentales en cualquiera de los Estados que se considera no reparada en él no debe esperar repararse en otro Estado sino que, por la propia lógica del Convenio europeo, exige acudir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisdicción, como se ha indicado, ha sido aceptada por todos esos Estados.

2. La confianza legítima recíproca en el sistema de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales cobra especial significado en un mecanismo jurídico como es el de la orden europea de detención y entrega (euroorden, en adelante), mecanismo inserto en la Cooperación Policial y Judicial y que arranca precisamente de la filosofía de que los Estados cooperan sobre la base de aceptar “el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal” (cdo. 2 de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, entre otras normas).

Lo anterior puede sufrir excepciones introducidas desde el propio Derecho supranacional. Esto nos conduce de lleno al presente recurso de amparo.

El ordenamiento supranacional puede, en efecto, establecer de forma expresa excepciones a la aceptación incondicionada de las actuaciones de otro Estado. Y así sucede, como recuerda la Sentencia, en el caso de la euroorden. En efecto, el art. 5.1 de la Decisión Marco en su redacción original vigente en el momento de producirse los hechos en los que trae su causa el presente amparo, y aún más claramente en el art. 4 bis introducido por la Decisión Marco 2009/299/JAI, hace posible condicionar la ejecución de una euroorden en los casos de condenas “en rebeldía” en el Estado emisor. En la redacción de 2002 la entrega puede estar “sujeta a la condición de que la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista”.

Este condicionamiento suscita diversas cuestiones jurídicas, al margen de la distinción entre los conceptos de “rebeldía” y “ausencia”.

3. La primera cuestión es la relativa a la posible insuficiencia de la norma comunitaria para la protección de las garantías procesales haciendo posible que ese dato de la condena en ausencia pueda en unos casos

comportar la inejecución de una euroorden y en otros casos no. Si, como entiende la mayoría, el no ser condenado en ausencia constituye una garantía esencial —sobre lo que se volverá luego— para no vulnerar su propio parámetro de protección común y uniforme de los derechos fundamentales la exigencia por parte del Derecho comunitario debería ser imperativa y no potestativa. Si, por el contrario, se entiende que no se trata de una garantía esencial, cabe dudar de que el régimen potestativo en función del ordenamiento de ejecución fuera compatible con el principio de igualdad de los ciudadanos comunitarios (art. 12 TCE) y con el más genérico predicado de “cualquier persona” (art. 20 Carta de Niza). Ello, en su caso, correspondería depurarlo al propio ordenamiento comunitario, contando con la colaboración de los tribunales nacionales, incluidos los tribunales constitucionales, cuando concurrieran las condiciones materiales y procesales del art. 35 TUE, aceptadas por España (disposición adicional única de la Ley Orgánica 7/1998, de 16 de diciembre). Si el Tribunal Constitucional entiende, como ha hecho, que la condena en ausencia supone siempre una lesión del “contenido absoluto” de las garantías procesales y, por tanto, imposibilita la entrega, debiera haberlo planteado al Tribunal de Justicia a través de una cuestión prejudicial de validez para que éste apreciara que la Decisión Marco vulnera el correspondiente derecho fundamental. Lo que no puede la autoridad nacional, en este caso el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales al seguir su doctrina, es incumplir una obligación impuesta por el Derecho comunitario, incumplimiento imputable a España y que puede generar la correspondiente responsabilidad frente a las instituciones comunitarias y al resto de los Estados, según la doctrina fijada en las SSTJCE de 30 de septiembre de 2003 (asunto Köbler C-224/01) y de 13 de junio de 2006 (asunto Traghetti del Mediterraneo C-173/03).

4. Obviando, incluso, los obstáculos que pudieran darse en el seno del ordena-

miento comunitario y entrando de lleno en el ordenamiento español, si se acepta la validez y la suficiencia de la posibilidad de control abierta por el art. 5.1 de la Decisión Marco en la redacción de 2002, no resulta claro que el juicio lógico y en su caso jurídico que abriría la posibilidad de control de la existencia de una condena en ausencia en el estado emisor encuentre base legal en España. En efecto, como también recuerda la Sentencia, la Ley 3/2003, de 14 de marzo, que da cumplimiento a la Decisión Marco 2002/584/JAI, no ha acogido ese posible control. No obstante, ya la STC 177/2006, de 5 de junio, FJ 7, entendió que ese silencio no impedía que el control debiera ejercitarse por la autoridad judicial española como “autoridad de ejecución”.

Pero esa supuesta habilitación *praeter legem* no deja de suscitar, también, dudas jurídicas. En efecto, es dudoso que una medida restrictiva de la ejecución de las euroórdenes pueda adoptarse sin previsión legal, máxime si se tiene en cuenta que, como recuerda la exposición de motivos de la Ley 3/2003, los motivos por los que puede rechazarse o condicionarse la ejecución de una euroorden son “tasados”. En un mecanismo de esta naturaleza, confiar la eficacia de una garantía sólo y exclusivamente al “buen hacer” del juez no deja de responder a un cierto “voluntarismo jurídico”, que, en una materia con una intensa vigencia del principio de legalidad, resulta constitucionalmente insuficiente. Si el ordenamiento español hubiera querido usar la posibilidad que ofrecía en su redacción original la Decisión Marco en su art. 5.1, el legislador debió preverlo expresamente habilitando al juez a realizar el control que ello comporta: considerando que la imposibilidad de condenas en ausencia es una parte del “contenido absoluto” de las garantías del proceso justo, como ya el Tribunal había hecho desde la citada STC 61/2000, el legislador debió preverlo y al no hacerlo, no sólo ignoró la jurisprudencia constitucional, sino que vulneró él mismo por omisión el art. 24.2 CE en la

Ley 3/2003. Por tanto, en este caso, el Tribunal, al entender que la apreciación del alcance de la lesión procesal se circunscribe al Derecho interno, debería haber hecho uso del art. 55.2 LOTC planteando la cuestión interna de inconstitucionalidad de la Ley 3/2003 ya que se daban todas las exigencias procesales para ello.

5. Dando un paso más, aunque se superen las anteriores dificultades, como ha hecho la decisión mayoritaria, hay que entrar en el juicio material objeto del recurso, juicio que se sintetiza así: en el presente caso, ¿la ejecución de la euroorden por parte de la Audiencia Nacional supone una lesión del art. 24.2 CE?

También en este punto discrepo del razonamiento seguido por la mayoría y de la conclusión a la que llega la Sentencia al entender que se ha vulnerado el citado precepto. El Auto impugnado concluía, y así justificó el rechazo de las pretensiones del recurrente en amparo, entre otras razones, que “la autoridad judicial rumana emisora ha explicado conforme al formulario único aceptado por todos los Estados miembros de la Unión, que el reclamado no fue juzgado en rebeldía, sino que fue citado y compareció por medio de su representante”, añadiendo además que, en relación con la ausencia, nada se denunció ni en apelación ni en casación en Rumania, a lo que aún cabría añadir que no se realizó denuncia alguna ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a cuya jurisdicción se encuentra sometida Rumania.

6. Aunque tenga una cierta complicación técnico-procesal, existe una cierta contradicción en no exigir en estos casos del respeto al contenido absoluto de los derechos fundamentales la invocación y el agotamiento de todos los mecanismos de reparación de lesiones de derechos hábiles para ello cuando dichas exigencias sí se despliegan en el ámbito interno dada la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, con reflejo legal, por lo que ahora importa, en el art. 44.1.a) y c) LOTC. No creo, por otra parte,

que el principio de subsidiariedad pueda sortearse mediante el mecanismo formal consistente en que, al entender que el acto formalmente recurrido en amparo es la decisión judicial interna, no deban exigirse la invocación, en especial ésta, y el agotamiento de todos los instrumentos hábiles para la reparación de la supuesta lesión de derechos. La Audiencia Nacional, a mi juicio correctamente, utiliza como uno de los argumentos para denegar la pretensión del actor y ejecutar la euroorden, la falta de invocación de la lesión en sede interna en Rumania, defecto que debe proyectarse también en el recurso de amparo ya que no se denunció la lesión tan pronto como hubo ocasión para ello.

7. Sorteando estas pegas procesales, es la respuesta sustancial dada por la Audiencia Nacional la que debe valorarse a la luz del denominado “contenido absoluto” de la garantía procesal en juego. Siguiendo la propia sistemática de la construcción hecha en la STC 91/2000, la determinación del contenido absoluto no debe realizarse a partir del parámetro interno de protección de los Derechos Fundamentales: “Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal; pero, en modo alguno podrían tenerla las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia” (STC 91/2000, FJ 8); el “contenido absoluto” es un concepto más restringido que debe determinarse básicamente, según la propia STC 91/2000 (FJ 7) y así lo recuerda la presente Sentencia, a partir de dos fuentes: los tratados y convenios internacionales suscritos por España (art. 10.2 CE) y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en especial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fuente de interpretación “privilegiada” (STC 64/1991), en este caso del art. 24.2 CE, con “singular valor interpretativo” (STC 50/1989).

8. Pues bien, no existen previsiones normativas internacionales que se refieran

al tema de la condena en ausencia. Para ser más preciso, la norma que aborda esta cuestión es la citada Decisión Marco 2002/584. En el momento en el que se cursó la euroorden, como se ha visto, se limitaba en su art. 5 a permitir condicionar la entrega en el caso de que hubiera condena en “rebeldía”, pero no definía ésta. En la redacción actual dada por la Decisión Marco 2009/299, sin embargo, contempla expresamente como un supuesto en el que no cabe rechazar la entrega cuando el imputado “teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo...”. Podrá decirse, con razón, que esta norma no existía en el momento en el que se produjeron los hechos, pero ello no impide que, en la pura lógica metodológica de la STC 91/2000, aunque no pueda utilizarse el contenido actual como norma imperativa para aquel momento, sí puede usarse como criterio interpretativo del art. 24.2 CE, de acuerdo con el art. 10.2 CE, y en cuyo ámbito hay que incluir el Derecho comunitario (STC 145/ 1991, entre las primeras). Por lo demás hay que recordar que la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido que “el carácter vinculante de las decisiones marco supone para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos jurisdiccionales, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional” (STJCE de 11 de junio de 2005, as. María Pupino, § 34).

9. Además, yendo a la segunda fuente hermenéutica, lo que la mayoría considera como línea jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no lo es. En efecto, éste, en asuntos similares al presente, ha entendido que condenas en ausencia no son per se contrarias al art. 6 CEDH (STEDH Gran Sala Sejdovic c. Italia, de 1 de marzo de 2009, § 82 y ss. y Sentencias allí citadas).

Y es que, en efecto, una cosa es que la presencia del acusado en el juicio sea un derecho básico de éste y que también lo sea la asistencia de Abogado, y otra es que se in-

frinjan el art. 6 CEDH y el art. 24.2 CE cuando el acusado, debidamente emplazado, constando dicho emplazamiento, decida libremente renunciar a su presencia, apoderando al Abogado para su defensa en las distintas instancias. Esto es lo que aquí sucedió, tal y como consta en las actuaciones y ha quedado acreditado como hecho probado en el Auto de la Audiencia Nacional recurrido.

En conclusión, el art. 24.2 CE no puede servir de cobertura para considerar que la Audiencia Nacional ha vulnerado el “contenido absoluto” de la garantía a no ser condenado en ausencia, tal y como el propio Tribunal Constitucional ha concluido que debe

determinarse el alcance de esa, ya de por sí cuestionable, categoría jurídica.

Estos son los motivos por los que discrepo de los fundamentos y del fallo de la presente Sentencia. En mi opinión, y a la vista de lo expuesto, el presente recurso de amparo debería haber sido remitido al Pleno para que éste: a) planteara la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; b) planteara, subsidiariamente, cuestión interna de inconstitucionalidad; y c) subsidiariamente aún, llegara a un fallo desestimatorio por no existir lesión del art. 24.2 CE.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, del TS de 27 de octubre de 2009

Asunto: Facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil [alcance del art. 189.1.b) del Código Penal].

Acuerdo:

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 descargar los archivos.

Sentencia 556/2009, Sala de lo Penal del TS, de 16 de marzo de 2009

ESTAFA

Art. 250.1.4.º CE

Ponente: Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez

SÍNTESIS

Se aplica el criterio adoptado en el Acuerdo de Sala de 31 de marzo de 2009 (recogido en el núm. 28 de la Revista de Derecho Penal) en el sentido de que la utilización de las claves bancarias de otro no es “firma”, a los efectos de apreciar la circunstancia agravante prevista en el número 4 del artículo 250.1 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

8. En el motivo quinto, deducido al amparo del art. 849.1.º LECrim., se denuncia la indebida aplicación del art. 250.1.4.º CP.

La Audiencia delimita la aplicación de ese número 4.º en que la clave de acceso a la cuenta y de validación de operaciones tiene la condición de firma, si es utilizada por tercera persona sin que la titular haya ordenado la realización de operación alguna. Y se apoya para ello en que, dentro del contrato de banca a distancia para particulares concertado entre Banesto y Fátima se hace constar que “la utilización de las claves de acceso y la validación de la operación, sustituirán a su firma manuscrita y producirán plenos efectos jurídicos, asumiendo plenamente como propia y respondiendo de dicha operativa frente al Banco sin que éste deba

hacer comprobaciones adicionales sobre la identidad del ordenante”.

Planteada la cuestión ante el Pleno no Jurisdiccional de esta sala, el 13-3-2009 se concluyó que, a los efectos del art. 250.1.4.º CP, la utilización de las claves bancarias de otro no es firma.

Para tal conclusión se ha tomado en cuenta que nuestro sistema proscribía una interpretación extensiva o una aplicación analógica de las normas penales en contra del reo, sirviéndose de un contrato privado.

Además, si se acudiera a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre firma electrónica, sólo la modalidad denominada avanzada reconocida, a que se refiere el art. 3.3 y 4, presentaría equivalencia con la firma manuscrita, y las características de tal modalidad no aparecen en el *factum*.

Sentencia 541/2009, Sala de lo Penal del TS, de 27 de abril de 2009

FALSEDADES ATÍPICAS POR INOCUAS

Arts. 390, 395 y 458 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater**

SÍNTESIS

El carácter inocuo de la falsedad, que lleva a la conclusión de la atipicidad en relación al delito de falsificación de documentos, debe extenderse al de falso testimonio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

La cuestión planteada en el primer motivo y reiterada en los restantes con técnica imprecisa y ocasionalmente improcedente,

consiste en establecer si unas facturas, que “respondían en concepto y precio de mercado” a las obras realizadas, que fueron emitidas por el acusado, a instancias del otro encausado, implican la realización del tipo del delito del art. 395 CP por el hecho de que, en realidad, las obras facturadas no han sido

llevadas a cabo por el emitente, sino por otra persona, que nada reclama.

El Ministerio Fiscal apoyó el motivo basándose en la jurisprudencia de esta Sala que no considera típica respecto del art. 395 y 390 las alteraciones inocuas de un documento. La doctrina jurisprudencial —anterior, sin embargo, al texto legal vigente— tiene actualmente su fundamento en propio texto del art. 390.1.1.º CP, en el que se requiere que la alteración recaiga en un elemento esencial del documento. Ello presupone que el legislador de 1995, siguiendo los criterios jurisprudenciales, ha despejado toda duda respecto del objeto de protección de los delitos de falsedad documental es el medio de prueba que los documentos corporizan.

En diversos precedentes la jurisprudencia ha proporcionado criterios para determinar qué elementos de un documento son esenciales, remitiéndose en tal sentido a las funciones del documento, es decir, a la función de perpetuación, de garantía y probatoria del mismo. Como es lógico estas funciones del documento dependen, en cierta medida, del objeto del proceso en el cual son presentados como prueba.

La sentencia recurrida no ha explicado suficientemente en los hechos probados, como hubiera correspondido, el objeto del juicio en el que se presentaron los documentos que motivan la presente causa. Por tal razón la Sala se ha visto en la necesidad de recurrir a las facultades que le acuerda el art. 899 LECrim para comprobar el objeto del juicio en el que los documentos fueron aportados como prueba. Así se comprueba que al folio 3 vto. de las actuaciones de la instrucción, los querellantes dicen que “el motivo fundador de la demanda rectora (sic) del procedimiento” fue “la indebida repercusión a los aquí querellantes” (...) “de una serie de obras y conceptos extraños a los propiamente dichos servicios y suministros”.

En consecuencia, la tesis del Fiscal puede ser acogida, porque del objeto del proceso civil surge que los documentos no tenían la

función de probar lo que no se discutía en el juicio. Dicho de otra manera: el recurrente hizo emitir al otro acusado facturas que no tenían la función de establecer la autoría de las obras, sino la de demostrar que las obras se habían realizado y por un determinado coste, sin perjuicio del ejecutor de las mismas.

Por estas razones, al no haber sido alterada la función probatoria del documento ni ninguna de las otras funciones del mismo, el hecho no se subsume bajo el tipo del art. 395 CP.

(...)

Segundo.—El segundo motivo del recurso denuncia la aplicación indebida del art. 458 CP. El recurrente sostiene que “ningún falso testimonio se produjo en la declaración prestada por D. Jenaro en la causa civil en la que depuso como testigo, pues como la propia sentencia [recurrida] recoge como probado, los presupuestos y facturas por él emitidos responden a unas obras efectivamente realizadas y por unos costes ajustados al mercado”.

El motivo debe ser estimado.

El recurrente viene a sostener, en la argumentación de su recurso, la validez de la tesis de las falsedades inocuas respecto del delito de falso testimonio. Alega, en suma, que la conducta de un testigo, cuyas declaraciones mendaces sólo recaen sobre circunstancias irrelevantes para la prueba de los hechos que son objeto del proceso, no pueden ser subsumidas bajo el tipo del art. 458.1.º CP. El Ministerio Fiscal estima que el criterio mencionado no es aplicable al delito de falso testimonio, en el que la trascendencia probatoria de la mendacidad debe ser irrelevante.

El punto de vista de vista contrario, sostenido por el Ministerio Fiscal, se apoya en la concepción del delito de falso testimonio como un delito de pura actividad, que no requiere ni resultado ni peligro de que el mismo se produzca. Sin embargo, desde el punto de vista del merecimiento de pena de conductas de pura desobediencia, la men-

cionada concepción del delito resulta difícil de armonizar con la teoría de las falsedades inocuas. Sería contradictorio que la misma mentira, irrelevante en todo caso para la resolución del proceso, no fuera punible cuando se trata de la prueba documental, pero lo fuera cuando se trate de otro medio de prueba, es decir, cuando el autor declara como testigo.

Es necesario considerar, en primer lugar, que la jurisprudencia en la que se apoya el Fiscal respecto del 458.1.º CP y el tenor del texto del mismo no impiden excluir del tipo penal los casos en los que la mendacidad recaiga sobre circunstancias ajenas al objeto del proceso. Esta sería una consecuencia de la interpretación teleológica del mencionado artículo, que tenga en cuenta que el delito del art. 458.1.º CP no está configurado como un delito de perjurio, sino como un delito que afecta a la administración de justicia. En efecto, la protección de la administración de justicia mediante las normas que prohíben el falso testimonio sólo tienen la finalidad de garantizar, como las que sancionan las falsedades documentales, la fiabilidad de la prueba en la que se apoyará la decisión contenida en la sentencia. La mentira sobre circunstancias ajenas al objeto del proceso, por lo tanto, no revelan una energía criminal del autor dirigida a perjudicar la función de la administración de justicia y, por consiguiente, no alcanzan el grado de reproche que requiere el derecho penal.

Asimismo, el argumento referido al falso testimonio como delito de pura actividad, no alcanza a probar lo contrario. En efecto, tampoco el delito del art. 395 CP no requiere un resultado de perjuicio, sino solamente el propósito de perjudicar. Ni siquiera es preciso, según el texto legal, el uso del documento, que constituye una conducta independientemente descrita en el tipo penal del art. 396 CP.

En segundo lugar, en las circunstancias del presente caso, independientemente del valor probatorio de las manifestaciones del testigo y del objeto sobre el que ellas hayan recaído, el autor de las afirmaciones documentadas estaba amparado al prestar declaración por el principio constitucional que lo exime de declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE). Si el acusado hubiera reconocido haberse consignado en las facturas, en todo lo demás veraces, como ejecutor de las obras se hubiera puesto en peligro de ser condenado penalmente, como lo demuestra la propia sentencia recurrida. Se trata, en consecuencia de un conflicto entre un deber y un derecho, que se debe resolver con los criterios del estado de necesidad, es decir recurriendo a la ponderación de los deberes, estimando, por lo tanto, excluida la antijuricidad cuando el derecho ejercido tiene mayor jerarquía normativa que el deber infringido. La mayor jerarquía normativa del derecho fundamental no es discutible.

Sentencia 494/2009, Sala de lo Penal del TS, de 7 de mayo de 2009

PRINCIPIO ACUSATORIO. CONCURSO MEDIAL

Arts. 24 CE; 733 LECrim.; 76 y 77 Código Penal

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

SÍNTESIS

Vulneración del principio acusatorio a consecuencia de la imposición de una pena mayor de la solicitada por las acusaciones, que era la proceden-

te, aplicando erróneamente las previsiones del concurso medial. Se reproduce, asimismo, el voto particular que considera igualmente vulnerado el principio acusatorio al haberse introducido en la sentencia una cuestión nueva (la aplicación del concurso medial) que desbordaba los términos del inicial debate u objeto del proceso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—La sentencia impugnada condena al recurrente por delitos de allanamiento de morada, robo con intimidación y detención ilegal a varias penas correspondientes a los delitos objeto de la acusación. Tiene singular importancia para la resolución de la impugnación señalar que en el escrito de acusación pública, al que mostraron su conformidad las acusaciones particulares que ejercitaron la acción penal, se formuló una petición de pena correspondiente a cada delito, siendo la petición más grave la de tres años, lo que adquiere relevancia en la aplicación del art. 76 del Código Penal, esto es, el señalamiento de un máximo de cumplimiento efectivo de la condena del responsable de varios delitos que se enjuician en la misma sentencia, sin perjuicio de que ese límite actúe también respecto a hechos que hubieran podido ser enjuicados conjuntamente de acuerdo a las previsiones del art. 988 de la Ley procesal penal y la interpretación jurisprudencial en materia de acumulaciones. En este caso se trataría de una situación de acumulación de las penas impuestas por distintos delitos en la misma sentencia y el máximo de cumplimiento, conforme al art. 76.1 del Código Penal, sería el de nueve años el triplo de la máxima. La defensa del imputado, en el juicio oral, mostró su conformidad con los hechos y delitos objeto de las acusaciones.

No obstante esas previsiones, el tribunal de instancia en la sentencia objeto de la casación declara que el régimen concursal de los delitos objeto de la acusación es el de las reglas del concurso medial y en su aplica-

ción, condena a una pena única por cada grupo de delitos imputados. En consecuencia, el triplo de la pena más grave, por aplicación del art. 77, supone una pena mayor que la resultante de la calificación de la acusación con la que se conformó la defensa.

Este hecho, la imposición de una pena que excede de la pretensión punitiva de las acusaciones respecto a la consideración de delito más grave a los efectos de la acumulación del art. 76.1 del Código, la denominada acumulación jurídica, es el objeto de la presente casación que se articula sobre tres motivos. En el primero denuncia el quebrantamiento de forma del art. 851.4, por la imposición de una pena superior a la solicitada por las acusaciones sin proveer conforme se regula en el art. 733 LECrim. En el segundo, la vulneración del principio acusatorio. En el tercero, el error de derecho por aplicación indebida de las reglas que regulan el concurso medial, el art. 77.2 CP, pues la imposición de una pena, la correspondiente al delito más grave en su mitad superior, es más perjudicial que la imposición de la pena por separado. Este último extremo es objeto del apoyo del Ministerio fiscal que teniendo en cuenta la previsión penológica del art. 76.2 del Código entiende ser más favorable la punición por separado de los delitos concurrentes y castigar esa concurrencia de acuerdo a la pena acumulada resultante del triplo de la más grave de las penas por los delitos en concurso. En este sentido, solicita la estimación de la impugnación para imponer una pena de acuerdo a su escrito de calificación, a la que se adhirieron las otras acusaciones y la defensa del imputado.

Procede un análisis conjunto de la impugnación que será estimada. Las acusaciones formularon su escrito de acusación con expresión de los delitos y de las penas instadas y las mismas se corresponden con las previsiones del Código Penal, es decir no se produjo ningún error en la petición de la consecuencia jurídica solicitada por los delitos objeto de la acusación. En el escrito de las acusaciones se plantea la concurrencia de las distintas conductas delictivas y en la pretensión de pena que se insta la acusación plantea la punición por separado de las conductas, bien por entender que el régimen de concurso era real, bien porque aún entendiéndose que fuera ideal, como la sentencia mantiene, la especial previsión del art. 76.1 del Código, la acumulación jurídica que determina como máximo de cumplimiento el triple de la más grave, era más favorable la punición por separada de cada delito que la previsión penológica del art. 77.2 en su primer apartado, la del delito más grave en su mitad superior, toda vez que, dada la concurrencia de penas, el máximo de cumplimiento sería el de su triple.

Esta Sala, en reuniones del Pleno no jurisdiccional de fechas, 20 de diciembre de 2006 y 27 de noviembre de 2007, acordó

que “el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”. Acuerdo que se complementa con una previsión referida a los errores en las petición de pena por las acusaciones, las cuales serán subsanadas actuando el principio de legalidad. En el presente supuesto de la casación, la pretensión de pena era adecuada a la previsión legislativa para estos supuestos de concurrencia, en los términos anteriormente señalados, por lo que el tribunal de instancia no podía extravasar la pretensión de penal instada desde las acusaciones.

El tribunal de instancia, sin plantear la tesis del art. 733 de la Ley procesal, impuso una pena mayor de la solicitada por las acusaciones, que era procedente, y aplicó erróneamente las previsiones del concurso ideal, pues la punición de los delitos por separado era más beneficiosa que la resultante del delito más grave en su mitad superior. En consecuencia el motivo será estimado, dictando segunda sentencia en la que se condene al recurrente en los términos de los escritos de acusación a los que su defensa se conformó.

(...)

Sentencia 543/2009, Sala de lo Penal del TS, de 12 de mayo de 2009

ASESINATO CON DOLO EVENTUAL. DESISTIMIENTO VOLUNTARIO

Arts. 16 y 139 Código Penal

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

SÍNTESIS

De las cuestiones planteadas y resueltas en la sentencia, extractamos las relativas a la separación entre dolo eventual y culpa consciente, la compatibilidad entre la admisión de dolo eventual y la caracterización del hecho

como asesinato y la determinación del carácter “voluntario” del desistimiento en la tentativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

3. La doctrina de esta Sala sobre el dolo eventual ha sido resumida en reciente Sentencia 706/2008 de 11 de noviembre y en Sentencia 181/2009 de 23 de febrero en los siguientes términos:

En el dolo eventual la realización de los elementos del tipo —en este caso la muerte de una persona— es considerada o percibida por el sujeto como un resultado de producción posible junto a la consecución del fin propuesto, de modo tal que queda abarcado por lo querido aquello mismo que el autor asume. Más exactamente concurre dolo eventual cuando el sujeto, conociendo la probabilidad de producción de los elementos de otro tipo delictivo —distinto de aquél que pretende cometer—, pese a ello actúa, asumiéndolos junto a la consecución del fin propuesto.

La distinción entonces con la culpa consciente o culpa con representación exige introducir un criterio diferenciador, que permita separar los límites de uno y otra.

A) Para la teoría del consentimiento o de la aceptación en el dolo eventual el sujeto aunque no persigue la realización del hecho típico como un fin, ni lo acepta como de necesario advenimiento junto a la consecución del objetivo propuesto, sí “consiente”, “acepta”, “asume” o “se conforma” —según la terminología de los distintos autores— con su eventual producción; mientras que en la culpa consciente el sujeto la rechaza, no se conforma con ello o confía en su no realización. La fórmula para discernir uno u otro supuesto sería no un juicio hipotético de lo

que hubiese hecho el sujeto de conocer anticipadamente la certeza del resultado, sino el que atiende a la actuación concreta observada por el sujeto, una vez se ha representado lo eventualmente acaecible: si actuó a toda costa independientemente de la ocurrencia del evento típico hay dolo, pero si actuó tratando de eludir su ocurrencia habría imprudencia consciente.

B) Para la teoría de la probabilidad, el dolo eventual no requiere ningún elemento volitivo sino sólo el intelectual o cognoscitivo de la representación del resultado típico como acaecimiento eventual, de modo que si el sujeto actúa considerando ese resultado, no solo como posible sino además como probable, es decir con determinado grado elevado de posibilidad, lo hará con dolo eventual, y si sólo lo considera meramente posible pero improbable, actuará con culpa consciente o con representación, entendiéndose como probabilidad algo más que la mera posibilidad aunque menos que probabilidad predominante.

C) Aunque la doctrina de esta Sala ha seguido una y otra teoría en distintos momentos de su evolución, actualmente su posición es favorable a una postura ecléctica. En efecto, por una parte, una vez adoptada para la caracterización del tipo objetivo la teoría de la imputación objetiva y ser condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo el que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado, obrará consecuentemente con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido entonces el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Pero por otra parte quien actúa, no obstante tal conocimiento, asume con su de-

cisión la producción del resultado, pues en definitiva la aceptación de éste se encuentra implícita en el hecho de haber preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias. Como señala la Sentencia de 17 de octubre de 2001 “no se rompe del todo con la teoría del consentimiento aunque se atenúen sus exigencias al darlo por presunto desde el momento que el autor actúa conociendo los peligros de su acción”.

La posición ecléctica de esta Sala conjuga la tesis de la probabilidad con la del consentimiento considerando que el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la alta probabilidad o riesgo serio y elevado de producción del resultado, que su acción contiene, y además que se conforme, asuma, o acepte esa eventualidad decidiendo ejecutar la acción.

Esta orientación ecléctica ha sido recogida en numerosas Sentencias como la de 10 de febrero de 1998, 14 de mayo de 1998, 21 de junio de 1999, 21 de octubre de 2002, 24 de mayo de 2004 y 28 de febrero de 2005 entre otras”.

(...)

Tercero.—(...)

1. La alevosía, que cualifica el asesinato respecto al tipo genérico del homicidio, existe cuando el sujeto emplea en su ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido (art. 22.1.º del CP). La doctrina de esta Sala viene caracterizándola:

A) Por su carácter mixto, y en tal sentido la Sentencia 155/2005, de 15 de febrero, subraya que aunque tiene una dimensión predominantemente objetiva, incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida

conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal, de modo que al lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad, lo que conduce a su consideración como mixta. Y en análogo sentido la Sentencia 464/2005 de 13 de abril, entre otras muchas.

B) Con esa doble dimensión que la convierte en mixta el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos está en la idea de falta de defensa, esto es de la anulación deliberada de la defensa de la víctima (SS 864/97, 13 de junio; 821/98, 9 de junio; 472/2002, 14 de febrero; y 730/2002, de 2 de noviembre). Su esencia se encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión cuyos orígenes son indiferentes (SS 1031/03, 8 de septiembre; 1214/03, 26 de septiembre; 1265/04, 29 de noviembre), lo que significa que no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone (SS 1464/03, 4 de noviembre; 1567/03, 25 de noviembre; 58/04, 26 de enero; 1338/04, 22 de noviembre; 1378/04, 29 de noviembre).

C) Las tres formas que puede adoptar esa idea esencial de la indefensión son: 1) la alevosía proditoria o traicionera, como trampa, celada, emboscada o traición. En ella se abusa de la confianza o de una situación confiada en la que el sujeto pasivo no teme una agresión como la efectuada (S 82/05, 28 de enero; 133/05, 7 de febrero); 2) La alevosía sorpresiva consistente en una actuación súbita, repentina o fulgurante, que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Esta modalidad es apreciable en los ataques rápidos y sin previo aviso (S. 1031/03, 8 de septiembre; 1265/04, 2 de noviembre); 3) La alevosía por desvalimiento, en la que el sujeto

busca o se aprovecha de las personales características o de la especial situación en que se encuentra la víctima, muy disminuida en sus posibilidades de defensa (niños, ancianos, inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc.).

D) Acerca de la indefensión que en cualquiera de las tres formas está presente en la alevosía, se ha de destacar que su apreciación no requiere que su eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados, y la tendencia a conseguir su eliminación (S 505/04, 21 de abril), lo que supone que la alevosía no se excluye en casos de intento de defensa, cuando es funcionalmente imposible, y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro.

(...)

b) No es obstáculo que la muerte lo fuese con dolo eventual: esta Sala se pronunció por la incompatibilidad con la alevosía en algunas Sentencias como las Sentencias 1245/95 de 5 de diciembre, 219/96, de 15 de marzo; 1043/96 de 19 de diciembre y 861/97 de 11 de junio. Posteriormente sin embargo ha consolidado la doctrina de la compatibilidad entre la intención dolosa meramente eventual y la alevosía: concretamente la Sentencia 466/2007 de 24 de mayo citada por la acusación particular en su recurso declara que la incompatibilidad entre alevosía y dolo eventual ya no es el criterio que viene manteniendo reiteradamente la más reciente jurisprudencia de esta Sala. Y añade, con referencia a Sentencias anteriores que en la Sentencia 119/2004, de 2 de febrero se declara que no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima —aseguramiento de la ejecución— y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabi-

lidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados.

En esa misma línea se pronuncian las Sentencias 415/2004, de 25 de marzo, 514/2004, de 19 de abril y 653/2004 24 de mayo. Esta última declara que de los hechos probados no se deduce con racional certeza la intención directa de matar, pero se infiere con lógica que el acusado conocía suficientemente el grandísimo peligro generado por su acción, que ponía en grave riesgo la vida de dos personas, prefiriendo de manera consciente la ejecución peligrosa del incendio a la evitación de sus posibles consecuencias, y añade que la agravante específica de alevosía, 1.ª del artículo 139 del Código Penal, es compatible con el dolo eventual, de acuerdo con una jurisprudencia amplia y constante de esta Sala sostenida por sentencias recientes, aunque la cuestión es ardua y ha sido debatida y cuestionada en algunos pronunciamientos de la propia Sala. Ha afirmado la compatibilidad, entre otras, las sentencias 2615/93 de 20 de diciembre, 975/96 de 21 de enero de 1997, 1006/99 de 21 de junio, 1011/2001 de 4 de junio, 1804/2002 de 31 de octubre y 71/2003 de 20 de enero, citando las dos últimas a las cuatro primeras. En la misma línea la sentencia 1010/2002 de 3 de junio estableció que “en el delito de asesinato alevoso el dolo eventual respecto del resultado es suficiente para la realización del tipo” (FJ 2.º). La definición legal de la alevosía, tanto en el Código actual como en el derogado, hace referencia a asegurar la indefensión como recordaba la sentencia citada de 21 de junio de 1999 que estimó la existencia de la agravante con independencia de que el autor tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara como consecuencia de su acción.

Y en la más reciente sentencia 1007/2006, de 10 de octubre, igualmente se pronuncia por la compatibilidad.

(...)

Quinto.—(...)

1. Varios son, como recuerda la Sentencia de esta Sala 197/2000 de 16 de febrero, los criterios doctrinales propuestos para delimitar la voluntariedad en el desistimiento;

a) La concepción que va más lejos toma en cuenta la “posibilidad de la consumación de la acción típica concretamente iniciada”; de modo que la impunidad sólo sería descartada en la medida en que el hecho en el peor de los casos resultara no realizable. Sólo en este caso podría hablarse de tentativa, en tanto que resultarían supuestos de voluntario desistimiento aquéllos en que, siendo posible en términos objetivos la consumación, optara el sujeto por interrumpir la acción típica cualquiera que fuese el motivo o la razón de ese apartamiento del impulso delictivo.

b) El otro extremo lo brinda la concepción según la cual lo que debe tomarse en cuenta es la “cualidad moral del impulso del desistimiento” sobreacentuado así el punto de vista del “mérito” de éste.

c) Entre uno y otro se sitúa el sector doctrinal que estima suficiente, para valorar la voluntariedad, que el desistimiento resulte de motivos totalmente autónomos, es decir sin que surja por medio una transformación de la situación, y únicamente en base a la reflexión interior del sujeto; en tal sentido esta Sala ha declarado en Sentencia de 9 de marzo de 1999, que el desistimiento voluntario se produce por la interrupción que el autor realiza “por obra de su espontánea y propia voluntad del proceso dinámico del delito, evitando así su culminación o perfección” (sentencia de 21 de diciembre de 1983), y que no es libre cuando el autor renuncia a su propósito a causa de la aparición de impedimentos con los que no contaba, y aunque estos puedan ser absolutos o relativos en ambos casos debe excluirse en principio la hipótesis del desistimiento voluntario (Sentencias de 7 de diciembre de 1977; 6 de octubre de 1988; 8 de octubre de 1991; 9

de junio de 1992). En análogo sentido la Sentencia de 25 de junio de 1999 reitera la doctrina de la Sentencia de 19 de octubre de 1996, declarando ineficaz el desistimiento si éste viene impuesto por circunstancias independientes de la libre determinación del sujeto, debiendo ser la interrupción, para que conlleve la exclusión de la tipicidad, la consecuencia de su propia, personal y espontánea conciencia, y por lo tanto ajena a cualquier motivación exterior.

d) Esta doctrina sin embargo no puede aplicarse en términos tan absolutos que lleve a rechazar la voluntariedad del desistimiento en todo supuesto en que el abandono de la acción típica no derive exclusivamente de la íntima y pura reflexión, sin conexión alguna con la percepción de la situación objetiva, pues es preciso reconocer que, por lo general, en la capitulación frente a pequeños escollos se expresan las carencias de la decisión de un autor al que no debería cerrársele el camino del regreso; y como dijo esta Sala en Sentencia de 10 de julio de 1999 “en un plano subjetivo y por tanto más cercano al principio de culpabilidad lo relevante a los efectos de eximir de la pena es constatar que con su conducta el sujeto ha demostrado que su propósito criminal no era suficientemente fuerte o intenso, por lo que la pena no se presenta como una opción necesaria, ni desde el punto de vista de la prevención general ni mucho menos desde la prevención especial”. En conclusión: será correcto excluir el privilegio del desistimiento solamente cuando las desventajas o peligros vinculados a la continuación del hecho aparecen ante los ojos del autor como desproporcionadamente graves comparados con las ventajas que procura obtener, de tal manera que sería evidentemente irrazonable asumirlas.

2. De este modo puede afirmarse:

a) Que pertenecen a la órbita de la tentativa punible los supuestos en que la renuncia a continuar la iniciada ejecución del delito, responde a la objetiva imposibilidad sobrevinida de continuar con la acción, o a la

creencia de que ya no es objetivamente posible consumarla (tentativa fracasada), o cuando el sujeto pudiendo culminar la acción típica se abstiene de hacerlo al percibir que de ello se seguirían para él consecuencias tan gravemente perjudiciales que racionalmente no puede aceptarlas.

b) Pertenecen al ámbito del desistimiento voluntario los supuestos en que, siendo posible objetivamente continuar la acción iniciada, decide el sujeto abandonar el proyecto criminal bien por motivos autónomos e independientes de las circunstancias concurrentes —sean o no esos motivos

éticamente valiosos— o bien por la percepción de un riesgo que sería razonablemente asumible o aceptable en comparación con las ventajas que obtendría de la prosecución de la acción, pues tal proceder “irrazonable” desde la perspectiva de la lógica criminal justifica que el orden jurídico recompense la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente. De ahí que se haya dicho que el criterio de valoración decisivo radica en que el desistimiento sea expresión de una voluntad —sea cual fuere su origen— de retorno a la legalidad o que sea solamente una conducta útil según las normas del comportamiento criminal.

Sentencia 547/2009, Sala de lo Penal del TS, de 19 de mayo de 2009

ERROR DE PROHIBICIÓN EN ABUSO SEXUAL
Arts. 14.3, 21.6.º, 181 y 182 Código Penal
 Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater**

SÍNTESIS

El Tribunal Supremo coincide con la Sala de instancia en la necesidad de rebajar la pena en un caso de abuso sexual entre dominicanos, habiendo cumplido recientemente el varón los dieciocho años y en un contexto sociocultural específico, pero entiende que debió acudir al error de prohibición vencible en lugar de apreciar una atenuante analógica muy cualificada. En cualquier caso, se llega a idéntico resultado sancionatorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El motivo debe ser desestimado.

El Tribunal *a quo* descartó el error (de tipo, art. 14.1 CP) sobre la edad de la víctima. Sin embargo, estimó aplicable una atenuante analógica muy cualificada basándo-

se en que “en el presente caso no pueden dejar de tenerse en consideración las condiciones socioambientales en las que se produjeron los hechos, y la edad del acusado, condiciones que influyeron en la falta de comprensión por su parte del alcance de aquéllos”. En este sentido fue tenido en cuenta por la Audiencia que “el origen dominicano del acusado y que acababa de lle-

gar a España”, la menor edad con la que se inician las relaciones sexuales en su país de origen y la tolerancia de la relación por parte de la tía de la niña. A ello unió la Audiencia en su argumentación la incidencia de una cierta inmadurez del acusado, dado que éste había cumplido los 18 años poco antes. Como consecuencia de lo anterior la Audiencia estimó, aplicando el art. 66.2.º CP, que debía atenuar la pena en dos grados y aplicarla en su mitad inferior.

La Sala debe señalar que el Tribunal de instancia situó equivocadamente el problema planteado por el presente caso, pero su decisión es correcta en el resultado. En efecto, una vez establecido que el acusado no pudo conocer el alcance de su acción, cuestión de hecho que no puede ser modificada en casación, la Audiencia debió haber aplicado las reglas especiales del error de prohibición (art. 14.3 CP), dado que el acusado conocía la edad de la víctima con la que tuvo acceso carnal, y por lo tanto los elementos del tipo objetivo, y sólo desconocía el alcance legal de su conducta. Ello significa que obró sin conciencia de la antijuricidad, es decir, con un error sobre la prohibición. El art. 14.3 CP diferencia el tratamiento que debe darse al desconocimiento del tipo objetivo, que en cualquier caso excluye el dolo, y el que corresponde dar al desconocimiento de la antijuricidad, que no exculpa al autor cuando éste hubiera podido conocer el derecho, previéndolo la ley para tales supuestos sólo una atenuación de la pena acorde con su menor culpabilidad.

La Audiencia, no obstante el erróneo planteamiento de la sentencia recurrida, llegó a la misma solución por la vía de la aplicación de una atenuante muy cualificada

que ha conducido al mismo resultado punitivo que si se hubiera estimado el error sobre la prohibición (art. 14.3.º CP), dado que el error indudablemente debe ser considerado vencible y, por lo tanto, sólo puede merecer la señalada atenuación de la pena.

En efecto, el error sobre la antijuricidad es vencible o evitable cuando el autor pudo conocer la contrariedad al derecho de su acción y, por lo tanto, obrar de manera distinta a cómo lo hizo. En el presente caso el carácter vencible del error sobre la antijuricidad es claro. A pesar de su relativamente corta estancia en España y de que no ha sido comprobado en el proceso —como hubiera sido deseable— si el derecho penal dominicano contiene disposiciones análogas a las del derecho español en esta materia, es evidente que las cuestiones relacionadas con los abusos sexuales cometidos con menores es un tema cotidiano de la sociedad española actual, con importante reflejo en los medios de comunicación. De ello es posible concluir que el acusado hubiera podido con un cierto esfuerzo de conciencia comprender la antijuricidad del hecho en nuestro orden jurídico.

En lo que concierne a la gravedad de la culpabilidad del acusado y a la consecuente atenuación de la pena que impone el art. 14.3 CP, la Sala estima que la reducción de la pena en dos grados es adecuada a la posibilidad que tuvo el acusado de vencer el error sobre la prohibición. Ante la ausencia de toda constancia sobre el desarrollo intelectual del acusado, es correcta la valoración realizada en este caso por la Audiencia respecto de la incidencia de la edad en la menor gravedad de la culpabilidad.

Sentencia 630/2009, Sala de lo Penal del TS, de 19 de mayo de 2009

ESTAFA. LETRAS DE CAMBIO

Arts. 248 y 390 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se aclara en la sentencia qué aspectos de la letra de cambio, en cuanto título de carácter abstracto, son relevantes a los efectos de poder originar el engaño característico de la estafa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La Sentencia de instancia por falsedad y por estafa, introduce en los Hechos Probados la afirmación de que las letras de cambio eran ficticias porque “en ningún caso obedecían a operaciones comerciales realmente existentes”. Este dato lo recoge porque lo considera relevante, entre otros, para la apreciación del engaño en la estafa; y por ello en el motivo Segundo se pretende evidenciar la realidad de las operaciones subyacentes. Conviene pues despejar una cuestión jurídica previa cual es la importancia que en el negocio jurídico cambiario tiene la relación jurídica subyacente —provisión de fondos— en cuanto pueda ser relevante para apreciar un delito de estafa en el que el sujeto pasivo es el tenedor de la cambial a cuya orden se libra el título.

Aunque la emisión de la letra de cambio tiene como presupuesto la existencia de relaciones jurídicas precedentes, calificadas como subyacentes o fundamentales, que sirven de “causa” de su emisión, la Ley Cambiaria de 16 de julio de 1985 responde a una tendencia hacia la abstracción del título en sentido formal, ya que no afloran a la letra

ni la relación sustancial existente entre el librador de la letra y el tenedor, que bajo la vivencia del Código de Comercio debía manifestarse a través de la cláusula de valor (art. 444.1.º Código de Comercio), ni la relación entre el librador y el librado, llamada provisión de fondos, por la cual éste recibe la orden de pago de la suma indicada en la letra y que presupone normalmente la existencia de un derecho de crédito del librador frente al librado surgido de una relación extracambiaria que, salvo la inserción en la letra de la cláusula de cesión de la provisión con los efectos del art. 69, no tiene por qué aflorar al texto de la cambial.

El tenedor de la letra —en este caso aquél a cuya orden de pago la cambial se libra— es titular del crédito cambiario, surgido de la letra y por la letra misma, y diverso del crédito que deriva de la relación subyacente.

Sin embargo la abstracción no llega a ser absoluta por cuanto llegado el momento de que el tenedor exija el cumplimiento de crédito cambiario al deudor con el que está vinculado por relación causal, queda sometido el acreedor cambiario a la oponibilidad de las excepciones que derivan de esa relación, que se incluyen dentro de las llamadas ex-

cepciones personales (art. 67.1.º). Esa posición por tanto del acreedor es diversa según que exija el cumplimiento al deudor cambiario ligado con él por la relación extracambiaria, o que pida ese cumplimiento a un deudor con el que tal vinculación no existe.

Desde la perspectiva del tenedor de la letra cuando es aquél a cuya orden se libra, éste tiene: a) una acción directa contra el librado aceptante, quien está ligado con el librador pero no con el tenedor, por la relación de la provisión de fondos. La posición del tenedor resulta inmune a las excepciones sustentadas en la provisión, y le es indiferente que exista o que no haya habido provisión alguna, y cualquiera que sean, en el primer supuesto, las excepciones personales que sobre ello pudiera oponer el aceptante frente al librador pero no frente al tenedor, en cuanto ajeno a esa provisión. b) en segundo lugar tiene, caso de impago y con ciertas condiciones que no son del caso examinar aquí, acción de regreso frente al librador, a quién le liga el contrato de descuento justificativo de que se le haya atribuido el crédito cambiario como tenedor (arts. 49, 50 y 67 de la Ley Cambiaria).

Tercero.—Ya con relación al delito de estafa, cuando lo que se plantea es que el tenedor —en este caso entidad bancaria que adquiere cambiales por contratos de descuento— ha sido engañado determinándole a desembolsar el importe del descuento para adquirir las letras en la errónea creencia de que podría luego cobrarlas en acción directa o de regreso, ya resulta de lo dicho en el Fundamento anterior que el mero hecho de que las letras carecieran entre librador y librado de provisión de fondos por no obedecer a operación comercial alguna entre ellos, resulta irrelevante: en nada afecta a su derecho a exigir el cobro del aceptante y, en caso de impago, del librador en vía de regreso, pues su crédito es inmune a las excepciones alegables entre librador y librado e independiente de la provisión, y sus excepciones.

Por lo tanto nada importa lo que conociera, o erróneamente creyera conocer por engaño, respecto a esa relación dado que no habría conexión entre su falsa representación acerca de ella y su decisión de abonar el importe pactado en el contrato de descuento entre el tenedor y el librador de la letra. En conclusión, la afirmación contenida en el relato fáctico de que se trataba de letras “ficticias que en ningún caso obedecían a operaciones comerciales realmente existentes”, no es relevante para la apreciación de una estafa en la que aparecen como sujetos pasivos las entidades bancarias a cuya orden se libraron las cambiales y que abonaron por ellas el precio correspondiente del descuento (...).

Cuarto.—A diferencia de lo que sucede con la provisión de fondos entre librador y librado, que no afecta al crédito cambiario del tenedor ni a sus posibilidades de cobro en vía directa o de regreso, y que por ello hace intrascendente el error que sobre esa relación subyacente pudiera sufrir el tenedor de la letra, tienen en cambio indudable relevancia para él otros dos datos cambiarios, cuyo conocimiento es causalmente determinante de su voluntad de abonar, por la letra que adquiere, el importe pactado en el contrato de descuento: de una parte que se trate de verdadera letra de cambio en la que el librador ordena a un verdadero librado, que acepte pagar su importe al tenedor de la letra a su vencimiento; y de otra que, al adquirir con el descuento un crédito cambiario con dos deudores que son el librado aceptante, en vía directa, y el librador, en vía de regreso, ambos tengan la solvencia necesaria para el pago del crédito cambiario. La relevancia de ambos aspectos para que el tenedor adquiriera la cambial y pague por ella el descuento pactado, los convierte en idóneos para ser objeto de engaño en un delito de estafa. A) en el primero lo es el aparentar mendazmente que un librado, en realidad inexistente que se hace figurar como verdadero en la letra, ha aceptado la cambial asumiendo su pago. La ausencia de verdadero

librado y la falsificación de una aparente aceptación, aparte de la falsedad documental que supone, constituye un engaño idóneo determinante del pago por el tenedor del valor del descuento hecho en la creencia de que se trata de verdadera letra de cambio cuando en realidad no es tal, pues la existencia de librado constituye uno de los requisitos esenciales para la existencia de la letra, (art. 1 de la Ley Cambiaria). En el otro caso el otorgamiento de una letra de cambio en que el librador y librado se conciertan entre sí para expresar en ella la orden de pago que le es propia pero que en el caso se hace con el acuerdo anticipado de que a su vencimiento ni uno ni el otro satisfarán su importe al tenedor cambiario (letra de colusión), constituye también un medio engañoso idóneo y antecedente que determina el acto de disposición del tenedor, que adquiere el título de crédito mediante el pago de su descuento en la errónea creencia de que la declaración cambiaria de librador y aceptante responde a un propósito de satisfacer la deuda.

(...)

Sexto.—Pone el recurrente especial énfasis en atacar la idoneidad del engaño alegando el incumplimiento por las entidades bancarias de sus deberes de vigilancia y comprobación para descubrir el fraude. El argumento sin embargo no podemos compartirlo. En efecto, como ya señaló esta Sala en Sentencia 1435/2001 de 18 de julio, el engaño es bastante cuando es suficiente y proporcional a los fines propuestos, debiendo valorarse su idoneidad atendiendo fundamentalmente a las condiciones personales del sujeto afectado y a las circunstancias del caso concreto (Sentencias de 13 de enero de 1992; 3 de julio de 1995; 3 de abril de 1996). De este modo el criterio de valoración —dice la Sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2000— viene a ser al mismo tiempo objetivo en cuanto valora la idoneidad en sí misma de la conducta desplegada por el sujeto para producir error en otro; y

subjetivo al tener en cuenta las circunstancias específicas de la concreta persona a la que se dirige el engaño. De donde resultan las siguientes consecuencias: a) se excluye en principio la relevancia típica del engaño burdo, fantástico o increíble, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente según el ambiente social y cultural en el que se desenvuelven (Sentencia de 29 de marzo de 1990); b) pero no cuando un inferior nivel del sujeto pasivo es aprovechado por el acusado conscientemente, en cuyo caso esa condición personal convierte en suficiente el engaño desplegado resultando así dotado de una eficacia de la que en otros casos carecería. En tal supuesto son las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo las que convierten el engaño en objetivamente idóneo; c) se excluye igualmente la relevancia típica del engaño cuando, siendo objetivamente inidóneo, la representación errónea de la realidad por el sujeto pasivo deriva exclusivamente de un comportamiento suyo imprudente no inducido a su vez por artimañas o ardides del sujeto activo. En tal supuesto el error de aquél no es objetivamente imputable al engaño de éste, ni por ello las circunstancias subjetivas de la víctima en este caso convierten en idóneo un engaño que objetivamente no lo era (Sentencia de 4 de diciembre de 2000).

En este caso, aparentar que unas letras han sido aceptadas por quien figura como librado de ellas, simulando que la entidad aceptante existe, con la artimaña de usar una designación social análoga a otra perteneciente a una verdadera sociedad mercantil y mediante la estampación de la firma del acepto en las cambiales, constituye un idóneo engaño capaz por sí mismo de hacer creer que se trataba de letras libradas y aceptadas por el librado. Como lo es también diferenciar entre una entidad libradora y otra entidad librada, de existencia verdadera, ocultando que las administraba una misma persona que sin intención de hacer frente al débito cambiario al vencimiento se

vale de la extensión de las letras para obtener del tenedor el valor de su importe pagado en contrato de descuento.

A partir de esa idoneidad objetiva del engaño capaz por su misma naturaleza de inducir de error a los Bancos que pagaron por la adquisición de tales títulos, no es admisible el argumento de que aquellos omitieron los deberes de vigilancia y comprobación que hubiera permitido detectar el fraude. No es admisible porque reiterando el criterio ya expuesto en la reciente Sentencia 419/2009 de 31 de marzo, supone elevar directamente a la categoría de imprudencia o desidia de las entidades bancarias adquirentes lo que no es más que observancia de la buena fe, es decir confianza en la decencia y honestidad del librador. Cuando se presentan al descuento títulos valores destinados a la circulación, como las letras de cambio, con eficacia basada en su literosuficiencia, y en las sucesivas declaraciones cambiarias que se

contienen en su expresión facial confiar en su apariencia lícita es un normal comportamiento mercantil salvo excepciones casos en que se justifique desconfiar del documento. El hecho de que objetivamente fuera posible comprobar que el librador simulaba aceptaciones inexistentes o falsas intenciones de pago, no significa que no hacerlo sea una imprudencia, ni que el engaño sea ineficaz. El engaño era adecuado porque contaba con la confianza de los Bancos fundada en la buena fe que sigue siendo principio fundamental del tráfico mercantil. Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por si mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado.

Sentencia 674/2009, Sala de lo Penal del TS, de 20 de mayo de 2009

PORNOGRAFÍA INFANTIL

Art. 189 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

Se analiza el alcance de la causa de agravación prevista en el número 3 del artículo 189 del Código Penal, cuando se pone en relación con la letra b) del número 1 del mismo precepto: difusión de pornografía relativa a menores de 13 años (véase también, del mismo ponente, la STS 795/2009, de 28 de mayo).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Después de las reformas llevadas a cabo por las LLOO 11/1999 y 15/2003, por lo que

aquí nos interesa, dejando de lado otras cuestiones de este extensísimo artículo, el 189 CP describe un tipo básico con dos modalidades (ap. 1.º), un tipo privilegiado (ap. 2.º) y un subtipo agravado (ap. 3.º). La letra

a) del apartado 1.º contempla tres modalidades típicas consistentes en la utilización de menores de edad o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, su utilización para elaborar cualquier clase de material pornográfico, donde se incluyen los reportajes fotográficos, vídeos..., o bien la financiación de cualquiera de estas actividades. La letra b) del mismo apartado, aplicada por la Audiencia en este caso, por exclusión y al objeto de evitar duplicidades con las actividades mencionadas, hay que entender se refiere a las conductas del sujeto activo relativas al tráfico o difusión de imágenes pornográficas sin que el mismo haya participado previamente en la elaboración o filmación de las mismas, siendo indiferente la concurrencia o no de ánimo de lucro, añadiéndose después de la reforma del 2003 la mera posesión para alguno de los fines anteriores, lo que supone la necesidad de que el Tribunal desarrolle la correspondiente inferencia. Ello es así por cuanto el tipo privilegiado, también después de la reforma señalada, castiga la posesión para uso propio del sujeto. En el presente caso, siguiendo el hecho probado, el acusado envió al menor a través de internet “numerosas fotografías de contenido sexual explícito en las que aparecían menores (muchos ellos de corta edad) realizando diversos actos sexuales, felaciones, sodomía...”, lo que implica la exclusión de la aplicación del tipo privilegiado que pretende (motivo quinto).

Despejado lo anterior, existiendo difusión del material pornográfico poseído por el acusado, y siendo subsumible su conducta por ello bajo la letra b) del apartado 1.º del artículo 189, lo que se suscita es la aplicación del subtipo agravado comprendido en la letra a) del apartado 3.º, es decir, si concurre en el caso la previsión de haberse utilizado a niños menores de 13 años, pero no desde la perspectiva planteada por el propio acusado, sino del alcance que debe darse a esta circunstancia y si es aplicable también

a los sujetos ajenos a la elaboración del material pornográfico, es decir, a todos los casos comprendidos en la letra b) del apartado 1.º, o bien la utilización de menores de 13 años operará como agravante sólo en relación con aquellas actividades en las que a éstos se les haya hecho intervenir personalmente, lo cual excluiría parte de las conductas previstas en la letra b) de dicho apartado. Debemos observar a este respecto que en relación con el tipo privilegiado se excluye la aplicación del tipo agravado. La circunstancia agravatoria de la letra a) del apartado 3.º se refiere a “cuando se utilicen menores de 13 años”, es decir, no emplea expresiones como “tratarse de menores de 13 años” o “representar a dichos menores”, sino que la acción se refiere a utilizar, lo que es sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de dichos menores, y estas acciones pueden integrar directamente las conductas previstas en la letra a) del apartado 1.º, pero no necesariamente todas las descritas en la letra b), pues la difusión o posterior utilización de imágenes producidas por otro no significa usar o utilizar a los menores sino difundir los soportes ya elaborados en los que sí se han utilizado menores de 13 años en persona, de forma que sería necesario establecer en cada caso, en relación con la letra b) del apartado 1.º, si ha concurrido o no esta utilización. En el presente caso el acusado ha difundido soportes previamente elaborados por otros y el subtipo agravado no sería aplicable. Por otra parte, si la posesión para uso propio no admite el subtipo agravado y se castiga con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años, y la conducta básica de la posesión destinada a su difusión conlleva una pena única de prisión de uno a cuatro años, parece una exasperación punitiva excesiva alcanzar la pena de cuatro a ocho años cuando el sujeto no ha elaborado ni ha intervenido en la producción del material pornográfico.

Sentencia 653/2009, Sala de lo Penal del TS, de 25 de mayo de 2009

VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL

Art. 173.2 Código Penal

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

SÍNTESIS

Destaca la sentencia por ofrecer una interpretación restrictiva del delito previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, con el fin de evitar una “panjudicialización de los conflictos”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—La tercera infracción de este motivo segundo, es la indebida aplicación del art. 173 apartados 2 y 3 del Código Penal. Alega el recurrente que el ámbito del art. 173 del Código Penal es cualitativamente diferente de un atentado contra el honor (insultos verbales o gestuales por ejemplo) y que desde el punto de vista de la intensidad supera el umbral de la mera falta de vejación leve. Y añade que en este caso no concurren las exigencias del tipo aplicado, que necesita además una habitualidad aquí inexistente.

El motivo, en este punto, debe también estimarse: En efecto, el tipo penal del art. 173.2 sanciona a quien habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre su cónyuge —entre otras personas que el precepto relaciona—. Tipo penal que integrado inicialmente en el art. 153 por Ley Orgánica 14/1999 de junio como una modalidad del delito de lesiones, ha pasado con la reforma de la LO 11/2003 a integrarse en el actual art. 173, en el capítulo de las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Con ello pierde fundamento la idea de que el bien

jurídico protegido sea la integridad corporal y la salud física o mental de la víctima, y prevalece la idea de que la dignidad de la persona en el seno de la familia es el bien jurídico implicado frente al trato inhumano o degradante materializado a través de la violencia física o psíquica ejercida de forma habitual.

Esta configuración de la material antijuricidad de la acción no debe sin embargo conducir a extender excesivamente los límites del tipo ya de por sí impreciso y elástico, de modo incompatible con las exigencias del principio de legalidad, o que implique una injustificada intervención punitiva en el ámbito familiar o privado, cobijando en el tipo los comportamientos personales no acomodados a los parámetros de lo correcto según los criterios vigentes en la sociedad, o aquellos otros que, siendo manifestación de una crisis matrimonial o de pareja incompatible con la convivencia, a resolver en el ámbito del Derecho de familia a través de la separación o del divorcio, no alcanzan el desvalor que supera el límite del mínimo tolerable a partir del cual se justifica la intervención del Derecho Penal.

Centrada la cuestión en la violencia psíquica que es la modalidad de que aquí se trata, es claro que su consumación no requiere la producción de un resultado entendido como menoscabo psíquico, pues con la reforma de la LO 11/2003 ya en el art. 153 se tipifica la causación de ese resultado por cualquier medio, a las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal, entre las que se incluye el cónyuge quedando reservada la violencia psíquica habitual, como delito de actividad, sobre esas personas, en el art. 173.2 del Código Penal. No obstante la interpretación de este precepto no autoriza alcanzar una amplitud desmesurada que produzca —como advierte la doctrina— una panjudicialización de los conflictos convirtiendo en diligencias previas por maltrato habitual toda vida familiar con reiteración de discusiones o disputas. De ahí la necesidad de reservar la figura a los comportamientos en que de forma habitual se somete a la víctima a una vida de amenazas, vejación y humillación permanentes y graves que le hace incompatible no ya con la continuidad de la vida en común sino con la dignidad de la persona en el ámbito de la familia, rebajada a niveles que justifican la intervención del Derecho Penal, por alcanzarse una situación de verdadero maltrato inso-

portable, que lleva a la víctima a vivir un estado de agresión constante. En esta permanencia radica el mayor desvalor de la acción que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de las acciones individuales.

(...)

La descripción que del acusado hace la Sala puede ser un cuadro completo de cómo no debe comportarse alguien en la sociedad actual, según los criterios y modelos sociales que hoy rigen dentro de la familia. Pero eso no convierte a una persona por insoponible que pudiera ser su convivencia, en un delincuente.

El delito del art. 173.2 del Código Penal exige otras dimensiones y otra envergadura que el relato histórico no acaba de reflejar porque fundamentalmente la Sala de instancia ha colocado en primer término la expresión de sus valoraciones negativas respecto a unos actos que no ha descrito, salvo con detalles insuficientes que no llenan las exigencias del tipo penal.

Por lo expuesto el motivo segundo, respecto a la infracción del art. 173.2 del Código Penal debe estimarse.

Sentencia 611/2009, Sala de lo Penal del TS, de 29 de mayo de 2009

REGULARIZACIÓN EN EL DELITO FISCAL

Arts. 74 y 305.4 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez**

SÍNTESIS

De los aspectos analizados en la sentencia, extractamos la doctrina jurisprudencial en torno al alcance de la excusa absolutoria prevista en el artículo 305.4 del Código Penal (“regularización” en los delitos contra la Hacienda Pública) y a la inadmisibilidad de delito continuado en tales infracciones punibles.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Y respecto a la tercera alegación, que se hace en defensa del motivo, de haber presentado una declaración tributaria complementaria a la del año 2001 en el IRPF y que ello permitiría apreciar la excusa absolutoria prevista en el artículo 305.4 del Código Penal, tal alegación no puede ser compartida, ya que tal declaración resulta irrelevante, en este caso, a los efectos de la tipificación de la conducta, ya que previamente había sido puesta de manifiesto la defraudación tributaria por la actividad inspectora de la Administración, sin perjuicio de otros efectos que pueda producir tal reparación posterior de la cuantía defraudada. El Tribunal de instancia argumenta, para rechazarla, que no se ha producido ninguna regularización toda vez que las actuaciones que el acusado ha realizado para reparar el perjuicio causado a la Hacienda Pública han sido posteriores al inicio de las actuaciones de comprobación tributaria y, además no sujetándose a lo indicado por Hacienda, sino realizando unas liquidaciones a su gusto y medida, descubriéndose una total falta de propósito del recurrente de ser transparente con la Administración Tributaria.

Ciertamente, así se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la Sentencia 192/2006, de 1 de febrero, que recogiendo lo expresado en sentencias anteriores, declara que “Regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación tributaria sólo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación, a ello equivale la presentación de la declaración complementaria

cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la Administración”.

Y en esa misma línea se pronuncia la Sentencia 636/2003, de 30 de mayo, en la que se declara que “... regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago” recordando que “el fundamento de la aludida excusa absolutoria es la autodenuncia y la reparación. Por lo tanto, no es de aplicar cuando el sujeto tributario no ha reparado ni se ha autodenunciado; cuando faltan estos comportamientos la renuncia a la pena carece de fundamento”.

Jurisprudencia que ha sido acogida en la Circular 2/2009, de la Fiscalía General del Estado, que incluye como conclusión tercera lo siguiente: En las excusas absolutorias de los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal, la conducta postdelictiva del imputado debe suponer el reverso del delito consumado, de forma que resulte neutralizado no solo el desvalor de acción (defraudación) sino también el desvalor de resultado (perjuicio patrimonial irrogado a la Hacienda Pública o a las arcas de la Seguridad Social). Ello hace exigible una conducta positiva y eficaz del sujeto pasivo de la obligación contributiva que incluye, la autodenuncia (a través del reconocimiento voluntario y veraz de la deuda, previo a las causas de bloqueo temporal legalmente previstas) y el ingreso de la deuda derivada de la defraudación, satisfaciendo ambas exigencias el pleno retorno a la legalidad al que el legislador ha querido anudar la renuncia al *ius puniendi* respecto del delito principal y sus instrumentales.

Por lo que se ha dejado antes expresado, la postulada excusa absolutoria por regularización no reúne, en el presente caso, los presupuestos que la doctrina de esta Sala exige en relación al delito fiscal.

(...)

Cuarto.—(...)

En los motivos por infracción de Ley, a continuación del cuarto, se menciona un quinto por indebida aplicación de los artículos 74 y 305 del Código Penal, que se dicen reguladores de la figura de la continuidad delictiva referida al delito contra a la Hacienda Pública.

Lo cierto es que ese motivo carece de todo desarrollo, por lo que plantea la duda sobre si se ha desistido o no de su formalización.

En todo caso, son de dar por reproducidos los razonamientos expresado sobre este extremo por el Tribunal de instancia así como recordar reiterada doctrina de esta Sala que limita la apreciación de la continuidad delictiva en los delitos contra la Hacienda Pública, como es exponente la Sentencia 737/2006, de 20 de junio, en la que se expresa que el motivo contradice una firme línea jurisprudencial que niega la posibilidad de delito continuado en los delitos de defraudación tributaria, cuando se refiere a distintos períodos impositivos, con la base del principio de estanqueidad impositiva. Así en la Sentencia de esta Sala 2115/2002, de 3 de enero de 2003, se declara que, a los efectos de determinar la cuantía a partir de la cual la defraudación a la Hacienda Pública se convierte en delito, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones periódicos o de declaración periódica. Resulta lógico deducir

de esta norma que si las defraudaciones cometidas en distintos períodos y referidas al mismo impuesto no pueden sumarse para que la cuantía total de las mismas convierta en delito lo que de otra forma sería una pluralidad de infracciones administrativas, no puedan sumarse tampoco las cantidades defraudadas en delitos cometidos en distintos períodos para que la pluralidad de delitos sea castigada como uno solo continuado.

Con igual criterio se expresa la Sentencia 952/2006, de 6 de octubre, que refiere anteriores sentencias que excluyen con carácter general la posibilidad de aplicar el delito continuado. En la 1629/2001 se afirma que “se cometerán por regla varios hechos independientes”, y la 2476/2001, nos dice que la naturaleza del tipo “... da al delito fiscal una estructura específica difícilmente compatible, con la continuidad delictiva” y ello por razón de “... la diversidad de los deberes fiscales que son vulnerados... condicionados cada uno de ellos por hechos impositivos diferentes, ejercicios temporalmente distintos e incluso plazos de declaración y calendarios diversos...”.

Los hechos que se declaran probados se refieren a defraudaciones a la Hacienda Pública cometidos en distintos períodos o ejercicios fiscales y asimismo concurre diversidad en los deberes fiscales que son vulnerados, lo que impide, acorde con la doctrina expresada, la continuidad delictiva que parece postularse.

Sentencia 663/2009, Sala de lo Penal del TS, de 30 de mayo de 2009

MANIPULACIÓN DE TARJETAS DE CAJERO AUTOMÁTICO

Arts. 74, 237, 248.2 y 386.2 CE

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

SÍNTESIS

Aclara la sentencia diversas cuestiones controvertidas como la calificación que merece la extracción de dinero de cajero automático mediante simu-

lación de banda magnética y obtención subrepticia del número clave, así como la tenencia de tarjetas falsas con finalidad de transmisión (de conformidad con el Acuerdo de Sala de 16 de diciembre de 2008, recogido en el núm. 27 de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El segundo motivo de los acusados recurrentes, ha sido formalizado por pura infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia la indebida aplicación del art. 248 del Código Penal. En definitiva, se impugna tal calificación jurídica, bajo el argumento de que el cajero automático es una máquina, y ésta no puede ser objeto de engaño.

Pero en realidad, los hechos han sido calificados bajo el apartado segundo de dicho precepto, que dispone lo siguiente: “también se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”. Que la Sala sentenciadora de instancia ha tenido en consideración esta calificación jurídica, resulta incuestionable, tras la lectura de la sentencia recurrida, y jurisprudencia citada por ella al efecto, precisamente sobre la interpretación de tal tipo delictivo.

El delito denominado de manipulación informática, ha sido de reciente creación, consecuencia de la falta de tipicidad de los engaños a las máquinas. En efecto, se ha declarado por la jurisprudencia que sólo puede ser engañada una persona que, a su vez, pueda incurrir en error. Por lo tanto, ni las máquinas pueden ser engañadas —es obvio que no es “otro”, como reclama el texto legal—, ni el cajero automático ha incurrido en error, puesto que ha funcionado tal como estaba programado que lo hiciera, es decir,

entregando el dinero al que introdujera la tarjeta y marcara el número clave.

De esa forma, el tipo aplicado requiere valerse “de alguna manipulación informática o artificio semejante” para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.

Esta manipulación ha propiciado que el hecho consistente en sacar dinero de un cajero automático, mediante la obtención subrepticia de la clave de acceso, haya dificultado su calificación jurídica, de modo que en ocasiones se ha calificado de robo con uso de llaves falsas (art. 238.4.º, en relación con el 239, tercero, pues se consideran llaves falsas: “cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo. A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia”), y otras veces, en este tipo de manipulación informática.

Esta cuestión merece ser, desde luego, aclarada por el legislador, e incluso un anteproyecto de ley precedente, que finalmente no llegó a aprobarse (el de 2006), trataba de clarificar esta cuestión, tipificando aquellos comportamientos, mediante los cuales “utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en ellos”, se realizaran operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero. Sin embargo, el actual proyecto de 2008, no se ocupa de esta modalidad delictiva.

En este sentido, la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre “la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo”, de fecha 28 de mayo de 2001, dispone

en su art. 3.º que “cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada: realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario (...) mediante:

— La introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos especialmente datos de identidad.

— La interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos”.

Como dice la STS 369/2007, de 9 de mayo, en el derecho alemán con la entrada en vigor el 1-8-1996 del parágrafo 263.a) del STGB que dispone: “el que con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito para sí o para un tercero, lesiona el patrimonio de otro interfiriendo en el resultado de un tratamiento de datos, mediante una estructuración incorrecta del programa, la utilización incorrecta o incompleta de datos, la utilización de datos sin autorización, o la intervención de cualquier otro modo no autorizado en el proceso, será castigado con la pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa...”, pretende solucionar el problema de la obtención de dinero de los cajeros automáticos, previa sustracción de la tarjeta de otro, tipificando como supuesto de estafa una especie de intrusismo informático, esto es, la utilización no autorizada de datos (*sinbefugte verwendung*).

Debemos plantearnos si este supuesto puede ser reconducible al tipo del art. 248.2 del nuestro Código Penal, creado como consecuencia de la falta de tipicidad de los engaños a las máquinas y que requiere valerse “de alguna manipulación informática o artificio semejante” para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, y que algunos autores rechazan argumentando que no es posible hablar en estos casos de manipulación, sin hacer perder a esta expresión su verdadero sentido, cuando la máquina es

utilizada correctamente, solo porque una persona no autorizada intervenga en ella con la tarjeta de otro; y ello porque manipular el sistema informático se considera por este sector doctrinal, que es algo más que actuar en él, pues equivale a la introducción de datos falsos o alteración de programas perturbando el funcionamiento debido del procesamiento, sin que resulte equivalente la acción de quien proporciona al ordenador datos correctos que son tratados adecuadamente por el programa, es decir, cuando el funcionamiento del software no sufre alteración, sino sólo la persona que no debe autorizarlo, en cuyo caso, no sería posible hablar de manipulación informática en el sentido del art. 248.2 CP.

Ahora bien, con independencia de que esa alteración de la persona supone un uso indebido de cajeros automáticos que podría ser subsumida en la alternativa típica del “artificio semejante” del art. 248.2 del Código Penal, en estos casos de conducta voluntaria —pues como hemos dicho, el Banco entrega voluntariamente a quien use regularmente la tarjeta—, pero no consentida, en el sentido de que el Banco no consiente que un sujeto obtenga el dinero sin autorización, lo cierto es que tanto en algunos pronunciamientos jurisprudenciales como en parte de la doctrina se va asentando la posibilidad de aplicar el tipo penal del art. 248.2 CP. Aún sí, es evidente que por falta de perjuicio patrimonial (ni correlativo ánimo de lucro), no sería típico el hecho de entregar voluntariamente la tarjeta a otro (un tercero), con facilitación de su PIN, con objeto de que le sacara dinero del cajero automático.

De todos modos, la STS 2175/2001, de 20-11, en que se enjuiciaba un caso en el que el sustractor de la tarjeta, se encontraba en connivencia con el empleado de un establecimiento comercial, e introdujo ésta en el lector para obtener una mercancía con cargo a dicha tarjeta, señaló tal resolución judicial que el Código Penal de 1995 introdujo el párrafo 2.º del art. 248 del Código Penal una modalidad específica de estafa para tipificar

los actos de acechanza a patrimonios ajenos realizados mediante la realización de manipulaciones y artificios que no se dirigen a otros, sino a máquinas, en cuya virtud ésta, a consecuencia de una conducta artera o mendaz, actúa en su automatismo en perjuicio de tercero. Estos supuestos no cabían en la anterior comprensión de la estafa, pues el autor no engañaba a otro, sino a una máquina. En el supuesto enjuiciado, como decimos, la utilización de una tarjeta de crédito aparentando ser su titular no podía ser integrado en el concepto clásico de la estafa en cuanto el “engaño” era realizado a la máquina que automáticamente efectuaba la disposición patrimonial, pues el engaño siempre presupone una relación personal que no es posible extenderlo a una máquina.

De modo que la citada STS n.º 2175/2001, de 20-11-2001, expresaba que la utilización de una tarjeta de crédito aparentando ser su titular no podía ser integrado en el concepto clásico de la estafa en cuanto el “engaño” era realizado a la máquina que automáticamente efectuaba la disposición patrimonial. Por ello, la actual redacción del art. 248.2 del Código Penal permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia.

Como en la estafa común, debe existir ánimo de lucro; pero también debe concurrir una manipulación informática o artificio semejante, que es la modalidad comisiva mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe; y, finalmente, también se requiere un acto de disposición económica en perjuicio de tercero, que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la defraudación y el engaño, propio de la relación personal, que aquí es sustituido mediante un medio comisivo defraudatorio por la mani-

pulación informática o artificio semejante, en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, o de aquéllos que permite su programación, o bien por la introducción de datos falsos.

Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del Código Penal. También cuando se emplea un artificio semejante, pues una de las acepciones del término artificio hace que éste signifique artimaña, doblez, enredo o truco.

La calificación como delito de robo, que en un tiempo tuvo mucho predicamento, va perdiendo fuerza interpretativa.

Realiza una exégesis histórica la mencionada STS 369/2007, al señalar que, aunque dentro del concepto de llave estén legalmente incluidas las tarjetas o instrumentos electrónicos que sirven para abrir cierres, tales como puertas o cajas, debe negarse la consideración como llaves de las tarjetas cuando se precisa la introducción de una clave digital, basándose en que lo que entonces realiza la función de apertura del cajero y el inicio de los procedimientos que permiten el acceso al dinero no es la tarjeta en sí, sino los elementos contenidos en la banda magnética, de naturaleza incorpóral y ajenos por tanto al sentido “corpóral” de las llaves en nuestro derecho.

Se recuerda (ver voto particular de la STS 35/2004 de 22 de enero), que para hablar de robo en el ámbito normativo de referencia, resulta condición típica imprescindible que el apoderamiento se haya producido mediante la entrada en el interior de algún “lugar”. De un lugar en el que, por ejemplo, tratándose de dinero, se hallase éste o bien cualquier objeto que lo contenga. Pero siendo claro, en todo caso, que no habría robo con fuerza en las cosas cuando en la conducta incriminable no quepa identificar un seg-

mento de acción que implique alguna forma de acceso de fuera a dentro. Y en estos casos de cajeros automáticos, lo que realmente se produce es la expulsión de cierta cantidad de dinero por ese aparato, al ser utilizado de forma técnicamente correcta, aunque jurídicamente ilegítima. En suma: utilizado, por tanto, de una manera que no satisface las exigencias del tipo de robo con fuerza en las cosas tal como aparece descrito en el art. 237 CP.

En efecto, no basta con que la tarjeta sea llave, es necesario que ésta haya sido empleada para acceder al lugar en el que las cosas se guardan. La fuerza en las cosas, típica del robo, es aquella precisa para “acceder al lugar donde éstas se encuentren”, tal y como lo define legalmente el art. 237 CP. Y el dinero en los cajeros se halla en un cajetín en el interior del mismo al que en ningún momento se accede.

Al operar con la tarjeta en un cajero, lo esencial es que se introducen datos en el ordenador y que el sistema efectúa una disposición patrimonial no consentida con el titular que se llega a registrar contablemente. Es accesorio que se acceda con la tarjeta (lo que no siempre es así) al recinto donde se halla el cajero y no cabe afirmar que se acceda al lugar donde el dinero se guarda. Los arts. 238 y 239 no son aplicables a estos supuestos. El empleo de la tarjeta como llave permite calificar de robo cuando con la misma se accede al lugar donde están las cosas (v.gr.: la tarjeta es la llave de la habitación del hotel a la que se consigue entrar para robar algún objeto). Finalmente, refuerza esta interpretación que no es preciso que el dinero termine expulsado por el mecanismo que subrepticamente se activa, en clave jurídica, no mecánica, sino bastaría una transferencia de fondos de cuenta a cuenta, sin “tocar” el dinero físico transferido. Aquí no existe acceso alguno al lugar en donde se guarda el metálico, pero la transferencia colma, aún más si cabe, las exigencias típicas del mencionado art. 248.2 del Código Penal. Y la operación de obtención de dine-

rario, es similar que la tradicional extracción mediante cajero automático.

Igualmente el descubrimiento de las llaves a que se refiere el art. 238.3 ha de ser para acceder al interior de los objetos muebles cerrados (v.gr.: se descubre la clave y se accede al interior de la caja fuerte). Pero en este tipo de estafas informáticas, no se accede al interior del cajero, es decir, al depósito donde se conserva el total del dinero de la máquina, sino que el aparato entrega por sí una cantidad seleccionada de tal depósito de dinero y como acto de disposición deja incluso constancia contable de la operación.

Por último no parece tolerable una distinta calificación cuando la tarjeta es utilizada en un establecimiento comercial, que cuando es utilizada en un cajero automático. La STS 369/2007, tantas veces citada, nos dice la respecto: “... si de desdobra la calificación jurídica del uso de la tarjeta de modo que su uso en local comercial es constitutivo de estafa, pues se acepta doctrinal y jurisprudencialmente que la persona que habiéndose hecho con una tarjeta de la que no es titular, finge serlo en una operación presencial, consiguiendo de este modo, que el establecimiento le proporcione bienes o servicios, consume un delito de estafa, pues provoca, presentando la tarjeta, una apariencia de crédito o de garantía de pago de la que realmente carece y provoca, de este modo, una disposición que ha de ser asumido por una persona jurídica que se comprometió a ello bajo presuposición de normalidad de uso, y su utilización en cajero es merecedor de la calificación de robo, nos hallaríamos ante dos delitos distintos en concurso, un robo con fuerza en las cosas en relación a los cajeros, y un delito de estafa en cuanto a su uso en establecimientos comerciales (...) y resultaría absurda y más grave para el acusado esta separación en dos delitos de lo que no es sino una única intención y manifestación delictiva de obtener metálico o efectos mediante las tarjetas, que merece la única respuesta punitiva de la estafa” (...).

Cuarto.—(...)

La continuidad delictiva supone un único dolo —dolo unitario— que se exterioriza fraccionadamente bien como ejecución parcial de un dolo conjunto ideado —plan preconcebido— o bien como un dolo continuado exteriorizado en el aprovechamiento de idéntica ocasión.

Esta Sala (Sentencia de 9 de diciembre de 1998) ya declaró que “el delito continuado constituye una figura jurídica que agrupa en una sola infracción compleja sancionable como delito único, una serie de acciones homogéneas realizadas en momentos distintos con unidad resolutoria”, para ello debe concurrir el elemento fáctico de la pluralidad de acciones, el subjetivo de actuar con dolo unitario o conjunto, y el normativo de la homogeneidad del precepto o preceptos infringidos.

En este sentido, nuestra Sentencia 523/2004, de 24 de abril, ya señaló que desde la perspectiva de la homogeneidad del delito continuado por afectar o no a un mismo *modus operandi*, hemos dicho reiteradamente que para que pueda apreciarse delito continuado es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales; b) concurrencia de un dolo unitario que transparente una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos; c) realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía; d) unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas; e) unidad de sujeto activo; f) homogeneidad en el *modus operandi* por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines (STS núm. 1103/2001, de 11 de junio; STS de 2 octubre 1998, STS de 1 marzo y 6 no-

viembre de 1995, y STS 1749/2002, de 21 de octubre).

Siendo ello así, la continuidad delictiva es patente, y en consecuencia, el motivo, que ha contado con el expreso apoyo del Ministerio Fiscal para los acusados Rogelio y Pascual, tiene que ser estimado (...).

Quinto.—(...)

El motivo tercero de los acusados reprocha igualmente la calificación jurídica incluida en el art. 386, párrafo segundo, del Código penal, es decir, la consideración de los hechos como una tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución, que la Sala sentenciadora de instancia aceptó, como concurrente, en la sentencia recurrida.

La cuestión fue sometida al Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, para la unificación de criterios, celebrada el día 16 de diciembre de 2008, que unificó esta doctrina, bajo el siguiente Acuerdo: “La tenencia de tarjetas falsas de crédito o débito, para poder ser sancionadas con fundamento en el art. 386.2 del Código Penal, precisará la acreditación de una finalidad de transmisión.

Y esta misma cuestión ha sido abordada recientemente, en la STS 580/2009, de fecha 27-05-2009, que nos dice a este respecto que existe una doctrina de esta Sala clara sobre el sentido de que las modalidades típicas del art. 386 del Código Penal van referidas a la moneda metálica o papel moneda. Ciertamente a ellas queda equiparada la tarjeta de crédito, pero tal equiparación será solo apreciable en la medida que la misma sea posible, y por lo que se refiere a la detentación con vocación de expedición es claro que no cabe equiparación con la tarjeta de crédito porque ésta “no se tiene” para expendirla, sino que se tiene para usarla como medio sustitutivo del dinero, por tanto tal uso podrá dar lugar al delito de estafa en concurso con el de falsedad en documento mercantil, en referencia a la firma del ticket de compra, pero no es posible el delito de tenencia de tarjeta.

En definitiva, no es posible la equiparación entre el delito de tenencia de dinero y el de tenencia de tarjeta, por lo que esta última tenencia será atípica. Atípica, dice dicha Sentencia, a salvo de que la tarjeta falsificada contenga algún dato, identificador coincidente con el de su poseedor, porque en tal caso debería ser considerado como “fabricante” de la tarjeta, ya que con independencia de quién efectuase los textos troquelados correspondientes, si apareciera en la propia tarjeta como titular de la misma el poseedor, a no dudar se estaría en un supuesto de fabricación pues el poseedor habría facilitado ese dato al fabricante material, y esta facilitación del dato le convertiría en autor por cooperación necesaria (de la propia fabricación), de igual manera que lo es quien facilita al falsificador de un documento de identidad su fotografía o datos personales.

En idéntico sentido SSTs 71/2003; 58/2007; 465/2007 ó 722/2007, entre las más recientes. Existe, pues, un sólido cuerpo de doctrina legal al respecto, y aunque como dijimos la cuestión puede ser más o menos problemática, este es el sentido de la jurisprudencia, y a él tenemos que atenernos.

En el caso, la obtención de dinero en cajero automático no satisface la interpretación que concede esta Sala Casacional al término “expedición”, pese a la problemática existente en esta materia, como ya lo hemos dejado expuesto, y que debe determinar, a nuestro juicio, una pronta intervención del legislador para dar cobertura a estos hechos, sin duda reprochables, y tendentes a erosionar el funcionamiento del mercado en lo que a dinero “de plástico” se trata, como instrumentos de pago que son. Ha de acla-

rarse, pues, definitivamente el comportamiento del poseedor de tarjetas de crédito falsas con ánimo de utilización para obtener bienes o servicios, al igual que ocurre con la moneda falsa, propiamente dicha.

Ahora bien, el supuesto de autos ofrece unos contornos singulares, ya que las tarjetas poseídas por los acusados eran de las denominadas “blancas”, es decir, no tenían apariencia alguna de autenticidad, por carecer de cualquier dato identificativo tanto del titular como del emisor de las mismas. De esa manera no aparecería, como dice la Sentencia anteriormente citada, ningún dato referente al titular de tales tarjetas, ni podían servir éstas, correlativamente, para ser utilizadas en el ámbito mercantil, sino exclusivamente podían llevarse a cabo operaciones en cajeros automáticos, mediante el uso de una clave y una manipulación informática o artificio semejante, que satisface plenamente las exigencias del tipo penal contemplado en el art. 248.2 del Código Penal. Aquí, en realidad, no ha habido un acto de falsificación, si por este concepto entendemos imitar lo auténtico mediante maniobras mendaces, sino claramente la fabricación de un instrumento para llevar a cabo esa estafa informática. Por tanto, desde esta perspectiva, y de acuerdo con la doctrina más extendida de esta Sala Casacional, sobre todo a partir del Acuerdo Plenario citado, estos hechos son atípicos desde la óptica del párrafo segundo del art. 386 del Código penal, y en consecuencia, el motivo debe ser estimado, absolviendo a los acusados en la segunda sentencia que ha de dictarse, lo que tendrá los efectos expansivos previstos en el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto al condenado no recurrente, Sergio.

Sentencia 669/2009, Sala de lo Penal del TS, de 1 de junio de 2009

USURPACIÓN DE ESTADO CIVIL Y ESTAFA

Arts. 251.3.º y 401 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece la doctrina jurisprudencial relativa al delito de usurpación de estado civil y sus elementos constituyentes, así como la que se refiere a la modalidad de estafa consistente en el otorgamiento de un contrato simulado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El art. 401 del Código Penal sanciona penalmente a quien “usurpare el estado civil de otro”. Analiza este delito, la STS de 23 de mayo de 1986, pero referido al tipo penal del Código penal de 1973, en el Capítulo primero del Título XI del Libro II de dicho Código Penal, concretamente en el artículo 470 del mismo —464 en el Código de 1932—, idéntico al actual en su estructura, que describe y sanciona el denominado delito de usurpación de estado civil. La doctrina científica, por unanimidad, sostiene que el sujeto activo, de esta infracción, lo puede ser cualquiera con tal de que sea imputable, aunque es preciso reconocer que, en muchos casos, será necesario que el agente posea cualidades y se halle en circunstancias personales propicias para poder suplantar la personalidad de otro; también se agrega que, sujeto pasivo lo puede ser cualquiera, incluso los menores e incapacitados, lo cual, en determinados supuestos es dificultoso, puesto que v.gr. difícilmente un adulto podría subrogarse en el “status” de un niño de pocos años. Doctrinalmente se han dado

muchas definiciones de la figura delictiva estudiada; la más antigua de ellas entiende que “usurpar el estado civil de una persona es fingirse ella misma para usar de sus derechos, es suplantar su filiación, su paternidad, sus derechos conyugales, es la falsedad aplicada a la persona y con el ánimo de sustituirse por otra real y verdadera”, pero abundan otras concepciones, tales como las siguientes: ficción del agente de ser una persona distinta, con ánimo de usar de sus derechos; sustitución de otro, asumiendo la personalidad de éste y ejercitando los derechos y acciones que le competen; no es bastante —se ha sostenido— para la existencia del delito, con arrogarse una personalidad ajena, asumiendo el nombre de otro para un acto concreto; es condición precisa que, la suplantación, se lleve a cabo para usar de los derechos y acciones de la persona sustituida; no comete el delito quien se limita a una ficción esporádica, como quien, en un momento determinado, se hace pasar por otro, la acción consiste en simular una identidad o filiación distinta de la que corresponde al sujeto, pero, la persona sustituida, ha de ser real, siendo indiferente que haya o no fallecido; usurpar equivale a arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro y usar de ellos

como si fueran propios; es indispensable la intención de usar de los derechos y acciones de la persona suplantada, lo que no exige el Código pero se desprende de la propia significación del vocablo; y finalmente, la indicada doctrina científica, destaca las semejanzas que existen entre la figura estudiada y la de uso de nombre supuesto —artículo 322 del Código Penal (derogado)—, diferenciándose de la misma por la existencia real y efectiva de la persona y por la persistencia en la ficción con el consecutivo ejercicio efectivo de las facultades inherentes a la ajena personalidad. Por su parte, la jurisprudencia, ha declarado lo que sigue: en las sentencias de 5 de mayo de 1887, 7 de octubre de 1882, 21 de diciembre de 1893 y 16 de abril de 1901, se dice que es condición precisa, para la concurrencia de la infracción, que la suplantación se lleve a cabo para usar de los derechos y acciones de la persona sustituida; la de 23 de febrero de 1935, indica que se ha de suplantar la personalidad de otro, arrogándose la así como su profesión; la de 8 de marzo de 1947, estimó que, comete usurpación, quien, sin necesidad de una suplantación total, ejerce los actos propios de otra persona con una cierta continuidad y trascendencia, sin que dichos actos le correspondan; la de 27 de septiembre de 1958, después de subrayar que, usurpación, gramaticalmente, equivale a “arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otros y usar de ellos como si fueran propios”, añade que, la mentada infracción, equivale a sustituir la personalidad ajena suficientemente conocida a fin de aprovecharse de sus derechos con el natural perjuicio que, esa suplantación, implica; la de 4 de abril de 1960, entiende que no hubo usurpación del estado civil de un hermano cuando se asumió e invocó el nombre de éste tan sólo para la obtención de un pasaporte, y ello porque no se trató de privación total de la personalidad de otro ni de sustitución del mismo en todos sus derechos; por último, la sentencia de 3 de junio de 1966 se ocupó de un problema de coautoría. Es interesante también destacar que la opinión dominante sostiene que la persona

sustituida ha de ser real y existente, nunca imaginaria, y además viva, pues no es apta para la usurpación pasiva la persona fallecida; agregando, en lo que respecta a la consumación, que basta, para que se produzca, con la posesión momentánea del estado civil ajeno, o con el disfrute, aunque sea temporal y transitorio, por parte del delincuente, de los derechos correspondientes a la persona cuyo lugar, falsamente, ha logrado ocupar; insistiendo en que aquel que usurpa un solo derecho inherente al estado civil de una persona, aunque la usurpación fuere breve, comete el delito estudiado en grado de consumación. En resumen, puede apreciarse que la doctrina científica se contradice a veces, no logrando un concepto unánime y sin fisuras, pero acudiendo a la concepción dominante y a lo declarado por la jurisprudencia, es claro que no basta una suplantación momentánea y parcial, sino que es preciso continuidad y persistencia, y asunción de la total personalidad ajena con ejercicio de sus derechos y acciones dentro de su “status” familiar y social.

(...)

Tercero.—(...)

A tal efecto, nos dicen las SSTs de 30-1-1995 y 18-2-1991 que “el delito de estafa ejecutado a través de un contrato simulado, tipificado en el art. 532.2.º del Código Penal de 1973 denominado por la doctrina, falsedad defraudatoria, estafa documental y también simulación de fraude, exige para poderse apreciar los siguientes condicionamientos: a) en cuanto a la acción, el hecho de otorgar un contrato como sinónimo de extender un documento público o privado y a través del que se pone de relieve un negocio jurídico sin existencia real alguna (simulación absoluta) o con ocultación del contrato verdadero (simulación relativa); b) desde la óptica de la antijuridicidad, que el resultado de la simulación tenga una valoración perjudicial de carácter patrimonial, conforme a la normativa jurídica que regula el tráfico de bienes; y c) en cuanto a la culpabilidad, que se tenga conciencia y voluntad li-

bre de la simulación realizada, de la que debe derivarse, con toda claridad, la existencia de un ánimo tendencial dirigido a causar el perjuicio patrimonial que ha de redundar en beneficio de los sujetos activos de la acción”.

Desde todas las anteriores perspectivas: contrato inexistente por falta de facultades

jurídicas, contrato de fiducia “cum credito-re”, arrendamiento con opción de compra, o bien un acto jurídico de financiación encubierta, existe simulación en perjuicio de un tercero, por lo que el motivo será estimado y Josefa será condenada por tal delito de estafa impropia en la segunda sentencia que ha de dictarse al efecto.

Sentencia 616/2009, Sala de lo Penal del TS, de 2 de junio de 2009

ALZAMIENTO DE BIENES

Art. 258 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

De los diversos aspectos considerados en la sentencia, nos centramos sólo en la doctrina jurisprudencial relativa al alcance de la modalidad de alzamiento de bienes recogida en el artículo 258 del Código Penal, que es objeto de interpretación restrictiva para evitar que capte conductas que constituyen mero “agotamiento” del delito patrimonial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En el motivo primero, nuevamente al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 258 del Código Penal, ya que de los hechos probados no se desprende que la recurrente resultara total o parcialmente insolvente. Sostiene que nada indica que los bienes embargados no sean suficientes para atender las responsabilidades civiles derivadas del delito.

1. El artículo 258 del Código Penal sanciona al “responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumpli-

miento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente”. Son elementos del tipo objetivo de este delito la ocurrencia de un hecho delictivo; que, con posterioridad al mismo, el autor realice actos de disposición o contrajese obligaciones que disminuyan su patrimonio; y que consiga con tal conducta una situación de insolvencia, total o parcial (STS n.º 130/2008, de 9 de abril). La jurisprudencia ha entendido que el delito se consuma con la ejecución de hechos posteriores al hecho delictivo del que nacería la responsabilidad civil, aun cuando

aún no hubiera recaído condena respecto de este último (STS 739/2001 de 3 de mayo).

Podría plantearse si el precepto, dados sus términos literales, exige una insolvencia real, total o parcial, o si, tal como ocurre en la modalidad básica del artículo 257, es suficiente con una insolvencia aparente. Esta Sala señaló en la STS n.º 532/2003, de 19 de mayo, que el tipo exige "... un resultado constatable objetivamente, cual es que como consecuencia de lo anterior venga el autor principal a una situación total o parcial de insolvencia, y siendo un elemento típico debe reflejarse necesariamente en el *factum* pues si no es así éste resultaría incompleto y la subsunción no podría llevarse a efecto". Y añadiendo, que lo que resulta "... relevante es la relación de causalidad que debe existir entre los actos de disposición u obligaciones contraídas por el autor del hecho delictivo del que dimana la responsabilidad civil "ex delicto" y la insolvencia, pues el bien jurídico protegido no es otro que el derecho de los acreedores a satisfacer sus créditos sobre el patrimonio del deudor, luego si aquél no ha sido afectado por el acto de disposición o la obligación contraída de forma relevante, persistiendo la solvencia del sujeto activo, la conducta no es punible". De esta forma, podría entenderse que no basta la apariencia de insolvencia que supondría una mera dificultad para hacer efectivas las responsabilidades civiles declaradas en relación con un delito anterior a los hechos enjuiciados.

Sin embargo, sería una conclusión precipitada. Ya la STS n.º 739/2001, de 3 de mayo, advertía que "el nuevo delito debe ser interpretado también de acuerdo con las categorías elaboradas por la jurisprudencia en torno a la figura genérica del alzamiento de bienes que antes se contenía en el art. 519 CP/1973 y ahora lo está en el art. 257.1.1.º CP vigente, y ello conduciría a una exigencia de modificación de la solvencia, en apariencia o de forma efectiva, siempre que impidiera o dificultara en grado alto la acción de los acreedores. La STS n.º 1122/2005,

luego citada en la STS n.º 652/2006, de 15 de junio, señalaba que del delito de alzamiento de bienes, tal como entiende la doctrina, consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada, mediante su ocultación, a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes. No requiere la producción de una insolvencia total y real, pues el perjuicio a los acreedores pertenece no a la fase de ejecución sino a la de agotamiento del delito".

Lo cual, de otro lado, se corresponde mejor con el artículo 257.1.2.º, que alguna jurisprudencia ha considerado que haría innecesario el 258, dada su amplitud, en el que basta con que el acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones realizado por el deudor "dilata, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación", conducta que, por tanto, no exige la insolvencia efectiva, bastando con la aparente que dificulte la acción de reclamación, y que es sancionada con la misma pena prevista en el artículo 258.

2. En el hecho probado se declara que parte del dinero distraído por la recurrente fue a depositarse, mediante la actuación del coacusado, a cuentas corrientes de sus dos hijas, Jacinta a Trinidad; así como que mediante escritura pública de 24 de mayo de 2001, renunció de forma pura y simple al usufructo vitalicio de las fincas a que se hace referencia. No se contiene en el relato fáctico ninguna mención a los efectos que tal forma de proceder haya causado en la solvencia de la recurrente. No existe en la causa ninguna resolución judicial que declare su insolvencia. Sin embargo, en la fundamentación jurídica se afirma que se ha producido una ocultación o disminución del activo patrimonial por parte de la deudora que ha causado una situación de insolvencia parcial, real o aparente, que dificulta la acción

de sus acreedores. Es evidente que la disposición de bienes o valores integrados en el patrimonio, sin la correspondiente contrapartida, supone una disminución de éste que dificulta la acción de los acreedores si no existen otros bienes que permitan su éxito. En el caso, no se ha acreditado, por parte de la recurrente, que los bienes alcanzables sean suficientes para satisfacer las responsabilidades civiles derivadas del delito, por lo que cualquier disminución de su patrimonio, siempre que tenga una mínima relevancia, sería valorable a estos efectos.

3. Se desprende de la naturaleza de los hechos, aunque no se plantea expresamente en el motivo, la posibilidad de considerar si a los efectos de la aplicación de este precepto deben ser tenidos en cuenta o excluidos los efectos o las ganancias procedentes del mismo delito que genera la obligación civil. Una inclusión genérica e incondicionada conduciría a afirmar que cualquier autor de un delito que hubiera producido beneficios económicos que no los guardara a disposición de los perjudicados para satisfacer la previsible reclamación anudada al, también

previsible, procedimiento penal, resultaría a la vez autor de un delito de insolvencia punible del artículo 258. Conclusión que resulta excesiva. La conducta de aprovechamiento, en una u otra forma, del producto o las ganancias procedentes de la acción delictiva pertenece a la esfera del agotamiento del delito y se entiende ya sancionada con la pena impuesta por la comisión de éste. Por lo tanto, no puede computarse a los efectos de este delito la conducta consistente en dar uno u otro destino a las ganancias producidas por el mismo delito que origina la responsabilidad civil. Y ello sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el artículo 127 del Código Penal respecto del comiso.

En el caso, pues, no puede valorarse como acto de disposición generador de insolvencia el destino que la recurrente daba a las cantidades distraídas de la cuenta de la sociedad. Sí puede ser tenida en cuenta a esos efectos, sin embargo, la renuncia sin contrapartidas al usufructo vitalicio de la vivienda, garaje y trastero relacionados en la sentencia, cuya nulidad se acordó en la parte dispositiva de la misma.

Sentencia 592/2009, Sala de lo Penal del TS, de 5 de junio de 2009

CONFORMIDAD

Art. 787 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

Tras examinar el instituto de la conformidad, se desestima el recurso del Fiscal considerando correcta la actuación del Tribunal de instancia que, al dictar sentencia de conformidad, omitió aplicar las agravaciones específicas interesadas por aquél motivándolo debidamente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Fiscal, por el cauce del art. 849.1.º LECrim, reprocha a la sala de instancia la inde-

bida inaplicación del art. 189.3.a) y b) CP. El argumento es que, en sus conclusiones, convertidas en definitivas en el acto del juicio, consideró los hechos como constituti-

vos de un delito de corrupción de menores, de los arts. 189.1.b) y 189.3.a) y b) CP, del que sería autor Andrés, para el que solicitó la pena de 4 años de prisión. Éste mostró su conformidad con aquéllos y con la pena; pero la Audiencia le ha condenado por un delito del art. 189.1.b) CP, sin aplicar, pues, las agravaciones específicas. El recurrente entiende que el recurso está justificado por este aspecto de la decisión, es decir, porque el tribunal no ha respetado los términos del acuerdo. Además, subraya que en los hechos de la sentencia —que recogen literalmente los del Fiscal— se habla de niñas “de edad notoriamente inferior a 13 años”, mientras que luego, en los fundamentos de derecho, se dice —a su juicio, sin fundamento— que este dato no está acreditado de forma objetiva.

El expediente de la conformidad con los hechos y con la pena, está adquiriendo de manera progresiva cierto estatuto de normalidad en la legislación y en la jurisprudencia. Pero trastoca profundamente la naturaleza del momento jurisdiccional: al hacer disponible la pretensión punitiva; y por abrir la puerta a asentimientos meramente adhesivos fundados en razones pragmáticas, de pura oportunidad, y a ejercicios poco rigurosos del derecho de defensa, a costa, sobre todo, de imputados de escasa capacidad económica, principales beneficiarios del sistema. Además, favorece aplicaciones rutinarias de esa opción, a impulsos de un simple eficientismo procesal; y puede contribuir activamente a la degradación del papel del juez, que, de decidor autónomo con base en la prueba, pasa a ser simple notario, encargado de dar fe de un acuerdo negocial con antecedentes exclusivamente sumariales como presupuesto. Y cuya fundamentación resulta por completo elidida, como lo demuestra el inexpresivo tenor literal del acta de tal clase de juicios, en la que salvo la expresión ritual del término sacramental de “conformidad”, todo queda sobreentendido y, por tanto, inmotivado e infiscalizable. Una inexpresividad y opacidad, éstas, que

suelen transmitirse mecánicamente a la sentencia.

Con todo, el propio legislador, aun decidido a favorecer esa problemática vía, impone al tribunal el deber de verificar que la calificación aceptada es correcta y la pena procedente (art. 787.2 LECrim). Un deber del que en este caso hizo uso el tribunal.

Así las cosas, no le falta razón al Fiscal cuando denuncia una desviación del sentido de la decisión en relación con los hechos convenidos. Porque, en efecto, si la sala consideró que el dato de la edad de las menores filmadas no estaba acreditado de manera rigurosa, tendría que haberse opuesto al uso de la conformidad y dar lugar a la celebración del juicio; o, alternativamente, haber eliminado tal afirmación de su relato. Aunque también es cierto que el modo, incluso sorpresivo, de producirse esta clase de trámites, sin previo aviso, en el inicio de la vista, propicia decisiones judiciales al respecto que pueden ser apresuradas; lo que haría aconsejable la huida de toda exasperación del ritualismo, que lleve a mantener a ultranza los términos de lo negociado. En particular, cuando, al redactar la sentencia, un examen reposado de lo acontecido, propicie algún atisbo de perjuicio para el reo o de desviación del sentido de la norma penal aplicada. Motivo por el que existirían las mejores razones de derecho, para una rectificación justificada del fallo.

Y, en último extremo, si —como parece ser el caso— el tribunal se considerase rigurosamente vinculado por los términos de lo contratado por las partes, hasta el punto de tener que mantener los hechos pactados, incluso contra su propio criterio, incurriendo en contradicción, al razonar como luego se hace en los fundamentos de derecho sobre la debilidad de la prueba en este punto; no debería haber problema para dar preferencia a lo expresado en éstos, por imperativo del *favor rei*.

Puesto que no suele haberlo para bucear —*praeter legem*— en este campo de la sentencia en busca de elementos de carácter

fáctico, de signo incriminatorio, a fin de subsanar alguna insuficiencia de los hechos; muchas veces a instancia del Fiscal, en el marco de la casación.

Situados en el plano del derecho sustantivo, el recurrente discrepa de la no aplicación de las circunstancias de agravación del art. 189.3.a) y b) CP, a la conducta del imputado, constitutiva del supuesto del apartado 1.b) de la misma norma. Pero la lectura que ha hecho la Audiencia debe entenderse correcta.

Primero, porque el art. 189.1.b) CP castiga conductas relacionadas con la difusión de imágenes pornográficas “en cuya elaboración” se haya utilizado a menores. Lo que sitúa el uso de éstos en un momento anterior y externo a las propias conductas incriminadas. En cambio, el mismo artículo, en su inserto 3.a), prevé la utilización de “niños menores de trece años”; esto es, contempla las acciones que consisten en servirse —directamente— de personas comprendidas en esa franja de edad. Y, siendo así, es obvio que tal circunstancia de agravación de los comportamientos primeramente descritos, sólo podrá estar referida a los que de ellos sean semántica y conceptualmente compatibles con ese modo de operar sobre personas (de carne y hueso), en las que se den los rasgos descritos. Porque si es claro que la producción de imágenes de menores exigirá

normalmente su utilización, lo es también que esto, en cambio, no se dará cuando se trate, por ejemplo, de la distribución de aquéllas, o del acceso a las mismas a través de Internet.

El art. 189.3.b) CP incluye una previsión extraordinariamente abierta: que “los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”. No hay duda de que, en una primera aproximación, todo uso de menores con fines de gratificación sexual puede —debe— ser calificado de degradante y vejatorio para ellos. Por tanto, aquí se trataría de determinar si, y por qué, en este caso, la naturaleza de las imágenes obliga a acentuar tal connotación peyorativa. Esto requiere un ejercicio de justificación, que no se ha dado, pues no consta en la calificación del Fiscal y tampoco hay rastro de él en el acta del juicio. Así, en ausencia de una argumentación explícita al respecto por parte de quien mantiene la calificación de los hechos que funda el recurso, hay que decir que no resulta arbitrario incluir las imágenes descritas en la sentencia en el tipo básico, porque, con toda seguridad, la imaginación pedófila es fértil en modalidades todavía más aberrantes del uso de menores con semejante finalidad, para las que habrá que reservar la exasperación del tratamiento punitivo.

En consecuencia, y, por todo, el motivo no debe estimarse.

Sentencia 691/2009, Sala de lo Penal del TS, de 5 de junio de 2009

INTERVENCIÓN DE ORDENADOR DE TRABAJO Y CD. VOLCADO DE DATOS
Art. 18.1.3 y 4 CE

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

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a consecuencia de la negación de validez a las pruebas declaradas nulas por haber considerado erróneamente que era precisa la previa autorización judicial para el volcado de un CD previamente intervenido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Sentencia recurrida absuelve a los acusados y expresamente declara “la nulidad de la prueba documental y la testifical que derivan de la misma consistente en el volcado de la información que obraba en el CD decomisado en el despacho de Federico”.

El Ministerio Fiscal en motivo único, al amparo del art. 852 de la LECriminal y art. 5.4 de la LOPJ en relación con los arts. 24 y 9.3 de la Constitución Española alega que la declaración de nulidad de ese material probatorio priva a la acusación de utilizar los medios de pruebas pertinentes, por lo que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías que consagra el art. 24 de la Constitución Española.

La Sala de instancia sustenta su declaración de nulidad de la prueba de cargo —que le lleva a la absolución— en la idea de que, incautado el ordenador y demás elementos que necesitasen alguna actuación sobre su contenido para acceder al mismo, se necesitaba autorización judicial (...).

Segundo.—El recurso del Ministerio Fiscal debe ser estimado, por su propios y acertados argumentos que esta Sala hace suyos en su integridad; En efecto:

1. El art. 18.3 de la Constitución Española “garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales telegráficas y telefónicas salvo resolución judicial”. Un CD puede, como soporte físico, contener una comunicación postal; pero la protección de la norma constitucional no alcanza al objeto físico como continente o soporte, si no contiene tal comunicación entre dos personas. Así la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2006 —que cita con acierto el Ministerio Fiscal— declara que “... si ex art. 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere

siempre resolución judicial, “no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial” respecto del derecho a la intimidad personal, de modo que excepcionalmente hemos admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas (SSTC 27/1989 de 15 de febrero, 207/1996 de 16 de diciembre y 70/2002 de 3 de abril) siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad (STC 70/2002 citada)... y no gozan de la protección constitucional aquellos objetos —continentes— que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual... y el art. 18.3 de la CE no protege directamente el objeto físico, el continente o soporte del mensaje en sí, sino que éstos sólo se protegen de forma indirecta, esto es, tan sólo en la medida en que son el instrumento a través del cual se efectúa la comunicación entre dos personas —destinatario y remitente—. Por consiguiente cualquier objeto sobre, paquete, carta, cinta, etc., que pueda servir de instrumento o soporte de la comunicación postal no será objeto de protección del derecho reconocido en el art. 18.3 de la CE si en las circunstancias del caso no constituyen tal instrumento de la comunicación o el proceso de comunicación no ha sido iniciado (STC 137/2002 de 3 de junio)”.

En este caso ninguno de los datos que constan en el Acta de intervención del CD permite apreciar y ni siquiera sugerir que dicho soporte contuviese mensajes o sirviese de instrumento a dichos efectos. La propia inscripción impresa en el CD permitía descartar desde el principio esa finalidad. Como dice el Ministerio Fiscal distinta hubiera sido la exigencia en el caso de que dicho CD hubiese sido intervenido en un sobre dirigido por o hacia un tercero y hubiese

sido abierto y conocido su contenido sin resolución judicial habilitante. En tal caso cabría sostener una injerencia injustificada en la comunicación postal y por tanto en el derecho preservado por el art. 18.3 de la Constitución Española, con la consiguiente nulidad. Pero no es este el caso.

2. El art. 18.4 de la Constitución Española —que la Sentencia recurrida también considera infringido— establece que “la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Como dice certeramente el Ministerio Fiscal en su recurso, esta protección enlaza con el derecho a la privacidad, más amplio que el derecho a la intimidad pues en tanto ésta protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona, la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad que aisladamente consideradas pueden carecer de significación intrínseca pero que coherentemente enlazadas entre sí arrojan un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y en el caso presente tampoco puede sostenerse la injerencia en tal derecho puesto que los datos a los que se accede, obrantes en el CD, se corresponden con documentos incorporados a expedientes sancionadores, por ende de carácter oficial, sin que en ningún momento se acceda a ámbitos protegidos por el derecho a la privacidad e intimidad como podría suceder con el volcado de la información del ordenador intervenido aún no teniendo éste carácter personal y ser un instrumento de trabajo, siempre que con dicho acceso se pudieran conocer informaciones sensibles a los efectos de los derechos mencionados (correo electrónico, archivos personales, etc.) en cuyo caso, y con independencia de los supuestos a que más adelante se hará mención, sí se podrá exigir esa autorización judicial. Y si el propio acusado principal reconoce que el contenido del CD conservaba

diversos escritos de alegaciones y recursos que le servían de modelo o formulario es claro que no comparte esta información el carácter de datos personales.

3. Por su parte el art. 18 apartado 1 de la Constitución Española, que también considera infringido la Sentencia de instancia, dispone que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Derecho que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988; 142/1993; 117 y 143/1994).

Como también recuerda el Ministerio Fiscal, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2006 de 9 de octubre se puede concluir que no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial respecto a derecho a la intimidad personal y excepcionalmente se admite la legitimidad constitucional de que en determinados casos, y con precisa habilitación legal, pueda la Policía Judicial realizar determinadas prácticas que constituyen una leve injerencia en la intimidad de las personas derivadas que se respeten las sugerencias derivadas del principio de proporcionalidad. Y en el caso presente el CD intervenido en la diligencia de entrada y registro, legítimamente practicada, y que conforme a la inscripción del soporte contenía información oficial, no personal, el acceso a su contenido no implica injerencia en datos personales o íntimos, sino que bien cabría calificarlo como documento en soporte diferente al papel y encuadrable en el concepto de que de tal da el art. 26 del Código Penal, y la lectura de su contenido al no afectar ni a la intimidad ni a la privacidad, no requería resolución judicial habilitadora al efecto. En tanto no exista una utilización personal, sino meramente laboral o profesional del medio facilitado por la empresa, no hay ataque a la intimidad que requiera la autorización judicial; y en el presente caso, como ya se ha dicho y el propio

acusado lo reconoce, no se conservaban datos personales o íntimos sino meramente profesionales. En este sentido puede acudir-se a la doctrina que en el campo laboral se ha forjado por la jurisprudencia, citando al efecto, entre otras, la sentencia de 26 de septiembre de 2007 de la Sala Cuarta, que se pronuncia en el indicado sentido.

Por todo lo expuesto, que constituye la correcta argumentación del Ministerio Fis-

cal expuesta en su recurso y que por lo acer-tado de su doctrina, aquí hacemos propia, no existen razones para negar validez a las pruebas declaradas nulas por la Sentencia recurrida. Al hacerlo la Sentencia de instan-cia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva invocada en el recurso.

Por tales razones procede la estimación del único motivo formalizado por el Minis-terio Fiscal.

Sentencia 654/2009, Sala de lo Penal del TS, de 8 de junio de 2009

VIOLENCIA DOMÉSTICA

Arts. 153, 468 y 618 Código Penal y Ley Orgánica 1/2004

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis**

SÍNTESIS

La sentencia de instancia entendió que las lesiones mutuamente causadas por los cónyuges son simples faltas al no constituir “violencia de género” y absuelve además, del quebrantamiento de la medida de alejamiento, por haberlo sido de mutuo acuerdo. El Tribunal Supremo mantiene el mismo criterio en lo que se refiere a las lesiones, pero entiende que el delito de quebrantamiento de condena no se supedita a la voluntad de las partes, pese a admitir la existencia de jurisprudencia contradictoria a este respecto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El motivo primero del recur-so, al amparo del art. 849.1.º de la LECrim, denuncia infracción, por su indebida inapli-cación de los artículos 153.1 (atribuible a Florian) y 153.2 (atribuible a Adoración), ambos del CP, e indebidamente aplicado el art. 617 del CP; pretendiendo así que “se aprecie en ambos condenados la comisión de un delito de maltrato familiar del art. 153.1 (atribuible a Florian) y del art. 153.2 (atribuible a Adoración).

Como fundamento del motivo, se dice que, durante su convivencia, esta pareja te-nía frecuentes discusiones, y que, en ese contexto, el 14 de enero de 2007, se produjo una nueva discusión en el curso de la cual ambos “se golpearon mutuamente”. Como consecuencia de ello, ambos resultaron con lesiones, que precisaron de una primera asistencia y curaron a los cinco días, las de ella, y a los seis días, las de él; considerando el Ministerio Fiscal que “en el caso de agre-sión mutuamente aceptada, la calificación de la conducta de ambos miembros de la

pareja debe ser calificada como delito”, por las siguientes razones:

a) Porque la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, “no establece una falta paralela al delito del art. 153 CP, cuando no existiera la relación de dominación o prevalencia machista del hombre sobre la mujer”.

b) Porque el art. 1.1 de la Ley de Protección Integral contra la violencia de género establece literalmente que “la presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

c) Porque considera el Ministerio Fiscal que “el bien jurídico protegido en el tipo es no sólo la integridad física, psíquica, sexual y moral de la mujer, sino también la paz familiar”. Y, por último,

e) Porque, “en el resto de supuestos de los arts. 153.2 y 173.2 CP, en los que el sujeto pasivo de la agresión no es la esposa o equivalente, no se exige esa manifestación de superioridad o dominación del agresor frente a la víctima, para su aplicación”.

En relación con la doctrina establecida por el TS en la sentencia n.º 58/2008, de 25 de enero, dice el Ministerio Fiscal que “siguiendo la doctrina anterior, es evidente que el motivo de la discusión que desemboca en la agresión es determinante, en cada caso concreto, para elevar simples faltas a un delito del art. 153 CP, dado que aquél puede reflejar la inadmisibile posición dominante y opresora del hombre sobre la mujer”.

En el presente caso —continúa el Ministerio Fiscal—, nos encontramos con una agresión mutua iniciada tras una discusión entre miembros de la pareja cuyos motivos se desconocen. No obstante, como hechos probados en la sentencia de instancia se dice

que “durante su convivencia la pareja tenía frecuentes discusiones...”. No hay que olvidar también que si la agresión a las que tan repetidamente nos estamos refiriendo tuvo lugar el 14 de enero de 2007, días más tarde, el 13 de abril del mismo año, el acusado trató de matar a su pareja, por lo que en la misma sentencia ha sido condenado como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa.

Por todo lo expuesto, estima el Ministerio Fiscal que “las lesiones que sufrieron ambos acusados deben subsumirse respectivamente en el art. 153.1 y 153.2 CP”.

El Tribunal de instancia, por su parte, afirma que las versiones dadas por cada uno de los miembros de la pareja implicada en los hechos de autos, “deben ser consideradas en términos de defensa, puesto que de las lesiones padecidas por ambos se colige que ninguno de ellos actuó sólo para defenderse, sino que adoptó una posición activa agrediendo al otro, habida cuenta de que sólo de esta manera pueden explicarse las lesiones que cada uno sufrió” (FJ 1.º).

Argumenta el Tribunal de instancia, en pro de su tesis, que pese a que la literalidad del precepto no establece excepción alguna, la interpretación de la norma penal, según el Tribunal Constitucional, “no puede circunscribirse siempre al tenor literal de la misma, sino que, sin desconocerlo y sin sobrepasarlo, debe efectuarse una interpretación basada en criterios científicos usados por la comunidad jurídica, entre los que se encuentra en teleológico”, y, en el presente caso, “se trata de una pelea entre los dos miembros de la pareja en igualdad de condiciones, con agresiones mutuas, adoptando ambos un posicionamiento activo en la pelea (no meramente defensivo, como lo demuestran la localización de las lesiones sufridas por cada uno de ellos) que nada tiene que ver con actos realizados por uno sólo de los componentes de la pareja en el marco de una situación de dominio discriminatoria para el otro, por lo que castigar conductas como las declaradas probadas por la vía del art. 153

del CP con la pluspunción que este precepto contiene, resultaría contrario a la voluntad del legislador, puesto que las referidas conductas no lesionaron el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger” (FJ 4.º).

Para pronunciarnos sobre la cuestión planteada en este motivo, hemos de tener en cuenta que, conforme se establece en el artículo 3.1 del Código Civil, “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, y que, “las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas” (art. 4.2 CC). En definitiva, pues, la interpretación de la ley penal debe ser estricta, sin que pueda ser aplicada, en ningún caso, con criterios de analogía *in malam partem*, lo cual no es óbice, sin embargo, según reiterada jurisprudencia, para que, en el ámbito penal, quepa la analogía *in bonam partem* y sea posible la aplicación del principio *favor rei*.

En este sentido, hemos de reconocer que el criterio teleológico de interpretación de la norma penal constituye, sin la menor duda, uno de los criterios comúnmente aceptados por la doctrina científica y por la jurisprudencia; y, en este sentido, cobra especial significación lo que el legislador dice, en la exposición de motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, es decir, que ésta constituye “uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución”, por lo que, “en su título IV, la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del

autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad”, añadiendo que “para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos”.

Llegados a este punto, parece oportuno destacar:

a) Que, en el relato fáctico de la sentencia, nada se dice sobre las características físicas y temperamentales del hombre y de la mujer que protagonizaron el hecho al que se refiere este motivo de casación, en la medida en el Tribunal puede conocerlas mediante la observación directa de dichas personas y de su comportamiento en la vista del juicio oral, por razón del principio de inmediación, propio de la instancia.

b) Que tampoco se precisa en la sentencia el motivo de la discusión habida entre ambas personas, en cuanto desencadenante de la mutua agresión causante de sus respectivas lesiones, como tampoco se precisa quién inició las vías de hecho.

c) Que la mutua agresión descrita en el *factum* no parece responder, en principio, al tipo de conductas a las que el legislador quiso dar coto con la reforma legal que configuró el vigente texto del artículo cuya falta de aplicación se denuncia.

d) Que el hecho enjuiciado en la STS 58/2008, de 23 de enero, especialmente citada por el Ministerio Fiscal en su recurso, se refiere a un supuesto radicalmente distinto del que es objeto del presente recurso, por cuanto se trataba de un caso en el que el hombre había prohibido a la mujer salir a la calle con un determinado pantalón y ella se había negado a mantener relaciones sexuales con su compañero, por lo que la conducta de éste constituye, sin la menor duda, una manifestación clara de “superioridad ma-

chista”, en cuanto denota una pretensión de dominio del hombre frente a la mujer y por tanto, este tipo de conductas encajan perfectamente en el tipo penal aquí cuestionado.

Si, por todo lo dicho, llegamos a la conclusión de que, en el presente caso, no consta que la conducta del acusado Florian, causante de las lesiones leves sufridas por su compañera que el Tribunal sentenciador ha calificado como constitutivas de una simple falta del art. 617.1 del CP, se produjera en el contexto propio de las denominadas conductas “machistas”, de tal modo que por ello no procediera, respecto de él, configurar su conducta como constitutiva de un delito del art. 153.1 del CP, resultaría un auténtico contrasentido calificar la agresión de la mujer causante de las lesiones de su compañero como constitutiva de un delito del art. 153.2 del CP.

Por las razones expuestas, no es posible apreciar en la calificación jurídica aquí cuestionada por el Ministerio Fiscal la infracción de los preceptos penales que se denuncia en este motivo, atendidos los fundamentos jurídicos expuestos por el Tribunal de instancia en los FFJJ 1.º y 4.º de la sentencia recurrida que no pueden ser considerados contrarios a Derecho.

Procede, en conclusión, la desestimación de este motivo.

Tercero.—El segundo motivo, al amparo del art. 849.1.º de la LECrim, denuncia infracción de ley, por estimar infringido, por su indebida inaplicación, el art. 468.2.º del CP, de quebrantamiento de medida cautelar, atribuible a Florian y a Adoración.

La razón de este motivo es que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Barcelona, por auto de 17 de enero de 2007, impuso a ambos acusados “la prohibición mutua y recíproca de aproximarse a menos de mil metros el uno del otro, de sus domicilios, de sus lugares de trabajo y de cualquier lugar frecuentado por ellos, así como comunicarse mutuamente por cualquier medio, hasta que recayera resolución que pusiera fin al procedimiento”. Resolución judicial que fue notificada personalmente a ambos acusados en la misma fecha de su dictado;

no obstante lo cual, “Adoración y Florian de forma voluntaria continuaron conviviendo”.

El Tribunal de instancia, de acuerdo con la tesis mantenida por la STS de 26 de septiembre de 2005, ha entendido que “en la actualidad es atípica la conducta infractora de una medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación cuando se ha reanudado voluntariamente la relación entre el obligado por la medida cautelar y la persona protegida por la misma, puesto que en este caso desaparece la necesidad de la medida cautelar”.

Frente la referida tesis, el Ministerio Fiscal cita la mantenida en la STS de 19 de enero de 2007, según la cual “la existencia del delito de quebrantamiento, aunque la mujer haya permitido la entrada de su pareja en el domicilio, manteniendo que la vigencia del bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento de condena no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida”.

El Tribunal de instancia dice que ha abuelto a ambos acusados del delito de quebrantamiento de medida cautelar del que venían acusados, modificando el criterio con el que venía pronunciándose anteriormente sobre este tipo de conductas, en atención a la corriente jurisprudencial mantenida por la STS de 26 de septiembre de 2005 y la STS de 20 de enero de 2006, en las que se viene a considerar atípica una conducta en que la persona protegida consintió la aproximación, bien porque la relación nunca se rompió o bien porque se ha producido una reanudación por diversas causas, situación relativamente frecuente (v. FJ 5.º).

Mas, frente a la anterior posición jurisprudencial, se ha de decir que, como se pone de manifiesto en la STS de 19 de enero de 2007, “el consentimiento de la víctima protegida por la condena penal no puede eliminar la antijuricidad del hecho”. Así, en esta línea, hemos dicho que la sanción penal que impone el alejamiento de determinadas personas como consecuencia de la conducta de agresión o amenazas por parte de una de ellas contra la otra, o de la comisión de algu-

no de los delitos especialmente previstos en la ley (v. arts. 57 y 48 CP), en cuanto constituye una pena impuesta por la autoridad judicial, que lógicamente obliga a su cumplimiento (v. arts. 988 y 990 LECrim), salvo resolución judicial legalmente fundada o concesión de indulto, en ningún caso puede quedar al arbitrio de los particulares afectados (v. STS de 30 de marzo de 2009).

El obligado cumplimiento de las resoluciones judiciales constituye una lógica exigencia del Estado de Derecho (v. arts. 117.3 y 118 CE), y, por supuesto, de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, cuya efectividad quedaría abolida si dicho cumplimiento quedase al arbitrio de las personas obligadas.

Como quiera, pues, que, en el presente caso, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Barcelona, en las Diligencias Previas 57/2007, dictó el auto de 17 de enero de 2007, “por el que impuso a Adoración y a Florian la prohibición mutua y recíproca de aproximarse a menos de mil metros el uno del otro, de sus domicilios, de sus lugares de trabajo y de cualquier lugar frecuentado por ellos, así como de comunicarse mutuamente por cualquier medio, hasta que recayera resolución que pusiera fin al procedimiento”, y dicha resolución fue notificada personal-

mente a ambos acusados “en la misma fecha de su dictado”, “pese a lo cual, con pleno conocimiento de las prohibiciones impuestas, Adoración y Florian de forma voluntaria continuaron conviviendo, fijando su domicilio en una habitación arrendada en la vivienda sita en la c/ [...] n.º ... de Barcelona” (v. HP), es patente que ambos, al incumplir voluntariamente la citada resolución judicial, incurrieron en el tipo penal previsto en el art. 468 del CP —cuya falta de aplicación se denuncia en este motivo—; precepto, éste, en el que se castiga con las correspondientes penas a “los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, medida cautelar, conducción o custodia”, consistiendo dicha pena en prisión de seis meses a un año, la cual se impondrá, en todo caso, como se establece en el art. 468.2 CP, “a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2”. Conducta y circunstancias que, por lo anteriormente expuesto, es indudable que concurren en el presente caso, por lo que procede la estimación de este motivo.

Sentencia 683/2009, Sala de lo Penal del TS, de 15 de junio de 2009

DETENCIONES ILEGALES

Arts. 16 y 163.2 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater

SÍNTESIS

Entiende la sentencia que para determinar si la liberación de la víctima en las primeras 72 horas es “voluntaria” a efectos de apreciar la modalidad atenuada de detención ilegal prevista en el artículo 163.2 del Código Penal, hay que operar con los criterios utilizados cuando se trata de decidir si es voluntario el “desestimiento” en la tentativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La representante del Ministerio Fiscal sostiene que ha sido infringido por aplicación indebida del art. 163.2.º CP, dado que la liberación de la víctima de la detención no fue voluntaria, dado que fue consecuencia de la actuación de terceros.

El motivo debe ser estimado.

La Audiencia ha estimado que el tipo privilegiado de la detención ilegal contenido en el art. 163.2.º CP es aplicable, no obstante la intervención de terceros, cuando “cuando pueda afirmarse que el autor no contemplaba una prolongación de la privación de la libertad superior a las 72 horas”. En el presente caso la Audiencia deduce esta circunstancia de que el autor tenía que saber que desde el quinto teléfono era posible realizar llamadas de emergencia, aunque no tuviera cargada la tarjeta.

Sin embargo, la imprevisión por parte acusado del auxilio que podía solicitar la víctima no es revelador, según las máximas de experiencia, de la voluntad de no prolongar la detención de aquella más allá de la setenta y dos horas.

Por otra parte, el art. 163.2.º CP es un supuesto especial de desistimiento de un de-

lito consumado. Al respecto rigen todos los elementos del desistimiento voluntario previstos para la no punibilidad de la tentativa. No tiene importancia, en este sentido, que en el caso del art. 163.2.º CP sólo se prevea una atenuación de la pena y no la impunidad, pues ello se explica precisamente porque el delito ya se ha consumado.

Consecuentemente, cuando concurren circunstancias que impiden la continuación de la ejecución, el desistimiento no es voluntario y ello rige también para la liberación de la víctima del delito de detención ilegal. En realidad establecido que no se sabe cuál era el plan del autor, lo único cierto es que la liberación de la víctima se produce cuando interviene la Guardia Civil y éste no tiene posibilidades de mantener la privación de libertad. En los hechos probados se consigna que el acusado “dejó salir a Raquel para que las abriera” (las verjas de protección de la casa). Pero, a esa altura de los acontecimientos, ya su resistencia y mantenimiento de la detención carecía de sentido, pues la Guardia Civil se encontraba en el lugar. De la imposibilidad de continuar con la ejecución del delito no cabe deducir que el acusado pensaba no prolongar la detención.

Sentencia 661/2009, Sala de lo Penal del TS, de 18 de junio de 2009

CUESTIÓN DE COMPETENCIA. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Arts. 24.2 CE y 14 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

Se estima el recurso contra la resolución de la Audiencia resolutoria de una cuestión de competencia por la que erróneamente se inhibía en favor de un Juzgado de lo Penal por la mera retirada de la acusación particular, única que en la causa pedía una pena superior a cinco años.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero y único.—La cuestión que se suscita es original e infrecuente, ya que se recurre contra una Providencia dictada por la Audiencia Provincial resolviendo una cuestión de competencia por la que se inhi-bía a favor de un Juzgado de lo Penal.

1. En Dicha Providencia, de fecha 17 de abril, la Audiencia Provincial deja sin efecto el auto de 15 de marzo de 2007 por el cual se señalaba el juicio oral para los días 1 y 2 de octubre de 2007. La decisión se adopta a la vista de que la Acusación particular se aparta del procedimiento, con lo que sólo queda como parte acusadora el Ministerio Público, que solicita una pena inferior a cinco años, por lo que, estima que el enjuiciamiento corresponde al Juzgado de lo Penal. Contra dicha resolución se interpone recurso de súplica que se desestima manteniendo la resolución inicial.

2. Nuestro sistema procesal ha establecido una variada gama de formas de enjuiciamiento, estructurada en función de las penas correspondientes a determinados delitos o bien atribuyendo competencia funcional a órganos judiciales por la naturaleza de los delitos, como sucede con los procedimientos de la Ley del Jurado y la competencia atribuida a la Audiencia Nacional. Esta técnica complica a veces en exceso la competencia y da lugar a disfunciones que deben ser resueltas según los casos concretos que se presentan.

3. En el supuesto que contemplamos, el Juzgado de Instrucción n.º 32 de Barcelona, tramitó las Diligencias Previas 4584/1998, por un posible delito de falsificación de documentos y estafa, que transforma en Procedimiento Abreviado 16/2007 y remite a la Audiencia Provincial, en atención a que la Acusación particular solicitaba penas superiores a los cinco años de prisión, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el ar-

tículo 14.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el conocimiento y fallo corresponde a la Audiencia Provincial. La Audiencia recibió las actuaciones y las tramitó, señalando día para la celebración de juicio oral, lo que implica que se consideraba competente para conocer del asunto en su integridad. La posición posterior de la acusación particular que abandona su actitud procesal sobre un hecho cuya tramitación había durado nueve años, no altera la competencia y no puede dar lugar, en ese momento procesal, a la remisión de las actuaciones al Juez de lo Penal, sin grave quebranto de la tutela judicial efectiva y el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas.

4. Es incuestionable que no se afecta al juez ordinario predeterminado por la ley. En todo caso, siempre hemos sostenido que la pena que determina el cambio de forma de enjuiciamiento y fallo, viene señalada por la que se fija en abstracto, con independencia del juego o ajuste punitivo que se pueda alcanzar por las partes acusadoras al calificar los hechos. La competencia objetiva estuvo correctamente determinada y no procede que ahora se deshaga por la actitud de una parte procesal, sobre todo, cuando no se trata de elevar la competencia a la Audiencia, sino de remitir lo que ya se había delimitado objetivamente a un juzgado de lo penal, dilatando de forma indebida el procedimiento.

5. La Audiencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, realizó todas las actuaciones previstas en su apartado 1.º y señaló día para el juicio oral, resolviendo antes sobre la admisión o inadmisión de las pruebas. La competencia de la Audiencia se extiende a conocer de los delitos que se le atribuyen y puede conocer, enjuiciar y fallar sobre los mismos cualesquiera que sea la pena que resulte de las calificaciones definitivas e, incluso, sobre las faltas incidentales.

6. Incluso, le corresponde a la Audiencia, velar porque la calificación, sea correc-

ta a efectos de la conformidad, como dispone el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que exista ningún obstáculo para que, si las partes deciden calificar correctamente y la pena es igual o inferior a cinco años de prisión, sea la Audiencia la que dicte sentencia de conformidad, resultando absolutamente disfuncional que remitiese la causa al juzgado para que siguiese este trámite abriendo la posibilidad de que éste actuase de forma distinta.

7. Así como el Juez de lo Penal, por imperativo del artículo 788.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, está obligado a dar por terminado el juicio y remitirlo a la

Audiencia Provincial cuando todas las acusaciones califiquen los hechos como delitos castigados con pena que exceda de su competencia. Como es lógico, no está prevista la decisión inversa que suponga el envío de la causa, hacia el órgano inferior renunciando a juzgar un caso para el que ya ha declarado su competencia que no puede verse afectada por incidencias, vicisitudes, cambios de calificación y penas, cuando es obvio que incluso tiene competencia para conocer de las faltas incidentales que se deriven en la tramitación de la causa y del juicio oral.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

Sentencia 725/2009, Sala de lo Penal del TS, de 24 de junio de 2009

VALIDEZ PROBATORIA. NULIDAD

Art. 11.1 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis**

SÍNTESIS

Se aplica la solución adoptada en el Acuerdo plenario de 26 de mayo de 2009 (reproducido en el número 28 de la Revista) para rechazar la pretendida ilicitud del material probatorio que obraba en la causa por el mero hecho de depender de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento sin que haya constancia legítima de las resoluciones antecedentes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El segundo motivo, al amparo también del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia la violación de los derechos fundamentales a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones.

Según la parte recurrente, “todo el material probatorio obrante en la presente causa

dimana de las intervenciones telefónicas solicitadas a través del primer informe policial”. Los números de teléfonos implicados provienen de otra investigación anterior, “cuyo contenido no puede ser apreciado, una vez que no consta en parte alguna de las actuaciones”. “Es imposible, por tanto, determinar la legitimidad de la obtención de dichos datos”. Por ello, “esta defensa viene

a solicitar la nulidad de esas primeras intervenciones”. “En el caso que nos ocupa, no se dispone de información alguna respecto a cómo fueron producidas las intervenciones que arrojaron como fruto los datos necesarios para la intervención que el juzgado de instrucción válida”.

El derecho al secreto de las comunicaciones, proclamado en el art. 18.3 de la Constitución, constituye, como es notorio, uno de los derechos fundamentales de la persona, reconocido en varios Tratados y Convenios Internacionales ratificados por España (v. arts. 10.2 y 96.1 CE), que únicamente puede ser restringido válidamente mediante resolución judicial motivada. Y, dado que este tipo de resoluciones —por obvias razones— no son notificadas a los afectados por ellas hasta el momento de su cese, por lo que no pueden recurrirlas oportunamente, corresponde a la autoridad judicial la grave obligación de procurar el pleno respeto de las garantías legales y constitucionales inherentes a este tipo de medidas restrictivas de los derechos fundamentales de la persona, cuyo incumplimiento tiene la grave sanción del art. 11.1 de la LOPJ.

Cuando la restricción de este derecho se produce sobre la base de elementos de juicio surgidos en otro proceso distinto, se plantea el problema de si, para acordarla, es preciso, o no, que la autoridad judicial del segundo proceso conozca previamente y en plenitud los antecedentes que sobre el particular existan en el primero. La jurisprudencia de esta Sala no ha mantenido una postura clara y pacífica sobre esta cuestión, como prueban, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2003 (que mantiene la plena dependencia del segundo proceso respecto del primero, en esta materia) y las de 30 de octubre de 2008 y 22 de

enero de 2009 (que reconocen una razonable autonomía entre ambos procedimientos).

Dada la anterior disparidad de criterios en esta materia, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 26 de mayo de 2009, rechazando la presunción de ilegalidad de las resoluciones de la autoridad judicial que implícitamente se desprende de la tesis de la plena vinculación del segundo proceso respecto del primero y respetando los principios sobre la carga de la acreditación de la ilicitud de la prueba habitualmente aplicados en el proceso penal, ha tomado el siguiente acuerdo: “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 depende 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 produjo 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 lo expuesto, se desprende claramente la procedencia de desestimar el presente motivo.

Sentencia 728/2009, Sala de lo Penal del TS, de 26 de junio de 2009

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO. CONEXIDAD

Arts. 5.2 LOPJ y 24.2 CE

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín

SÍNTESIS

Análisis pormenorizado de la norma de competencia por conexión del art. 5.2 de la LOPJ cuya inobservancia en el caso de autos y denunciada ya en la instancia determina la anulación del juicio seguido ante la Audiencia para su sustanciación ante el Tribunal del Jurado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El derecho a ser juzgado por el Juez o Tribunal legalmente predeterminado por la Ley ostenta rango de derecho fundamental, como una de las garantías esenciales del procedimiento a las que se refiere el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Así se establece, igualmente, en los artículos 6.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950) y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), entre otros, y viene siendo proclamado por los Tribunales, nacionales y supranacionales, encargados de la aplicación de tales disposiciones.

(...)

Por lo tanto, tratándose de derecho de semejante importancia, expresamente citado como fundamento para uno de los motivos del presente Recurso, no nos es posible, en modo alguno, eludir su estudio, ni siquiera con aquella afirmación contenida en la Sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 2002 (también la STS de 26 de mayo de 2004, por ejemplo) que apelaba a la doctrina

jurisprudencial relativa a que “... las discrepancias interpretativas sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no pueden dar lugar a la infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley”, puesto que la determinación de la competencia para juzgar en este caso no sólo afecta al concreto órgano jurisdiccional que deba conocer del enjuiciamiento, sino a la asignación de éste a órganos de tan diferente naturaleza como el Tribunal profesional o el lego, con la concurrencia de trámites específicos en cada uno de los casos, diferentes regulaciones contenidas en normas distintas e, incluso, específicas opciones en orden a los Recursos ejercitables en uno y otro supuesto.

No estamos, por consiguiente, ante un simple problema de asignación a uno u otro órgano de similar o parecido carácter dentro de la Jurisdicción penal, sino a una verdadera alteración de la clase de enjuiciamiento prevista para cada caso por el Legislador, que no nos es dado incumplir, máxime cuando, como queda dicho, ello afecta de manera tan sustancial al derecho fundamen-

tal al Juez legalmente predeterminado constitucionalmente consagrado.

Pues como acabamos de comprobar entre las citas jurisprudenciales y constitucionales antes transcritas, la vulneración de ese derecho consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, puede producirse "... manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad, como señala la Sentencia 35/2000, del Tribunal Constitucional, de 14 de febrero, recogiendo lo ya expresado en el ATC 262/1994, de 3 de octubre" (STS de 11 de julio de 2001).

Lo que obviamente nos obliga a la aplicación de un criterio por demás riguroso, preciso y respetuoso con la legalidad vigente, a la hora de adoptar una decisión de la naturaleza de la presente.

Decisión que, en todo caso, tampoco por otra parte contraría pronunciamientos anteriores de esta Sala que han venido considerando como extemporánea, y por ende excluida del tratamiento casacional, la alegación relativa a la competencia del Jurado cuando ésta se planteaba por primera vez ante nosotros (vid. por todas la STS de 24 de octubre de 2008), ni el Acuerdo del Pleno de esta Sala de 29 de enero de 2008 que proclama que "Conforme al art. 240.2 apartado 2 de la LOPJ, en todos los recursos de casación promovidos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o los Tribunales Superiores de Justicia, en el procedimiento del Jurado, la Sala sólo examinará de oficio su propia competencia. Las alegaciones sobre la falta de competencia objetiva o la inadecuación de procedimiento, basadas en la vulneración del art. 5 de la LOTJ, habrán de hacerse valer por los medios establecidos, con carácter general, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la LO 5/1995, reguladora del Tribunal del Jurado", pues en esta ocasión consta cómo anteriormente la Defensa ya solicitó, al menos, la inhibición del Tribunal profesional en la instancia, siendo ésta rechazada por la Audiencia, antes de la celebración del Juicio oral, en su Auto de fecha 26 de mayo de 2008.

Con lo que ningún reparo de carácter formal debe ya impedir el que, ante aquel pronunciamiento expreso del Tribunal *a quo*, el recurrente reproduzca ahora una pretensión referida, ni más ni menos, que a la vigencia de un derecho fundamental y que no puede tildarse de sorpresiva, irresoluta en la instancia, sobrevinida al resultado del Juicio ni, por lo tanto, extemporánea.

Tercero.—Dicho lo anterior y entrando, por consiguiente, en el análisis de fondo de la cuestión planteada hay que recordar cómo la competencia que nuestro ordenamiento otorga al Tribunal del Jurado viene establecida, en primer lugar y de manera directa, en el artículo 1 de la Ley que regula esa Institución, enumerando los delitos cuyo enjuiciamiento se atribuye al Tribunal de legos, entre los que se encuentran indudablemente dos de los ilícitos a los que se refiere este procedimiento, en concreto el asesinato (art. 139 CP) y el allanamiento de morada (art. 202 CP).

Pero junto con dicho criterio enumerativo de infracciones, la propia Ley, en su artículo 5, complementa la referida competencia con una serie de reglas, unas de carácter negativo, como las referentes a la exclusión de los delitos contra la vida no consumados, de la prevaricación aunque se encuentre conectada con otras infracciones competencia del Jurado y de aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado, sin que se rompa con ello la contención de la causa, y otras de contenido positivo o inclusivo, tales como las que aluden a la concreta responsabilidad por el grado de participación o de consumación del ilícito o cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos si alguno de ellos fuera de los atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado o para el caso del enjuiciamiento de diversas acciones u omisiones que constituyan una continuidad delictiva de infracción que, así mismo, fuera competencia del Jurado.

Finalmente, el apartado 2 de ese mismo precepto se refiere a los supuestos en los

que, por conexidad, la competencia del Tribunal del Jurado atrae a otros ilícitos que, en un principio, no debieran ser enjuiciados ante dicho Tribunal.

(...)

Con lo que, ahora nos hallamos, en realidad, es ante una nueva y específica norma atributiva de competencia por “conexión” (art. 5 LOTJ) que amplía incuestionablemente la relación “*numerus clausus*” (sic en la STS de 30 de junio de 2004) de tipos delictivos sometidos “*per se*” al conocimiento del Jurado, nueva y distinta norma competencial a la que obligadamente también habrá de atenderse y en la que, junto a la comisión delictiva por dos o más personas reunidas en actuación simultánea o en distintos lugares o tiempos si precedió concierto para ello [art. 5.2 párr. Primero.a) y b) LOTJ], se contempla igualmente como propios del enjuiciamiento por el Tribunal del Jurado, y éste es el aspecto que aquí sustancialmente nos interesa, los casos en los que unos y otros ilícitos se encuentren en una especial relación instrumental o de facilitación de su ejecución o de favorecimiento de la posterior impunidad.

Dice a este respecto, literalmente, la norma objeto de interpretación: “La competencia del Tribunal del Jurado se extenderá al enjuiciamiento de los delitos conexos, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los siguientes supuestos:... c) que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad”.

De modo que el precepto, tras establecer un claro criterio expansivo de la competencia del Tribunal de legos (“La competencia del Tribunal del Jurado se extenderá...”), frente a interpretaciones como la que se contiene en la Circular 3/1995 de la Fiscalía General del Estado, y proyectar esa expansión, como manifestación de una indudable “*vis atractiva*” favorable a este procedimiento, a los delitos en “conexión” con aquellos que inicialmente vienen ya atribuidos a esta clase de Tribunal (art. 1.2 LOTJ), delimita y concreta la clase de vinculación

que resulta necesaria para producir semejante efecto en orden a la competencia.

Mencionando, a ese respecto, aquellos casos en los que alguno de los delitos se hubiere cometido para a) perpetrar otros ilícitos ulteriores; b) facilitar la ejecución de otras infracciones posteriores; o c) procurar la impunidad de los delitos ya cometidos.

Sin que, por otra parte, el Legislador distinga, y por consiguiente excepcione, si en tales relaciones los delitos competencia directa del Jurado hayan de ser los que se cometieron inicial o posteriormente, por lo que debe entenderse que la atracción competencial se produce en ambos sentidos.

Estamos, por consiguiente, frente a una regulación que, como ya dijera expresamente la Sentencia de esta Sala de 14 de abril de 2005, se caracteriza por lo siguiente: “El artículo 5.2 de la LOTJ extiende la competencia del Tribunal del jurado a los delitos conexos, entre otros casos, cuando alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad. Su contenido no es una exacta reproducción del artículo 17.5 de la LECrim ni tampoco se trata de previsiones absolutamente diferentes, pues en este último caso para apreciar la conexidad se exige que los delitos imputados a la misma persona al incoarse causa contra ella tengan analogía o relación entre sí, lo que revela una mayor amplitud en la regulación. En el artículo 5.2 de la LOTJ, por lo tanto, quedarán incluidos aquellos supuestos en los que la relación entre los delitos sea una de las expresamente previstas.

Por otro lado, aunque esta previsión legal tiene algunas similitudes con el llamado concurso medial del artículo 77 del Código Penal, ambos preceptos no son enteramente coincidentes, pues en este último caso se exige que una de las infracciones sea medio necesario para cometer la otra, carácter de necesidad que no es exigido en esos términos en todos los supuestos previstos en el artículo 5.2 de la LOTJ, por lo que es posible afirmar la competencia del jurado para conocer de los delitos conexos aún en los

casos en que no se aprecie técnicamente el concurso medial.

Para ello, sin embargo, es necesario que exista una determinada finalidad en la comisión de los delitos conexos, pues la Ley exige que hayan sido cometidos: para perpetrar otros; o para facilitar su ejecución; o para procurar su impunidad. Por lo tanto, entre los delitos imputados debe haber una relación que pueda encuadrarse en alguna de las anteriores proposiciones”.

Cuarto.—Sobre la base de tales criterios interpretativos, procede a continuación pasar al examen de las vinculaciones existentes entre los diferentes delitos objeto de enjuiciamiento en el supuesto que nos ocupa, para determinar si los mismos eran en realidad competencia del Jurado como el recurrente denuncia en el Segundo de los motivos de su Recurso.

En primer lugar señalemos cómo el delito de allanamiento de morada, que supone el inicio del gravísimo desarrollo de los hechos delictivos imputados al recurrente, según el propio escrito de acusación, es por su mismo carácter competencia del Tribunal del Jurado, de la misma forma que también lo serían los dos asesinatos igualmente atribuidos a Cesareo (*ex art. 1.2 LOTJ*).

Seguidamente, y por lo que se refiere al delito de agresión sexual, resulta indudable, a semejanza de lo que ocurre con el robo con violencia, que su comisión se produce como consecuencia del allanamiento o, cuando menos, que dicha ejecución se ve claramente “facilitada” por la entrada o permanencia ilícita en el domicilio de las víctimas.

De modo que nos hallamos ante el supuesto de que ese allanamiento se produjo “para” perpetrar la agresión sexual y el robo, si es que se considerase que ambos objetivos criminales entraban desde un primer momento, al menos como posibilidad, en los designios de su autor o, incluso excluyendo tal posibilidad, sin que quepa duda, al menos, de que con el ingreso en la vivienda se “facilitó su ejecución” [art. 5.2.c) LOTJ].

El robo, así mismo, también resultó incuestionablemente “facilitado” por los asesinatos previos, delitos que, como ya se adelantó, son igualmente competencia del Jurado (art. 1.2 LOTJ).

(...)

Por lo tanto, puede aceptarse que entre los dos asesinatos y el delito de robo existe alguna de las relaciones previstas en el artículo 5.2.c) de la LOTJ, concretamente la referida a la comisión de un delito para facilitar la comisión de otro, lo que determina la competencia de este Tribunal.

Por otro lado, que la profanación del cadáver de una de las víctimas sólo fue posible con la “facilitación” que para ello supuso el previo asesinato, es algo obvio, y con ello, de nuevo resulta aplicable a la determinación de la competencia para el enjuiciamiento de esa infracción el artículo 5.2 párrafo primero c).

A su vez, por lo que respecta al Robo con intimidación ulteriormente intentado, en un cajero bancario y ya fuera del lugar de los hechos, es igualmente evidente que se trata de una conducta delictiva “facilitada” por el acceso ilícito del autor al domicilio en donde se guardaba la tarjeta utilizada. Siendo por otra parte también posible el enjuiciamiento por separado de este hecho, sin que con ello se produjera indeseada fractura alguna de la continencia de la causa (art. 5 párr. 2 LOTJ).

Y, finalmente, tanto el incendio como el quebrantamiento de condena, no reintegrándose el recurrente al Centro penitenciario en el que se encontraba internado, con el fin de eludir la acción de la Justicia por los graves hechos de los que, según de nuevo las Acusaciones, habría sido autor, entran plenamente dentro del tercer inciso del reiterado artículo 5.2 párrafo primero c) de la Ley del Tribunal del Jurado, pues su finalidad no fue otra que la de “procurar su impunidad”, destruyendo las huellas y vestigios que pudieran servir para su identificación (incendio) o huyendo de la acción de la Justicia (quebrantamiento de condena).

De modo que, en definitiva, debe afirmarse la competencia del Tribunal del Jurado para el enjuiciamiento de todos los delitos objeto de este procedimiento, por la vinculación existente entre ellos y que satisface cumplidamente las exigencias de los artículos atributivos de esa competencia al Tribunal de Jueces legos.

Y todo ello a pesar de ser plenamente consciente este Tribunal de las enojosas consecuencias que una tal conclusión ha de tener para el órgano jurisdiccional correspondiente y, de modo mucho más especial y digno de respeto, para los familiares de las víctimas de los hechos enjuiciados, asumiendo no obstante nuestra seria responsabilidad respecto de la tutela de los derechos fundamentales que al recurrente asisten, en concreto su derecho a ser juzgado por el Tribunal predeterminado por el Legislador, cuyo explícito mandato, en materia de atribución de competencia, nos está vedado a los Tribunales de Justicia burlar, de acuerdo con la doctrina constitucional más arriba expuesta.

Quinto.—Por consiguiente, ha de concluirse en la estimación del motivo analizado, a fin de que conozca de las presentes actuaciones el Tribunal del Jurado, sin considerar necesaria, por otro lado, la anulación

de los actos precedentes a la propia etapa del enjuiciamiento, convalidando, por tanto, las fases previas de instrucción e intermedia, particularmente en cuanto a los escritos de calificación y la decisión de apertura del Juicio oral, toda vez que en las mismas no se vulneraron derechos fundamentales del acusado ni se le causó indefensión alguna, si bien deberá tenerse la obligada precaución de depurarse la documentación de la causa que pase al conocimiento del Magistrado Presidente y, en su día, al de los miembros del Jurado, de acuerdo con lo dispuesto al respecto en el artículo 34 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo.

Razones por las que, conforme a lo dicho, ha de estimarse parcialmente el Recurso interpuesto, con reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la designación del Magistrado al que por turno corresponda la Presidencia del Tribunal del Jurado (art. 35.2 LOTJ) para, a partir de ese trámite, proseguir las actuaciones, con celebración de nuevo Juicio y dictado del Veredicto y Sentencia que procedan conforme a Derecho, a fin de cumplir con el derecho del acusado a ser juzgado por el Juez legalmente establecido por la Ley para el enjuiciamiento de los delitos que son aquí objeto de enjuiciamiento, que no es otro que el Jurado.

Sentencia 817/2009, Sala de lo Penal del TS, de 29 de junio de 2009

REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO Y EXTORSIÓN

Arts. 243 y 455 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se recoge la doctrina jurisprudencial relativa al delito de realización arbitraria del propio derecho, insistiendo en las modificaciones introducidas en el Código Penal vigente en relación a la regulación precedente y matizando sus diferencias frente a la extorsión prevista en el artículo 243 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Como declaran las SSTS 1243/2003 y 501/2004, el delito de realización del propio derecho... ha sido modificado por el Código Penal de 1995, que ha extendido esta figura delictiva a la realización de cualquier derecho, suprimiendo la exigencia de que se cometa mediante el apoderamiento de cosa perteneciente al deudor, y se admite que pueda realizarse, no sólo con violencia e intimidación, sino también con fuerza en las cosas.

La jurisprudencia de esta Sala, ha analizado los requisitos de esta figura delictiva:

a) En cuanto a la relación jurídica extrapenal preexistente, se exigía que el autor del delito fuera titular de un crédito lícito, vencido y exigible (SS. de 30-5, 20-9 y 25-11-1985), y si la deuda no fuese exigible se concreta en robo (STS 3-2-1981). Con la nueva redacción dada al tipo de realización arbitraria del propio derecho en el art. 455 del CP de 1995, cabe aplicar este respecto de derechos no crediticios u obligacionales, como los derechos reales. Tampoco se exige rigurosamente que ese derecho propio tenga que encontrarse absolutamente liquidado, en cuanto a su cuantificación, pues basta con que se tenga un derecho propio, y para realizarlo se acuda a vías no legales. Es evidente que el vencimiento y exigibilidad se predica más bien de los créditos obligacionales, y vemos que ahora no es exactamente necesario. Y de otro lado, sería absurdo hacer depender tal consideración de la previa existencia y determinación en sentencia judicial, pues ésta ya supone haber acudido a los cauces legales. De modo que este “derecho propio” que exige el tipo, ha de ponerse en relación con su misma existencia jurídica, antes de ser reclamado, y la creencia errónea del mismo podría hacer entrar en juego la teoría del error.

b) En cuanto a la dinámica, en relación al tipo del art. 337 del CP de 1973, se admitió por la jurisprudencia, que el delito pudiera perpetrarse mediante el apoderamiento de la cosa debida o de otra, puesto que el patrimonio del deudor responde con todos sus bienes (SSTS 14-11-1984, 15-3-1988, y 24-4-1992), pero se estimaban constitutivos de delito contra el patrimonio los apoderamientos que superasen de forma importante el valor de lo adeudado (STS 3-2-1981). Con la nueva redacción, si se trata de hacer efectivos derechos de propiedad o reales, se acudirá a vías no legales, y ya no es necesaria la apropiación de bienes concretos. Ha habido sentencias que exigían el requerimiento previo directo y personal al presunto deudor (SSTS 12-2-1990 y 21-3-1991). Hoy, sin embargo, la dinámica comisiva requiere emplear violencia, intimidación o fuerza en las cosas, no exigiéndose para su consumación la efectiva realización del derecho que se considera lesionado por el agente.

c) En cuanto al propósito de realizar un derecho propio, elemento subjetivo del injusto, la jurisprudencia (SS 3-2-1991 y 26-2-1982) ha entendido que no se exige ánimo de lucro, lo que marca la diferencia con el robo (y con la extorsión). La intención de enriquecimiento injusto preside el delito de robo, mientras en el art. 455 del CP de 1995, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto.

Pues bien, este elemento básico en el delito tipificado en el art. 337 del CP de 1973 y del art. 455 del CP de 1995, requiere la existencia de una deuda —genéricamente considerada— a favor del acusado, como dice la reciente STS 650/2008, de 23 de octubre.

Esto es lo que ocurre también en el caso de autos, pues el derecho de Franco a percibir una indemnización por el accidente padecido está fuera de toda duda, y sin que, en consecuencia, pueda entenderse que su actuar fuera guiado por ánimo de lucro, más

allá de contornos particulares del ejercicio de su acción, lo que aquí, naturalmente, no puede cuestionarse ni precisarse. Pero este requisito impide tener por existente el postulado delito de extorsión, que requiere indudablemente este elemento, como pone de manifiesto, entre otras, con toda claridad la STS 1174/2004, de 21 de octubre.

Cierto es que los tipos penales definidos en el art. 455 y en el 243 del Código Penal, no han sido deslindados siempre con demasiada nitidez en la jurisprudencia de esta Sala, pero el elemento del ánimo de lucro y el

principio de especialidad, han de ser elementos esenciales en esta tarea.

Por consiguiente, teniendo en consideración la literalidad de los hechos probados, que señalan que “en todas las ocasiones en las que le exigieron el cobro de la indemnización, ambos acusados le manifestaron que si no pagaba le matarían a él y a su familia, y le pondrían una bomba en su negocio”, y correlativamente que no consta el ánimo de lucro en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, han de ser desestimados, ambos reproches casacionales.

Sentencia 740/2009, Sala de lo Penal del TS, de 30 de junio de 2009

INMIGRACIÓN CLANDESTINA

Art. 318 bis Código Penal

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

SÍNTESIS

Se trae a colación el convenio de Schengen, para concluir que el acceso a la península desde la ciudad de Ceuta, burlando los controles establecidos constituye el delito de inmigración clandestina previsto en el artículo 318 bis del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

En lo que concierne a la referencia de que los supuestos inmigrantes ya se encontraban en Ceuta, desde donde se dirigían a otra ciudad española, debemos recordar que ello no supone la exclusión del régimen de control de acceso de extranjeros. En efecto el Instrumento de 23 de julio de 1993 de ratificación por el Reino de España del Acuerdo de 19 de junio de 1990 para la aplicación del Convenio Schengen de 14 de junio de 1985,

publicado en Boletín Oficial del Estado de 5 de abril de 1994, se recoge el siguiente apartado del acta final:

III. Las Partes contratantes toman nota de las siguientes declaraciones del Reino de España:

1. Declaración relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla;

a) Seguirán aplicándose por parte de España los controles actualmente existentes para mercancías y viajeros procedentes de

las ciudades de Ceuta y Melilla previos a su introducción en el territorio aduanero de la Comunidad Económica Europea, de conformidad con lo previsto en el protocolo número 2 del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas.

b) Continuará igualmente aplicándose el régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo entre Ceuta y Melilla y las provincias marroquíes de Tetuán y Nador.

c) A los nacionales marroquíes no residentes en las provincias de Tetuán y Nador y que deseen entrar exclusivamente en las ciudades de Ceuta y Melilla, se les seguirá aplicando un régimen de exigencia de visado. La validez de este visado será limitado a las dos ciudades citadas, y permitirá múltiples entradas y salidas (), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.3 y 11.1a) del Convenio de 1990.

d) En la aplicación de este régimen serán tenidos en cuenta los intereses de las otras Partes contratantes.

e) En aplicación de su legislación nacional y con el fin de verificar si los pasajeros siguen cumpliendo las condiciones enumeradas en el artículo 5 del Convenio de 1990, en virtud de los cuales fueron autorizados a entrar en territorio nacional en el momento del control de pasaportes en la frontera exterior, España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español.

A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por transbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio.

Así pues resulta evidente que el acceso desde Ceuta a la península burlando el citado control constituye la actividad de inmigración que, carente de la pertinente autorización es ilegal.

El motivo se rechaza.

Sentencia 813/2009, Sala de lo Penal del TS, de 7 de julio de 2009

COAUTORÍA

Art. 28 Código Penal

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

SÍNTESIS

De las diversas cuestiones tratadas en la sentencia, extractamos la doctrina relativa al concepto de coautor y sus elementos constitutivos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Una vez hecha esta advertencia, y centrados ya en el fondo del motivo, es importante

destacar que la coautoría por condominio del hecho requiere, en primer lugar, según un asentado criterio doctrinal, un mutuo acuerdo encauzado a la realización del hecho delictivo conjuntamente, 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 dominio 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 pertenezca.

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.

Sentencia 867/2009, Sala de lo Penal del TS, de 8 de julio de 2009

FALTA DE MOTIVACIÓN DEL VEREDICTO

Arts. 24 y 120.3 CE y 61.1.d) LOPJ

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

SÍNTESIS

Falta de motivación del veredicto del Jurado no apreciada por el Magistrado-Presidente ni subsanada por éste en su sentencia y que, sin embargo, e indebidamente llevó a cabo el Tribunal de apelación supliendo por completo una valoración previamente inexistente por otra suya careciendo de la necesaria inmediatez.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La falta de motivación de la prueba por el Jurado en el objeto del veredicto constituye la alegación del motivo primero, amparado en el art. 5.4 de la LOPJ, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y 120.3 de la Constitución Española (...).

4. La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, LO 5/1995, de 22 de mayo, modificada por Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, y Ley 38/2002, prevé la disolución anticipada del Jurado en su art. 49, cuando, una vez concluidos los informes de la acusación, el Magistrado-Presidente, a solicitud de la defensa o de oficio, estime que del juicio “no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado”. Es obvio que por el momento procesal de que se trata, anterior a la deliberación y votación del veredicto, esa apreciación de falta de prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia debe sustentarse en su inexistencia, en su ilicitud o en su invalidez. Deja necesariamente fue-

ra el posterior problema de la motivación, integrada ya por el Tribunal Constitucional en el derecho a la presunción de inocencia cuando es irrazonable o ilógica, y en el de la tutela judicial efectiva cuando directamente es insuficiente para conocer el criterio del Tribunal. Ciertamente es que el art. 61.1.d) luego exige en el acta del veredicto la expresión de los elementos de convicción atendidos para hacer la declaración de hechos probados y no probados, con “una sucinta explicación de las razones” de ello; y que se devolverá el acta al Jurado cuando incurra en algún defecto relevante en el procedimiento de deliberación y votación [art. 63.1.e)]. Sin embargo este mecanismo de devolución no despeja el problema de la motivación ilógica o irracional, conectada ya, como quedó dicho, a la presunción de inocencia, sino sólo el problema de la falta o carencia, en sentido formal, de las razones exigidas por el art. 61.1.d), como condicionantes de la validez del veredicto. Así se deduce de que a la tercera devolución sin subsanarse el defecto se ordene la disolución del Jurado y convocatoria de Juicio Oral con nuevo Jurado (art. 65), algo que obviamente no se corresponde

con la hipótesis de los razonamientos que, existiendo, son insuficientes desde la racionalidad y la lógica del criterio valorativo, para desvirtuar la presunción de inocencia, y que con esas deficiencias sólo pueden llevar a la absolución, no a la repetición del Juicio.

El problema está en determinar dentro del marco constitucional ya examinado el alcance y la interpretación de la norma contenida en el art. 61.1.d) de la LOPJ y concretamente de la exigencia de una “sucinta explicación de las razones” 175 en que se basa la resultancia fáctica:

La Sentencia de esta Sala Segunda n.º 487/2008 de 17 de julio ha declarado que “la explicación sucinta de razones que el art. 61.1.d) de la Ley manda incluir en el correspondiente apartado del acta de votación, puede consistir en una descripción detallada, minuciosa y crítica de la interioridad del proceso psicológico que conduce a dar por probados o no los hechos que se plasman en el objeto del veredicto. Esta opción, solo accesible a juristas profesionales, sobrepasa los niveles de conocimiento, preparación y diligencia que cabe esperar y exigir a los componentes del Jurado. A esta postura se contraponen una posición minimalista de que estando al conjunto de las pruebas practicadas, el Jurado se abstiene de otras precisiones y así las cosas, declaraba probados unos hechos y no probados otros de la totalidad de los propuestos. Esta opción podría entenderse insuficiente porque al adoptarla sólo expresa que no se ha conducido el Jurado irracionalmente, ni ha atentado contra el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Cabe finalmente una tesis razonable intermedia, en la que el Jurado, en la sucesiva concatenación de los hechos objeto del veredicto, individualiza las pruebas y cualesquiera otros elementos de convicción cuyo impacto psicológico le persuade o induce a admitir o rehusar la versión histórica de los respectivos acontecimientos. Esta es la opción más razonable. Es cierto que, cuando se trata de sentencias

dictadas por el Tribunal de Jurado, no puede exigirse a los ciudadanos que integran el Tribunal el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que debe exigirse al Juez profesional y por ello la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado sólo requiere en el art. 61.1.d) que conste en el acta de votación la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar como probados unos determinados hechos. Con ello se integra la motivación del veredicto que debe ser lo suficientemente explícita para que el Magistrado Presidente pueda cumplir con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone el art. 70.2 de la Ley, completando aquellos aspectos (SSTS 956/2000 de 24 de julio; 1240/2000 de 11 de septiembre, 1096/2001 de 11 de junio).

(...)

5. En el caso presente el recurrente denuncia la falta de motivación de la prueba en los particulares fácticos del veredicto señalados con los números 23, 24, 28, 29 y 59. A partir de la doctrina examinada, procede hacer las siguientes previsiones:

a) De estos cinco párrafos de los hechos del veredicto, es intrascendente la falta de motivación de los apartados 28 y 29, por ser irrelevantes para la calificación los hechos mismos que están en esos números; uno refiere que el acusado se cortó con el cuchillo en la palma de la mano derecha por lo que sangró abundantemente, y el otro refiere que el acusado tras agredir a su víctima se limpió “con un pañuelo blanco” parte de la sangre, y “tapó los pies de la víctima” para evitar que fuera fácilmente visto el cadáver y “se cambió de ropa”. Datos fácticos cuya inclusión o exclusión en nada afecta al hecho jurídicamente relevante, por lo que tampoco importa la falta de expresión de las razones de su inclusión en el relato fáctico de la sentencia.

b) Distinto es lo que sucede con los otros que atañen precisamente al presupuesto de hecho de la alevosía. Se declara proba-

do que la víctima no tuvo “posibilidad alguna de defenderse”, y que el acusado actuó “inopinadamente y dejando sin posibilidad de defenderse” a la víctima. Sin embargo la explicación sucinta de las razones de afirmarlo así se limita a expresar que sus elementos de convicción han sido “las pruebas forenses y policiales” (n.º 23) y que “todas las pruebas nos llevan a pensar que esto sucedió así” (n.º 59).

No hay verdadera expresión sucinta de razones justificativas de tales datos. En el primer caso porque se limita a citar “los elementos de convicción”, que es una primera exigencia del art. 61.1.d) distinta de la segunda que también contiene de hacer “sucinta explicación de las razones” por las que se declara o no determinados hechos como probados; explicación que aquí no existe. Y en el segundo caso porque la que aparentemente existe al decir que “todas las pruebas nos llevan a pensar que esto sucedió así” carece de una mínima estructura de racionalidad y lógica valorativa que exprese precisamente el porqué han llegado a pensar así, a partir de todas las pruebas. Lo que pretende ser una sucinta explicación de razones no pasa de ser la misma afirmación que debía ser racionalmente explicada, y lo sucinto de la frase no cumple en este caso la exigencia de una razonada explicación. De hecho el destinatario de la resolución permanece en el total desconocimiento del criterio valorativo, y en la imposibilidad de controlar la racionalidad de una valoración, que ignora por completo.

c) El Magistrado Presidente no completó ni subsanó la deficiencia. Se limitó a decir que el Jurado “tras escuchar todas las pruebas practicadas entiende en conciencia que la acción delictiva resultó conforme a lo comentado en los apartados anteriores”, sin

que sepamos, dentro de los parámetros constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva ya descritos anteriormente, si se trata de una valoración arbitraria o racional y lógica en términos que permitan el control de la observancia del derecho fundamental a la presunción de inocencia, respecto al dato fáctico en que se apoya la apreciación de la alevosía. La remisión que seguidamente hace el Magistrado Presidente a la prueba testifical, dictamen forense, manifestaciones de familiares y funcionario de Policía y diligencia de autopsia, con ser enumeración o listado de pruebas que ya constan en el acta del juicio oral, reitera lo que con su lectura ya se sabe, y nada aporta acerca de la racionalidad de una valoración probatoria no arbitraria, que no se expresa.

d) Es el Tribunal superior de Justicia el que en trámite de apelación entra en esta cuestión examinando las pruebas y estableciendo correlaciones entre ellas haciendo una extensa valoración de las pruebas que no presenció y que por lo mismo es una valoración carente de aptitud para suplir y salvar lo que no hizo el Tribunal del Jurado, ni en el veredicto ni en la sentencia. La sentencia de apelación de ese modo no controla la presunción de inocencia a través de la homologación de la racionalidad del juicio valorativo de las pruebas en la instancia sino que directamente lo sustituye supliendo por completo una valoración previamente inexistente, por otra suya y enteramente propia pero sin el presupuesto condicionante de la inmediación.

e) La consecuencia de lo expuesto es la necesidad de excluir del hecho probado las referencias al presupuesto material de la indefensión por exigencia de la presunción de inocencia no desvirtuada, en ese particular concreto del hecho objeto de acusación.

Sentencia 754/2009, Sala de lo Penal del TS, de 13 de julio de 2009

SENTENCIA DE CONFORMIDAD

Arts. 24 CE; 787 LECrim. y 70 Código Penal

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

SÍNTESIS

Sentencia de conformidad cuyo acceso a la casación resulta justificado como también lo está la estimación del recurso al haberse impuesto una pena que no resulta legalmente procedente, ignorando los cánones dosimétricos imperativamente establecidos en el Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Antes de acometer la resolución de las dos cuestiones sustantivas planteadas debemos dejar sentado el criterio que esta Sala sustenta, sobre la posibilidad excepcional de combatir sentencias de conformidad a través del recurso de casación.

1. La regla general negativa se sustenta en la consideración de que la conformidad del acusado con la acusación garantizada y avalada por su letrado defensor comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el Tribunal casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado libremente y sin oposición. Las razones de fondo que subyacen en esta tesis, pueden concretarse en tres:

a) El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente y con el asesoramiento jurídico necesario.

b) El principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla *pacta sunt servan-*

da, que quebraría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado.

c) Las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad.

Ahora bien, esta regla general está condicionada por una doble exigencia:

a) Que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad.

b) Que se hayan respetado en el fallo los términos del acuerdo entre las partes.

Dentro del primer apartado se justificaría un recurso de casación cuando la pena impuesta no sea legalmente procedente conforme a la calificación de los hechos, sino otra inferior vulnerándose el principio de legalidad, que debe imperar como garantía

constitucional que impide imponer sanciones que no se ajusten a las previsiones del hecho sancionado.

2. Desde otro punto de vista es oportuno traer a colación el intento de los recurrentes de corregir el desliz legal que a su juicio se había producido, a cuyo efecto presentaron solicitud instando aclaración de sentencia que fue rechazada por auto de 28 de noviembre de 2008, en el que la Sala con buen criterio, a pesar de no desconocer su posible error, considera que la modificación sentencial interesada entrañaba una nueva operación valorativa, interpretativa o apreciativa que excedía de la simple aclaración.

El Fiscal por su parte, ceñido de forma rigurosa al principio *pacta sunt servanda* realiza una interpretación del acuerdo de conformidad alcanzado por acusador y acusados, en términos civilísticos, absolutamente queridos por las partes como equilibrio transaccional del proceso y nos dice:

“... los propios letrados dicen expresamente en sus escritos, que llegaron a un acuerdo con el Fiscal sobre la responsabilidad penal, sin acordarse ninguna modificación en cuanto a las penas de multa, por lo que la conformidad y en eso pensaba este Fiscal, consistiría en reducir enormemente las penas y mantener las multas en su integridad, acuerdo que fue adoptado por los letrados en tales términos y sometido a la Sala, la cual, de acuerdo con la legalidad, debía dictar sentencia de estricta conformidad con el acuerdo de las partes”.

Sin que le pueda asistir alguna dosis de razón el Fiscal, el del Tribunal Supremo, con superior criterio enmendó la posición mantenida en la instancia, apoyando los motivos planteados.

La idea definitiva es que el Fiscal y las partes puedan alcanzar cualquier acuerdo, siempre que la penalidad acordada se acomode a los cánones dosimétricos imperativamente establecidos en el Código.

En caso de penas conjuntas, si se aumentan o rebajan lo hacen todas ellas, esto es, la penalidad prevista en el precepto abarca a todas las individuales sanciones asociadas al tipo penal. Dentro de cada marco penológico las penas pueden moverse del modo que las partes tengan por conveniente, pero si se suben o bajan no pueden hacerlo unas sí y otras no, manteniendo distintos niveles de gravedad. Cuando se sube o baja la pena en uno o dos grados las nuevas magnitudes dosimétricas encierran como en un compartimento todas las penas previstas por la ley al mismo nivel de gravedad o intensidad (véase por todas STS n.º 591/2003 de 15 de abril).

El criterio del art. 70 CP para subir o bajar es imperativo, y rige por encima de la voluntad de las partes. Si se acuerda bajar una penalidad, las penas posibles que integran la nueva penalidad debían descender en gravedad en los términos estrictos previstos en el artículo mencionado.

El acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2007, prevé una particular forma de elevar la pena de multa en relación a los arts. 369 y 370 CP y que en evitación de ciertas contradicciones se optó por un criterio especial, pero respecto al descenso o rebaja de la pena de multa proporcional las reglas vigentes son las del mentado art. 70 CP.

3. Hechas las precedentes consideraciones y teniendo en cuenta la legalidad vigente antes de la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, rebajada la pena privativa de libertad prevista en el art. 369 y en el 370, en dos grados, ya que ambos preceptos resultan de aplicación, determinará una reducción también en dos grados de la multa que, por el contrario, se impone en igual medida.

Así, la pena de multa proporcional parte del valor total de la droga, en cuanto a los acusados, integrantes de una organización o actuando coordinadamente y de mutuo acuerdo, se les incautó sustancias tóxicas

que alcanzaban un valor total de 16.403 euros, despreciando los céntimos.

La pena pecuniaria del art. 369 CP oscilaría del tanto al cuádruplo del valor de la droga, es decir de 16.403 a 65.612 euros. La pena que se solicitaba por el Fiscal antes de descender dos grados era de 60.000 euros.

Por su parte la pena de multa que corresponde al marco punitivo del art. 370 es del tanto al sextuplo del valor de la droga, o lo que es lo mismo, desde 16.403 a 98.418. El Fiscal interesada la multa de 90.000 euros.

Si la pena privativa de libertad interesada por el Fiscal es dos grados inferior a la básica o referencial de la que se parte, la multa ha de descender también en dos grados. Conforme al art. 70.1.º y 2.º, en ambos casos habría que reducir de su cifra mínima (16.403 euros) la mitad de la misma, que constituiría el mínimo de la nueva pena, que abarcaría de 8.201,5 a 16.403 euros. Ésta sería la pena inferior en un grado. Si quisiéramos descender otro grado más, como se infiere de la oferta del Fiscal, habría que hacer la misma operación, reduciendo a la mitad la cifra mínima, es decir la nueva pena pasaría a ser de 4.100,75 a 8.201,5 euros. Si esta es la sanción legal pecuniaria, reducida en dos grados, tanto para el caso del art. 369, como en el art. 370, la mayor cantidad de pena dineraria posible dentro de la legalidad sería de 8.201,5, para todos los recurrentes a quienes esta decisión beneficiosa debe afectar de conformidad al art. 903 LE-Crim.

4. Observando que el tribunal de instancia no ha señalado el correspondiente arresto sustitutorio para caso de impago, deberá proceder a su señalamiento en ejecución de sentencia oyendo al Fiscal y al interesado, en especial a este último en caso de optar por la sustitución de la pena pecuniaria por trabajo en beneficio de la comunidad (art. 53.2 CP), teniendo presente el límite de 1 año, no imponiéndola al condenado a 6 años de prisión; ni tampoco al que se le imponen 4 años, límite existente antes de la reforma de la Ley 11/2003, que aunque teó-

ricamente la pena señalada no excede de 4 años, no cabría añadir arresto sustitutorio complementario, so pena de producirse un agravio comparativo con aquellos a los que se les puede sancionar con 4 años y 1 día; ello conforme al acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 1 de marzo de 2005, que establece:

“La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53 CP”.

5. La misma incoherencia o distorsión que se producía en la ausencia de una rebaja paralela de dos grados en la pena de multa se produce en relación a la pena accesoria de inhabilitación absoluta.

Con anterioridad a la modificación de las conclusiones provisionales el Fiscal interesaba penas iguales o superiores a 10 años de prisión y preveía la inhabilitación absoluta; rebajadas a 6, 4 y 2 años respectivamente las penas privativas de libertad resulta absolutamente inaplicable e improcedente la imposición de la pena accesoria prevista en el art. 55.

El artículo 56 CP que ahora es el aplicable, prevé en las penas de prisión inferiores a diez años la imposición como accesoria de alguna de las siguientes, haciendo referencia a varias. Esa es la redacción anterior a la tan mencionada Ley Orgánica 11/2003, que es la aplicable por lo que lo procedente es señalar exclusivamente una (en su redacción vigente el precepto habla de alguna o algunas de las penas que allí cita.

La accesoria procedente será, como interesa el Fiscal, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, en cuyo sentido deben modificarse las penas impuestas de inhabilitación absoluta, siendo aplicables a todos los procesados a los que se les impongan (art. 903 LECrim.).

La pretensión, por tanto, debe igualmente estimarse.

Sentencia 755/2009, Sala de lo Penal del TS, de 13 de julio de 2009

QUEBRANTAMIENTO DE LA PENA DE ALEJAMIENTO. AMENAZAS

Arts. 169 y 468 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se resumen los argumentos por los cuales se considera irrelevante la voluntad de la mujer a la hora de determinar la existencia de delito de quebrantamiento de la pena o medida de alejamiento. Por otra parte, se entiende que la reiteración de amenazas a la misma persona no rompe la existencia de un mismo delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...)

Los caracteres esenciales del delito básico del art. 169 son:

1.º) El bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida.

2.º) Es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo.

3.º) El contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio en hechos o expresiones, de causar a otro un mal que constituya delito de los enumerados; anuncio de un mal que debe ser serio, real y perseverante, de tal forma que ocasione una repulsa social indudable.

4.º) El mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible que dependa exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y produzca la natural intimidación en el amenazado.

5.º) Este delito es eminentemente circunstancial, debiendo valorarse la ocasión

en que se profiera, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y sobre todo posteriores al hecho material de la amenaza.

6.º) El dolo específico consiste en ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin o “ánimo intimidatorio evidente contra la víctima”.

De todos esos elementos se revela como mas importante, a efectos de la resolución del motivo, su naturaleza de delito de simple actividad, lo que significa que todos los actos amenazantes dirigidos contra la misma persona constituyen un solo delito.

La insistencia o reiteración en la amenaza no hace nacer tantos delitos, como actos intimidantes se ejecutan. El bien jurídico lesionado es el mismo y la repetición, naturaleza, intensidad o gravedad de las amenazas dan lugar a la aplicación de uno u otro tipo delictivo (uno solo) de los que regulan este delito, pudiendo tener su reflejo, en cualquier caso, en la individualización de la pena.

Un nuevo delito de amenazas sólo puede cometerse, cuando las amenazas soportadas por un tercero son denunciadas y se confi-

gura de forma irreversible el objeto procesal sobre el que recaerá la cognitio judicial. Hasta ese momento las amenazas, como delito de simple actividad, integrarán un solo delito y en nuestro caso ese delito ya fue juzgado (cosa juzgada) y el tribunal no puede condenar de nuevo. El fundamento jurídico 2.º, ap. 2.º, confirma que las amenazas siempre fueron de muerte y el sujeto pasivo fue el mismo.

El motivo se estima.

Séptimo.—(...)

5. Acerca de la medida de alejamiento (art. 468.2 CP) es doctrina mayoritaria de esta Sala, de la que constituye excepción la S. 1156/2005 de 14-3, que como tal delito contra la Administración de Justicia se comete independientemente de la voluntad de la mujer de aceptar y consentir el acercamiento (véanse STS n.º 1079 de 3 de noviembre y 10/2007 de 19 de enero).

En primer término hemos de afirmar que no se ha acreditado que la mujer consintiera que el acusado entrara en su casa o se acercara a ella. La víctima y el que la acompañaba desde el bar a su residencia, no esperaban que el acusado estuviera dentro y la sentencia no explica como entró, aunque no es extraño entender que le abrieran la puerta los hijos. A lo sumo la ofendida consintió que durante poco espacio de tiempo y transito-

riamente, por ser navidad, el acusado pudiera ver a sus hijos y ello fue excepcional o episódico.

Pero independientemente de ello la voluntad de la víctima debe reputarse irrelevante por las siguientes razones:

a) El bien jurídico protegido es el principio de autoridad y además no cabe disponer por parte de la víctima de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal, si se entendiera que la razón última de la medida es la protección de estos bienes.

b) El consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho delictivo perseguible de oficio.

c) El derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor.

d) La práctica diaria nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la ex pareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o falsas promesas.

Por todo ello el art. 468.2 del CP ha sido debidamente aplicado.

Sentencia 796/2009, Sala de lo Penal del TS, de 15 de julio de 2009

TRÁFICO DE DROGAS

Arts. 368 y 369 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Cancedo

SÍNTESIS

Aborda detenidamente la sentencia el papel que cobra la determinación del principio activo en los derivados del “cannabis”, tanto a los efectos de si existe delito, como de la eventual apreciación de la causa de agravación por la “notoria importancia”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—El primer motivo que formula este coacusado alega la indebida aplicación del art. 368 CP, señalando que el porcentaje de principio activo del hachís objeto del tráfico se sitúa en el *factum* en el 2,8%, lo que implica —sostiene— que “tan escaso grado de pureza implica que la sustancia no pueda ser tenida por estupefaciente por cuanto no alcanza el mínimo psicoactivo”.

En el Pleno de esta Sala de 3 de febrero de 2005 se acordó establecer el principio activo del hachís en 10 miligramos de THC, por lo que el reproche no puede ser estimado.

En el mismo motivo se vierte otra alegación que nada tiene que ver con el art. 849.1.º LECrim. en que se ampara la censura casacional, sino con el error de hecho en la apreciación de la prueba, con base documental en el Informe Pericial Analítico de la sustancia incautada (folio 72) en el que se consigna que “el coeficiente de variación sobre el porcentaje de pureza en THC es de + - 4,5%”. De ahí, sostiene el recurrente, si la desviación posible en menos es superior a la propia pureza detectada, parece obvio, que, *in dubio pro reo*, la pureza, con arreglo a los criterios establecidos en el propio informe analítico, no superaría el mínimo legal para considerar que la sustancia es psicoactiva, y por tanto estaríamos ante cáñamo sin potencial psicoactivo, es decir, con un principio activo de cero y por tanto, carecería de la cualidad para ser tenida como sustancia estupefaciente.

La censura debe ser rechazada.

El producto objeto del tráfico pertenece a la planta “cannabis sativa”, considerada como droga incluida en las listas I y IV, del Convenio Único de Estupefacientes de 1961, cuyo cultivo está además expresamente prohibido por el art. 8.º de la Ley 17/67, de 8 de abril sobre estupefacientes y previsto expresa y nimonatim como hipóte-

sis típica punible. Siendo de destacar, además, que la riqueza de THC de cada planta, al ser un elemento natural dependiente del tipo, semilla, clima, terreno y demás circunstancias concretas, es indiferente a los efectos de su consideración como droga (sentencias de 20 de mayo, 11 de junio y 30 de septiembre de 1993), siendo sólo trascendente en función de la interpretación teleológica del precepto su condición de sustancia prohibida y su capacidad de lesión del bien jurídico de la salud que el precepto pretende tutelar lo que se da en las plantas mencionadas al contener, en mayor o menor proporción, el THC como sustancia activa.

Hemos declarado frecuentemente (véase por todas STS de 6 de junio de 2000 y 12 de junio de 2002), que, “a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, los derivados del cáñamo indico o “cannabis sativa”, son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contienen en su totalidad en las plantas o derivados. La concentración es diversa en cada una de las modalidades de presentación (marihuana, hachís y aceite)”. Es decir, que toda planta “cannabis sativa” o “cáñamo indico”, por propia naturaleza, contiene el tetrahidrocannabinol, que es su principio activo estupefaciente, principio activo que, con mayor o menor riqueza está presente en cualquier parte de la planta (raíz, tallos, hojas) y, naturalmente en sus derivados. Por eso hemos reiterado que no es indispensable la determinación de la concentración de THC en las sustancias derivadas del cáñamo indico o cannabis sátiva por ser ordinariamente irrelevante para la subsunción, al tratarse de drogas cuya pureza o concentración del principio activo no depende de mezclas o adulteraciones, como sucede con la heroí-

na o la cocaína, sino de causas naturales como la calidad de la planta.

Pero también lo es que una doctrina jurisprudencial consolidada precisa que para la aplicación del subtipo de notoria importancia, cuando se trata de cantidades moderadas de hachís (entre uno y cinco kg, de acuerdo con los módulos anteriores al acuerdo plenario de esta Sala de 19 de octubre de 2001, y entre dos y medio y doce kilogramos y medio, conforme a dicho acuerdo), se hace necesario conocer la concentración de principio activo pues si ésta fuese muy reducida (por debajo del 4%) nos encontraríamos ante una sustancia desnaturalizada que más que al hachís debe considerarse asimilada, en cuanto a su nocividad para la salud, a la griffa o marihuana (S. 14-06-2001, núm. 1140/2001, entre otras).

En tal caso el subtipo agravado no resulta aplicable en cantidades inferiores a los cinco kg (12,5 kg tras el acuerdo plenario de 19 de octubre de 2001), conforme a una doctrina reiterada en Sentencias de 15 de octubre de 1991, 25 de abril de 1994, 28 de abril y 8 de noviembre de 1995, 17 de abril de 1996, 18 de mayo, 23 de julio y 12 de septiembre de 1997, 4 de junio de 1998 y 14 de junio de 2001, núm. 1140/2001, entre otras.

Esta doctrina se encuentra sólidamente fundada en el bien jurídico protegido por la norma penal, dado que si éste consiste en la salud pública, el fundamento material de la agravación se encuentra en el mayor riesgo para la salud que se deriva de unas u otras drogas, daño o peligro que indudablemente se encuentra en función del principio activo, por lo que no tiene sentido alguno aplicar los módulos determinantes de la agravación por consideraciones meramente formales (el formato o apariencia del producto) en lugar de tomar en consideración su naturaleza básica (el daño que determina para la salud). Es por ello por lo que cuando la concentración de principio activo es muy baja el derivado del cannabis de que se trate tiene judicialmente la consideración de marihuana, lo que no afecta a su sanción penal por el tipo

básico, pero eleva el umbral a partir del cual se aplica el subtipo agravado.

Pese a que se han pretendido contraponer estas dos declaraciones jurisprudenciales (la irrelevancia general de la pureza en los derivados del cannabis y su relevancia en supuestos muy concretos o excepcionales), como si obedeciesen a criterios o doctrinas diferenciadas, no cabe aceptar esta supuesta contraposición, salvo en resoluciones aisladas, pues ambas declaraciones jurisprudenciales son complementarias y no contradictorias.

Es claro, como señala la S 14-06-2001, núm. 1140/2001, que la concentración de principio activo cumple un papel muy diferente en las drogas derivadas del cannabis sátiva (marihuana, griffa o Kif, hachís, resina, aceite, etc.) que en las drogas que son resultado de un proceso químico de elaboración como la heroína o la cocaína. En éstas el porcentaje o grado de pureza debe aplicarse sobre el total de droga en bruto ocupada para determinar la cantidad de droga pura de que se trata y saber si es o no de “notoria importancia” pues en función de la pureza de la sustancia pueden elaborarse mayor número de dosis: doscientos gramos de cocaína pura no se considera jurisprudencialmente un alijo de notoria importancia, y en consecuencia la ocupación del mismo alijo una vez mezclado (800 gramos, con una pureza del 25%) tampoco puede ser sancionado con la aplicación del subtipo agravado, aún cuando aparentemente supere el umbral de 750 gramos que este Tribunal utiliza actualmente para determinar la notoria importancia.

En cambio en el caso de los derivados del “cannabis sátiva” la proporción de principio activo (THC, tetrahidro-cannabinol) no tiene la misma relevancia, pues no determina en absoluto la “pureza” de la droga, ya que no existen productos con un contenido de principio activo del 100%. Es por ello por lo que, como regla general, dicha proporción es innecesaria para la aplicación de la agravación de notoria importancia, ya que ésta

se determina en función, en todo caso, del peso de la droga ocupada en estado bruto y de la naturaleza del producto (12,5 kilogramos para la griffa, 2,5 kg para el hachís y 500 gramos para el aceite).

Cuando la cantidad de hachís intervenido es muy elevada se aplica la agravante de notoria importancia aunque no se haya determinado la concentración de THC, pues en estos casos aún cuando la ausencia del dato del porcentaje de principio activo se interpretase en beneficio del reo, “ello sólo supondría que la sustancia pasaría de hachís a griffa o marihuana por su menor contenido de THC, en cuyo caso la notoria importancia se aplica, según reiterada jurisprudencia, a partir de los cinco kg (hoy 12,5), por lo que la apreciación de la agravante específica habría sido también legalmente correcta”, (sentencia 1729/2000, de 6 de noviembre).

En el caso examinado, la analítica oficial refleja que la sustancia incautada es hachís,

con una riqueza básica de THC del 2,8%. De acuerdo con la doctrina consignada, siendo el principio activo inferior al 4%, la sustancia podría ser considerada marihuana, que es también un estupefaciente de ilícito comercio, incluido en las listas del Convenio mencionado como droga prohibida y que en ningún caso la concentración de THC podría ser cero por las razones ya consignadas. Es decir, el tráfico y demás modalidades de conducta típica de esta clase de sustancia, constituye el delito del art. 368 en su modalidad de drogas o estupefacientes que no causan grave daño a la salud. Y siendo la cantidad objeto del ilícito tráfico de casi 1.600 kilogramos —que, como se ha dicho— es el dato a que hay que atender, ninguna duda cabe que sobrepasa sobremana la cantidad a partir de la cual se aplica la agravante específica de notoria importancia.

El submotivo debe también ser desestimado.

Sentencia 819/2009, Sala de lo Penal del TS, de 15 de julio de 2009

ESTAFA. DOBLE VENTA

Art. 251 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

SÍNTESIS

Se recoge la doctrina jurisprudencial relativa a la modalidad de estafa inmobiliaria conocida como doble venta y sus presupuestos jurídico-privados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

El relato fáctico de la sentencia, que debe ser respetado, declara que el acusado Romualdo y el representante legal de la socie-

dad Adarve Carlos María, vendieron a la querellante una vivienda en construcción por un precio cierto, recibiendo como parte del pago, la cantidad de 24.040 euros, conviniéndose en otorgar la escritura pública tan pronto finalizara la construcción. Se re-

fiere que surgieron problemas en la construcción, por lo que los acusados vendieron en escritura pública la finca entera a otra promotora, representada por Alejandro, reseñándose en un documento privado que uno de los pisos de la edificación en construcción había sido vendido. Quien figuraba como nueva propietaria se dirigió a la adquirente anterior en demanda de nuevo precio de venta.

En la fundamentación de la sentencia se afirma que los hechos declarados probados no han sido discutidos, mostrando su conformidad sustancial la acusación y la defensa. Basa la absolución del delito de estafa en el hecho de la falta de acreditación de un actuar engañoso por parte de los acusados en la venta sino “una serie de incumplimientos contractuales insuficientes para configurar el engaño penal” [que requiere] una actuación concreta previa o coetánea causante del acto de disposición para que pueda suprimirse el dolo civil y entre en el ámbito del dolo penal.

A tenor del relato fáctico la impugnación debe ser estimada. Como se recoge en la STS 203/2006, de 28 de febrero, situaciones como la que es objeto de la casación fueron objeto de encontradas posiciones jurisprudenciales. Por una parte, el criterio rigurosamente civilista según el cual la transmisión de la propiedad exige la concurrencia del título y el modo (artículos 609, 1095, 1462 CC) de forma que no consumándose la venta con la *traditio* el vendedor seguiría siendo dueño de la cosa y en consecuencia no realizaría ningún acto fraudulento mediante la segunda venta, tratándose en todo caso de un ilícito civil a resolver por las normas de dicho Código, Jurisprudencia tanto anterior como posterior a la reforma del artículo 531 por la Ley de 1983 (SSTS 17-12-1976, 17-11-1977, 19-05 y 18-10-1978, 22-07-1984, 25-02-1985, 26-07-1988, 26-05 y 15-10-1990, 29-01-1992, 19-06-1997, 2-04-1998, 20-07-2000, entre otras). Por otra parte, la Jurisprudencia que ha dado cabida a la do-

ble enajenación en supuestos de enajenación sin *traditio* y venta a un segundo comprador, por cuanto en estos casos el vendedor común se finge dueño de un bien que ya no le pertenece, como parece desprenderse de los artículos 1450 y 1473, ambos CC (SSTS 09-10-1968, 15-04-1970, 21-03-1977, 11-06-1979, 20-10-1988, 30-03-1990, 03-07-1992, 14-02-1994, 13-10-1998, 28-06-2002 n.º 1193, 19-11-2002 n.º 1927, entre otras). Tampoco podemos olvidar que incluso antes de la reforma de 1983 la doble venta ya se incardinaba por la Jurisprudencia en el artículo 531, primer párrafo, considerándose desde antiguo que incurría en estafa quien fingiéndose ser dueño de una cosa inmueble la enajenara, siendo por ello innecesaria la reforma excepto en lo relativo a incluir también los bienes muebles como objeto de la infracción.

Desde el punto de vista del Código Civil el artículo 1473, que se refiere específicamente a la doble venta, presupone una única parte vendedora y una pluralidad de partes compradoras intervinientes en ventas separadas, válidas pero no consumadas, como se deduce inequívocamente de dicho precepto, pues de no ser así no se trataría de un supuesto de doble venta sino de venta de cosa ajena. Por otra parte, el artículo 1450 CC, consagra el carácter consensual de la compraventa, sin que requiera para su perfección la escritura pública, establece la distinción entre la perfección y la conclusión del contrato, sin perjuicio de la eficacia meramente obligatoria del acuerdo sobre la cosa objeto del contrato y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, lo que parece ser más conforme a la finalidad perseguida por el Legislador que trata de preservar más la eficacia obligatoria del contrato que la consumación del derecho real, teniendo en cuenta que se trata de proteger en la mayoría de los casos a las víctimas de fraudes inmobiliarios que después de hacer entrega de anticipos sobre el precio de la compraventa en documento privado podían

verse desprotegidos frente a adquirentes posteriores amparados en el Registro de la Propiedad.

La última Jurisprudencia de la Sala se ha decantado claramente por la segunda tesis que considera suficiente la venta en documento privado sin “traditio” posterior para entender consumada la estafa en su modalidad de “doble venta”. Como expone la STS n.º 1193/02, de 28-06, con cita de la precedente de 14-02-1994, “la denominada estafa de doble venta, prevista y penada en el artículo 531.2 del Código Penal de 1973, fue modificada por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 introduciendo algunos supuestos delictivos que antes no estaban expresamente previstos, entre ellos precisamente este supuesto de la doble venta. Y en esa sentencia se recoge una cuestión esencial cual es que la existencia de la doble venta punible exige que el vendedor mantenga la disposición y la titularidad de los bienes vendidos de tal manera, que cuando realiza la segunda venta sepa y conozca la realización de la anterior, aunque haya sido en documento privado y no haya transmitido la disposición, exteriorizando de esta manera su propósito defraudatorio. Si hubiese dejado de tener la disposición al haberse consumado la venta anterior no existiría propiamente una segunda venta y simplemente se trataría de un contrato simulado o fingimiento de venta, modalidad de estafa que viene prevista en el párrafo primero del artículo 531 antes citado” añadiendo que si el vendedor, además de otorgar el documento privado de venta, cumpliéndose el perfeccionamiento del contrato como dispone el artículo 1450 del Código Civil, hubiese seguido la entrega de la cosa vendida, aunque hubiese sido simbólica o instrumentalmente, lo que hubiese determinado la consumación de la compraventa, al entregarse la disposición, la segunda venta no sería tal, sino que el sujeto fingiría ser dueño de algo que ya no es suyo, y esa conducta, como se ha expresado con anterioridad, viene prevista en el párrafo primero del artículo 531 del Código Penal

de 1973 que castiga al que fingiéndose dueño de una cosa mueble la enajenare y no incardinaría, por el contrario, en el párrafo segundo que exige, como se ha dejado expuesto, que la venta no se haya consumado”. La STS n.º 1927/02, de 19-11, abunda en esta línea, con cita de la S. 1193/02, argumentando que “los dos párrafos del art. 531 del CP, Texto de 1973, contemplan dos supuestos distintos, el de la venta consumada, mediante la realización del título y el modo, y el de la venta no consumada porque el vendedor, pese a la realización de un contrato —título— no ha transmitido la cosa —modo—, pero la venta ha sido realizada. A esta posición nos adscribimos con reiteración de la jurisprudencia de esta Sala que así ha interpretado este tipo penal. La argumentación de la sentencia impugnada, en cuanto refiere la atipicidad de la conducta declarada probada porque no existió una auténtica compraventa al no concurrir la “traditio”, entendiéndose que existe un derecho de crédito del “comprador” frente al vendedor, pero no una enajenación que pueda ser considerada como tal y presupuesto de la estafa inmobiliaria, no puede ser compartida toda vez que la interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 531 (TR 1973), permite distinguir los dos supuestos antes referidos: la venta consumada, con título y modo, y la realizada y no transmitida que es objeto de nueva enajenación, doble venta, al que se refiere el segundo párrafo del art. 531 del Código Penal aplicable a los hechos “Doctrina consolidada en la redacción actual del art. 251 CP 1995, cuyo apartado 1.º, además de variar la redacción del art. 531.1 del anterior Código extiende el tipo a la “cosa mueble” y añade el dolo específico “en perjuicio de éste (la víctima) o de tercero”, y el apartado 2 para el caso de la doble venta (o gravamen posterior a la venta), precisa que el tipo penal se comete cuando habiendo enajenado (la cosa) como libre, la gravare o enajenare nuevamente “antes de la definitiva transmisión al adquirente”, frase ésta que parece salir del paso de los problemas que

había venido planteando la necesidad o no de la *traditio* real o ficticia en la primera venta, resolviendo la polémica en favor del delito aunque falte la *traditio*.

Habrà pues, que constatar si la doble venta relacionada en el hecho probado reúne los requisitos exigidos en el art. 251.2 del Código Penal. Los requisitos exigidos para la sanción de la doble venta como delito son los siguientes:

1.º Que haya existido una primera enajenación, como lo fue en el caso aquella primera venta realizada a los querellantes, hoy recurrente.

2.º Que sobre la misma cosa antes enajenada haya existido una segunda enajenación “antes de la definitiva transmisión al adquirente”, es decir, antes de que el primer adquirente se encuentre con relación a la cosa adquirida en una posición jurídica tal que el anterior titular ya no esté capacitado para realizar un nuevo acto de disposición en favor de otra persona. En el presente caso el primer contrato se hizo en documento privado, que como tal no pudo tener acceso al Registro de la Propiedad, de modo que no hubo una primera transmisión “definitiva”, y por ello el acusado estaba en condiciones de volver a vender de nuevo, aunque fuera ilícitamente, art. 251.2, a favor de otras personas, como en realidad hizo a través de esa escritura pública a la promotora representada por Alejandro.

3.º Perjuicio de otro, que puede ser el primer adquirente o el segundo, según quién sea el que en definitiva se quede con la titularidad de la cosa doblemente enajenada, para lo cual hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 1473 CC. En el caso presente, los perjudicados han sido los primeros adquirentes que pese al pago realizado como señal y parte del pago, no han llegado a posesionarse del bien adquirido.

4.º Además, ha de concurrir el dolo como en todos los delitos dolosos, consistente en este caso en haber actuado el acusado en tales hechos con conocimiento de la concu-

rrencia de esos tres requisitos objetivos antes expuestos: la existencia de esas dos enajenaciones sucesivas sobre la misma cosa y del mencionado perjuicio.

En el mismo sentido la STS 805/2007, de 10 de octubre, que recuerda que la jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 1927/2002, de 19 de noviembre, 1651/2003, de 5 de diciembre, 203/2006, de 28 de febrero, y 1193/2002, de 28 de junio, reitera que no es precisa una efectiva *traditio* para afirmar la consideración de compraventa.

En un supuesto similar al presente, la STS792/2004, de 28 de junio, afirmaba que no es necesario que el sujeto pasivo haya sido privado de sus derechos, sino que sólo se requiere que el autor haya obrado infringiendo los deberes asumidos respecto del adquirente, aprovechando la diferencia entre el contrato existente entre las partes y la situación registral del inmueble y poniendo en peligro, mediante una segunda venta o la constitución de un gravamen, la adquisición de los derechos que acordó. Por lo tanto, una vez producida la segunda venta o la constitución de un gravamen, el delito ya ha quedado consumado, pues el perjuicio consiste en la situación litigiosa en la que quedan los derechos del perjudicado.

Por último y por citar una Sentencia más reciente, la 46/2009, de 27 de enero, que rechaza como argumento de atipicidad el que no hubiera *traditio* del inmueble objeto del contrato, ni real ni ficticia. En los hechos probados se describe la realización de una compraventa, con precio cierto, y fijación de plazo, sujeto a la terminación del edificio, para la entrega por escritura pública y pago del resto del precio. La posterior venta a una sociedad inmobiliaria, mediante escritura pública produce un indudable perjuicio al perjudicado que se integra en la tipicidad del art. 251.2 del Código Penal, del que es autor el acusado Romualdo y cooperador necesario el coacusado Alejandro, quien conocía la existencia de la venta anterior y colaboró en la realización de la estafa. Como cómplice Carlos María que participa en los

hechos como representante legal de Adarve, contribuyendo con la representación que ostentaba a la realización del delito.

En el supuesto de autos la tipicidad de los hechos declarados probados en el art. 251.3 del Código penal resulta de la comprobación de la concurrencia de los requisitos precedentemente expuestos. La denomina-

da estafa inmobiliaria, la estafa por doble venta de un inmueble, se produce por el aprovechamiento de una titularidad registral sobre un bien inmueble precedentemente vendido y realizar una segunda venta sobre algo respecto a la que no se ostentaba poder de dominio salvo la ficción de una apariencia registral.

Sentencia 767/2009, Sala de lo Penal del TS, de 16 de julio de 2009

TRÁFICO DE DROGAS. COMPLICIDAD

Arts. 28, 29 y 368 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se expone la doctrina jurisprudencial relativa a los supuestos en que, siempre con carácter excepcional, cabe apreciar simple complicidad en el delito de tráfico de drogas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—(...)

Como hemos dicho en STS 120/2008 de 27-2 en la cooperación, la determinación de cuando es meramente eficaz, calificada de complicidad y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta. Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición *sine qua non*, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en

la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho (STS 89/2006 de 22-9).

Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS 1159/2004 de 28-10).

En la STS 699/2005, de 6-6, se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones,

se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que “el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce “de modo que” el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho” y así “será un partícipe necesario, pero no coautor”, concluyendo que “lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores”.

Como decíamos en la STS 147/2007, de 28-2, la complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS 1001/2006 de 18-10), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS 185/2005 de 21-2).

La complicidad —dice la STS 1216/2002 de 28-6—, requiere el concierto previo o por adhesión (*pactum scaeleris*), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado (*conscientia scaeleris*), el denominado *animus adiuuandi* o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el

sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriadad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél (SSTS 5-2-1998, 24-4-2000).

Ahora bien, en el delito del art. 368 del Código Penal al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor (SSTS 10-3-1997 y 6-3-1998). Por ello la doctrina de esta Sala STS 1069/2006 de 2-11, ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del art. 368 CP y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la

existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino.

Este criterio ha sido asumido y declarado en numerosas resoluciones de esta Sala, pudiéndose citar, entre otras, la de 25-2-2003 que comprenden otras muchas y en la que se pone de manifiesto que, se ha admitido, conforme se expone en la sentencia de esta Sala de 14-6-1995, la aplicación de la complicidad que permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar.

Es lo que se ha venido a denominar “actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico”, que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría.

La sentencia de esta Sala 312/2007 de 20-4, enumera *ad exemplum* diversos casos calificados de complicidad:

- a) El mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.
- b) La ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.
- c) La simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (STS 15-10-1998). En el mismo sentido STS 28-1-2000.
- d) La labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS 10-7-2001).
- e) Facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS 25-2-2003).
- f) Realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS 23-1-2003).
- g) Acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS 7-3-2003).
- h) Colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma (STS. 30-3-2004).

Sentencia 768/2009, Sala de lo Penal del TS, de 16 de julio de 2009

APROPIACIÓN INDEBIDA. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL

Arts. 120.3.º, 252 y 254 Código Penal

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

SÍNTESIS

De las cuestiones planteadas, se extractan las relativas al problema de la liquidación de cuentas en el contexto de las relaciones abogado/cliente, a los efectos de determinar la posible existencia de un delito de apropiación indebida, así como la relación entre este delito y la figura prevista en el

artículo 254 del Código Penal (cobro de lo indebido). También recogemos la argumentación referida a la responsabilidad civil subsidiaria del banco por una actuación negligente.

Denuncia al ejercicio a la autodefensa por el acusado, abogado en ejercicio, realizada el día anterior al inicio de la vista que no justifica la suspensión del juicio oral interesada sin que de ello se derive indefensión alguna.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

La STC 198/2003 de 10-11 ha destacado la interdependencia y la íntima conexión que existe entre el derecho de defensa y el de asistencia letrada, “derecho que tiene como finalidad al igual como todas las demás garantías que conforman el derecho en que se integran, el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción y 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 inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso en el inciso final del art. 24.1 CE” (STC 47/87).

(...)

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88, 181/94 y 316/94).

(...)

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse evitado la infracción denunciada.

Pero además, y en segundo lugar, la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la Ley ni la doctrina del Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, de existir la negligencia, impericia o el error.

(...)

Por otro lado, es también unánime la precisión jurisprudencial que se refiere al comportamiento procesal del recurrente a lo largo del procedimiento y en sus diversas fases, pues tal constatación es determinante para la aplicación de la buena o mala fe procesal y, sobre todo, para valorar en toda su intensidad la real presencia de una situación de indefensión que anule de manera efectiva las posibilidades de defensa o haya impedido la rectificación de comportamientos procedimentales irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección con merma mínima de otros derechos de igual rango como pudiera ser, entre otros, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. De ahí que, en pura correspondencia con al proscripción constitucional garantista de un proceso justo, se plasman exigencias en evitación de abusos o de actividades interesadas en la confirmación artificial de situaciones de indefensión que, al alcanzar cotas de imposible corrección, hagan precisa una técnica quirúrgica anulatoria nunca deseable, aunque si perseguida, por quienes, sometidos a un proceso inculpativo con reales posibilidades de condena, consiguen así dilatar al máximo la conclusión del mismo.

Segundo.—(...)

Entiende el recurrente que la desestimación de la solicitud del acusado de renunciar a su propia defensa —dada su condición como letrado ejerciente— en el juicio oral, proceder a la suspensión de la vista, y acordar la concesión de un plazo para la designación libre de un abogado de su confianza que asuma su defensa, vulnera no solo el derecho de igualdad reconocido por el art. 14 CE, sino también el derecho de defensa y asistencia letrada reconocido por el art. 24.2 CE, y el resto de las normas de la LECrim. y de la LOPJ citadas en los motivos.

El motivo debe ser desestimado.

Una cosa es que cualquiera que sea parte en juicio pueda cambiar la persona de su letrado en el momento que estime oportuno, dado el principio de confianza básico en la relación profesional entre abogado y cliente, y todo ello con independencia de que en un principio y para el caso de coincidir la condición de imputado junto con la profesional de abogado en ejercicio, se posibilite a través del art. 50 del Estatuto de la Abogacía el ejercicio de la autodefensa, posibilidad contemplada como un derecho del imputado y no como una imposición, obligación o mandato, y no sometida a preclusión alguna, lo que implica que asumida en un primer momento la autodefensa, pueda con posterioridad renunciarse a la misma y valerse de letrado de su libre elección, y otra muy distinta que ese derecho de defensa, reconocido en el art. 24.2 CE, sea ilimitado, pues como se dice en la STS 985/2006 de 17-10, está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal de rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso del derecho, fraude de Ley o procesal, según el art. 11.2 LOPJ.

En efecto el Tribunal Constitucional recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, emanada al aplicar e interpretar el art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha declarado que el derecho de defensa “garantiza tres derechos al acusado: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia le-

trada de su elección y, en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita”, sin que la opción en favor de una de esas tres posibles formas de defensa implique la renuncia o la imposibilidad de ejercer alguna de las otras, siempre que sea necesario, para dar realidad efectiva en cada caso a la defensa en un juicio penal (STC 37/1988, fundamento jurídico 61).

Y es que la confianza que al acusado le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Letrado ocupa un lugar destacado en el ejercicio del derecho de asistencia letrada cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal, y por ello la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector de él. Pero la necesidad de contar con la confianza del acusado no permite a éste disponer a su antojo el desarrollo del proceso ni elegir, sin restricción alguna, cuándo se reitera o se mantiene la misma (STC 162/1999, de 27 de septiembre), pues el ejercicio del derecho de asistencia letrada entra en ocasiones en tensión o conflicto con otros intereses protegidos también por el derecho fundamental que el art. 24.2 CE reconoce en relación con el derecho a obtener la tutela de los Tribunales y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

(...)

En nuestro derecho procesal penal, en determinados momentos del proceso, es un derecho de la parte que se convierte al tiempo en un requisito de validez de las actuaciones procesales, pues el legislador ha entendido que, para el correcto desarrollo de las mismas en condiciones adecuadas para una efectiva defensa del acusado, o en general de las partes, es precisa la presencia de un profesional que ostente la dirección jurídica de sus intereses. Así ocurre en el momento del plenario en las causas por delito, en las que la defensa de las partes debe estar necesariamente encomendada a un abogado... En este sentido, es posible que el interesado cambie el letrado voluntariamente designado cuantas veces lo considere oportuno, siempre que ello no suponga un uso fraudu-

lento del derecho con el consiguiente perjuicio para el proceso, reflejado negativamente en los intereses en juego. En estos casos, el Tribunal debe rechazar la pretensión al amparo del artículo 11.2 LOPJ siempre que no se acredite una razón objetivamente atendible”.

En el caso presente el propio recurrente admite que mediante diligencia judicial de fecha 15-1-2004, consistente en la declaración judicial del imputado José Ignacio, al ser requerido por el Juez Instructor para designar abogado que se encargase de su defensa, por éste expresa y literalmente se manifestó, atendida su condición de letrado e imputado, ejercitar el derecho de autodefensa reconocido por el art. 50 del Estatuto de Abogacía. Asimismo que idéntica manifestación y en igual sentido se hizo por parte de José Ignacio con motivo de la diligencia judicial de notificación y emplazamiento practicada el 17-10-2006, donde nuevamente el imputado vuelve a manifestar su intención de ejercitar el derecho de autodefensa reconocido en el art. 50 Estatuto de Abogacía, atendida su condición de Letrado en ejercicio; una vez formulados los correspondientes escritos de acusación. De todo ello se deduce que desde el inicio de las diligencias hasta el escrito presentado el 8-1-2008 —el día anterior al comienzo de la vista oral— el acusado ha estado defendido y asistido por abogado en ejercicio: el mismo que asumió su autodefensa.

Siendo así desde su última auto designación, 17-10-2006, hasta el 8-1-2008 tiempo sobrado hubo para que el acusado hubiera interesado la designación de otro letrado que asumiera su defensa con más garantías, por lo que —como recuerda la STS 278/2005 de 2-3—, no está justificado en modo alguno es esperar al mismo día señalado para el juicio para realizar tal nueva designación, cuando ya todo está preparado para su celebración y la única solución para atender a la voluntad del acusado respecto del cambio de letrado habría de llevar consigo inevitablemente la suspensión del acto para un

nuevo señalamiento. Otra cosa habría sido si el nuevo abogado hubiera acudido al juicio oral para hacerse cargo de la defensa por estar debidamente preparado para ello. En tal caso probablemente nadie se habría opuesto a la voluntad del acusado y el tribunal habría accedido a dicha sustitución.

El acusado, por su condición de letrado en ejercicio, cuando se auto designó para la asistencia jurídica y defensa como Abogado —como acertadamente precisa la acusación particular en su escrito de impugnación del motivo— “expresamente se acogió a la habilitación que para su propia defensa autoriza el Estatuto de la Abogacía, con los derechos, los deberes, las prerrogativas y las facultades que a éste corresponden. En esa condición ha estado presente en la fase instructora, ha tenido oportunidad de libre intervención en la totalidad de las diligencias practicadas, ha conocido las pericias emitidas y las declaraciones de los testigos, ha tenido conocimiento de los escritos de acusación, ha formulado su escrito de defensa, ha designado procurador que le represente, ha propuesto prueba y, en general, y con rotundidad, se ha visto asistido de todas las garantías que nuestra legislación prevé para el acusado. Y todo ello, además, con la especial circunstancia de que, siendo el acusado letrado en ejercicio, no puede haber duda alguna sobre su pleno conocimiento de la trascendencia de sus actuaciones que, como acusado conoce y, como letrado, libremente realiza en orden, a su propia defensa. Siendo igualmente significativo, e incluso paradójico, que habiendo pretendido cambiar de letrado en el acto de la vista, sea el mismo acusado quien continúa llevando su propia defensa en la formalización del presente recurso de casación.

Consecuente no se aprecia situación alguna de indefensión material, el acusado ha estado en todo momento en situación de poder legítimamente defenderse y su petición de designación de nuevo letrado fue de todo punto extemporánea y efectuada en fraude de Ley y abuso de derecho, sin que, además,

se justifique o explique con alguna razón o dato que pudiera dar credibilidad a su alegación.

Los motivos deben, por lo expuesto, ser desestimados (...).

Cuarto.—(...).

Del anterior relato fáctico la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito de apropiación indebida del art. 252 no puede ser cuestionada.

Por ello cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada.

En el caso presente la incorporación al propio patrimonio de las cantidades recibidas para un destino concreto y determinado integra el tipo delictivo del art. 252 CP.

En este sentido, la jurisprudencia, por ejemplo sentencia 918/2008 de 3.12 ha declarado que el momento consumativo del delito de apropiación indebida tendrá lugar, tratándose de la distracción del dinero por no darle el destino convenido, en la fecha en que debió darse tal destino pactado, si se

incumple la obligación y se retiene la posesión de dinero o bienes en provecho del poseedor (SSTS 448/2000, 1248/2000 de 12-7), precisándose que con la conducta del autor, cuando se trata de dinero o bienes fungibles, se incumplan definitivamente las obligaciones de devolver o entregar a un tercero impuestas como complemento inseparable del acto de entrega. No basta pues la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia (SSTS 8-7-1998, 11-7-2005).

Como se ha dicho en SSTS 712/2006 de 3-7 y 219/2007 de 9-3, “en el delito de apropiación indebida la potencial disponibilidad o posibilidad de disponer, como criterio decisivo para determinar la consumación, hemos de hallarlo en el momento en que el agente hace propio (o tiene posibilidad de hacerlo) lo que tiene obligación de poner a disposición del partícipe”.

En nuestro caso, nos hallaríamos ante un delito de apropiación indebida de dinero, cuyo momento comisivo hay que fijarlo en el instante en que el autor no le da el destino pactado, incumpliendo la obligación y reteniendo su posesión, y en los supuestos de posesión clandestina —en el sentido de que nadie tiene conocimiento de ella aparte del agente— el nudo crucial es el llamado por la jurisprudencia “punto sin retorno”, hasta cuya llegada el sujeto podría disolver la cosa sin consecuencias penales. Naturalmente habrá de examinarse ponderadamente cada caso para conocer el instante en que se habría producido la consumación del hecho.

Parece claro —dice la STS 143/2005 de 10-2— que si la apropiación es descubierta o denunciada (reclamación previa de la cosa, ejercicio de acciones judiciales...) dicho momento se ha cumplido y el agente no quedaría libre de responsabilidad criminal si restituyera la cosa (o el dinero) a partir de tal instante, restitución que en el caso presente ni siquiera se ha producido.

Quinto.—Asimismo debe descartarse cualquier derecho de retención de la empresa querrelada sobre las cantidades percibidas. Esta Sala (ver reciente STS 9-7-2008) se ha pronunciado abundantemente sobre la problemática del delito de apropiación indebida y la incidencia que sobre el mismo tiene la liquidación de cuentas entre las partes, declarando que la trascendencia de tal elemento debe ser valorada en cada caso particular.

En este sentido la jurisprudencia (por ejemplo STS 228/2006 de 3-3), ha entendido que no puede afirmarse que se haya cometido un delito de apropiación indebida cuando se acredite que entre quienes aparecen como denunciante y denunciado se han producido relaciones mercantiles o de contenido económico de tal complejidad que sea imposible con los datos disponibles en la causa penal establecer la existencia de una cantidad perteneciente a uno de ellos de la que se haya apropiado el otro. La dificultad en esos casos reside en distinguir si lo que existe es una deuda no satisfecha, o dicho de otro modo, pendiente de pago, o un acto de apropiación ilícita. De manera que, en esos casos, ha de concluirse que, aunque exista formalmente un acto de apropiación, no es posible afirmar el elemento subjetivo consistente en el ánimo apropiatorio de lo ajeno, pues aún se ignora en qué medida lo es. Es precisa entonces una liquidación que determine finalmente a quien corresponde el derecho a recibir una cantidad y a quien la obligación de satisfacerla como consecuencia de aquellas relaciones, y la derivación a la jurisdicción civil para la realización de tales operaciones. A esta línea corresponden las sentencias de esta Sala, entre otras, de 30-5-1990, 21-7-2000 y 20-10-2002, si bien se trata en todas ellas de operaciones sujetas a compensación de créditos y deudas por intereses recíprocos mercantiles entre las partes, derivados de una relación duradera en el tiempo, y de gran confusiónismo. Y, además, dicha línea es siempre restringida al ámbito de tales intereses mercantiles recí-

procos, pues ordinariamente debe declararse que quien recibiendo dinero ajeno se queda con él, incorporándolo a su patrimonio, sin consentimiento del titular de tales sumas, queda incurso en la penalidad de la apropiación indebida, pues es ilícito (penalmente relevante) desapropiar a otro del dinero que le corresponde, máxime si no existe derecho alguno de retención, como seguidamente veremos.

Es por ello que en el caso de liquidaciones pretendidas por abogados que simplemente se apropiaron del dinero de sus clientes (bien procedentes de provisiones de fondos, indemnizaciones judiciales o pagos de terceros a ellos destinados) esta Sala, STS 2163/2002 de 27-12, mantiene una línea uniforme de interpretación que considera improcedente que con pretexto de tal liquidación se intenten retener unas sumas a las que no se tiene derecho por voluntad unilateral del letrado acusado por tal delito. Así, la doctrina de esta Sala en casos similares (STS 28-1-1991) ha declarado que “no cabe aplicar por actos de autoridad propia por un Letrado al pago de los servicios prestados por él —S. de 19 de enero de 1981— que “por lo que hace a la minuta de honorarios que presentó para compensar con ella las cantidades a que dio distinto destino del que debía, porque dicha minuta, al ser puesta en tela de juicio por su destinataria, no es instrumento hábil para realizar la expresada compensación, ya que por sí misma y por proceder de acto unilateral de quien la libra no justifica la existencia de un crédito real y vencido, que es condición imprescindible para que opere la citada compensación” (S. de 29 de marzo de 1984); pues, en definitiva, sólo la existencia de un derecho de retención con arreglo a las normas civiles puede integrar la causa de justificación del [entonces vigente] artículo 8.11 del Código Penal (S. de 2 de febrero de 1989); y tal derecho de retención (necesariamente típico civilmente, al suponer ópticamente una excepción al principio general de la interdicción de la autotutela) no corresponde a los

Letrados o Abogados, como rectamente entendió la sentencia ahora sometida a recurso”. Imprudencia que repite igualmente acerca de la retención a título de liquidación de honorarios al Sentencia de 29-1-1990 y últimamente, en la Sentencia de 21-10-2002.

Esta Sala ha considerado en reiterados precedentes que en casos en que existe apropiación indebida cuando el Letrado, tras realizar o no gestiones correspondientes al asunto aceptado y sin rendir cuentas de las mismas, no devuelve las cantidades percibidas en provisión de fondos. En ese sentido, se ha señalado que cuando se alude a aspectos complejos de las relaciones entre cliente y Abogado debe tenerse siempre en cuenta que, respecto a la cantidad percibida como provisión de fondos, la liquidación y rendición de cuentas corresponde al Letrado que la ha recibido (cfr. STS 709/1996, de 19 de octubre).

En definitiva, el delito surge (STS 16-6-1993) “desde el momento en que la obligación de devolver el dinero percibido del Juzgado se quebranta, y bajo el pretexto de la pendencia de extensión de una minuta, que ninguna razón existía para su inactivación, no se lleva a cabo aquélla, a pesar de la insistencia constante de los fiadores y del celo del órgano judicial en la práctica de los varios y sucesivos requerimientos a que se ha hecho mención. Cuando tardíamente, y sólo ante la sobrevenida de un procesamiento, el acusado decidió reponer la cantidad adeudada, bien puede colegirse que el mismo había consumado el delito de apropiación indebida, y lo verificado no tiene otra significación que la reposición del monto de la suma distraída, con efectos meramente afectantes a la responsabilidad civil. El procesado quebrantó la lealtad debida ante la confianza en él depositada por sus mandantes. Cual razonada y fundadamente se afirma en la sentencia recurrida, desde la reiterada y pertinaz negativa del acusado, sin causa ni justificación posible, a la devolución de la cantidad por él percibida, en

concepto de depósito, y sobre la que no ostentaba ningún derecho de retención motivadora de su conducta, a sus clientes, se consumó el delito, porque la incorporación al patrimonio propio de tal cantidad, lo convirtió en propiedad ilegítima, quedando de manifiesto el lucro ilícito y el abuso de la situación de confianza que caracteriza la apropiación indebida”. Sentencia que citamos únicamente a título de precedente jurisprudencial, en justificación de la línea que se mantiene por esta Sala Casacional.

Y reiterada en la STS 147/2006 de 6.2 que, remitiéndose a la STS 153/2003 de 8-2, indica “empero el acusado (abogado) no tenía derecho a quedarse con dinero recibido con la finalidad de entrega a otra persona, aunque, ciertamente, tuviera un derecho de crédito, si bien no protegido por un derecho de retención similar a los que están recogidos en los artículos 1600 y 1780 del Código Civil a favor respectivamente de quien haya hecho una obra en un bien mueble mientras no se le pague, y del depositario para que se le abone lo que le sea debido en razón del depósito. Por lo tanto, la conducta enjuiciada ha consistido en una apropiación. Y también existió el elemento subjetivo de querer el agente quedarse con lo que sabía no era suyo”, y en la STS de 21-10-2002, n.º 1749/2002, que recuerda que “para que se considere lícita la negativa a entregar lo recibido alegando la titularidad de créditos contra aquél a quien se le debe entregar, es preciso que exista un derecho de retención que lo ampare”. Y esta Sala ya ha negado en alguna ocasión que tal derecho corresponda a los letrados en relación a sus honorarios, de manera que las cantidades que estos profesionales perciban de terceros para entregar a sus clientes en relación con sus servicios profesionales no pueden ser aplicadas por un acto unilateral de propia autoridad a satisfacer las minutas que consideren que les deben ser abonadas, sino que deben ser entregadas en su integridad a aquellas personas a favor de quienes han sido recibidas, sin perjuicio de la reclamación que corres-

ponda para hacer efectivo el pago de sus honorarios como Letrado (...).

Sexto.—El motivo quinto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. en relación con la inaplicación del art. 144 Ley 19/1985 de 16.7 Cambiaría y del cheque (“el librado no podrá pagar el cheque con cruzado general más que a un Banco o a un cliente de aquél... El librado o el Banco que no observe las disposiciones anteriores responde de los perjuicios causados hasta una suma igual al importe del cheque”).

Argumenta el motivo que tratándose de cantidades entregadas al recurrente como librado de la aseguradora querellante para proceder a su consignación judicial, en virtud de cheques conformados y cruzados para abonar en cuenta librados por el Banco Santander Central Hispano (BSCH) a favor del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) y expedidos por la entidad aseguradora querellante (Banco Vitalicio de España).

Siendo así para que tales cheques hayan podido ingresarse en la cuenta del recurrente o bien debe producirse un endoso del título —lo cual no ha sucedido en ningún caso— o bien dichos cheques se ingresaron en la cuenta del imputado de forma indebida por parte del Banco beneficiario de los títulos.

De manera tal que siendo este último el caso concreto en que nos encontramos, de conformidad y por aplicación del referido art. 144 Ley Cambiaría y del Cheque, de darse algún ilícito penal, nos encontraríamos ante el tipo penal del art. 254 CP relativo al cobro de lo indebido por error del transmitente.

El tipo penal del art. 254 del Código Penal recoge una figura delictiva que por su naturaleza se ha considerado incardinable en la apropiación indebida al reunir el requisito más característico de este tipo penal: “cerrar la mano” tras haber recibido la cosa; si bien se trata aquí de cosa entregada “sin querer”.

Se recoge así una modalidad de apropiación de dinero u otra cosa mueble entregada por error del transmitente que negare haberlo recibido o advertido el error no proceda a su devolución.

Con anterioridad a la promulgación del tipo penal, la conducta descrita fue considerada atípica, no sin antes algún pronunciamiento jurisprudencial declarara su punición en la apropiación, en la estafa o en el hurto, pues el dinero había sido recibido sin título que legitimara la posesión o en virtud de una artimaña típica de la estafa. Tampoco se tomaba lo ajeno, pues estaba a disposición de quien lo tomaba. El tipo del art. 254 resuelve la anterior laguna con la tipificación expresa de la conducta.

La figura penal guarda estrecha relación con el cuasicontrato de los arts. 1895 y siguientes del Código civil, siendo preciso delimitar el contenido del injusto correspondiente al tipo penal que permita la delimitación del cuasicontrato y de la figura penal. Este radica en la voluntad de apropiación, en la voluntad de haberlo como propio, el dinero o bien mueble erróneamente recibido, en definitiva de incorporarlo al patrimonio de forma definitiva.

Como delito patrimonial, la consumación del delito se produce en el momento de la incorporación al patrimonio, pero como el tipo penal admite la posibilidad de que el ingreso pueda ser inadvertido por el titular de la cuenta, en el supuesto de ingresos erróneos en cuenta corriente, la consumación se produce cuando se niega a devolverlo o cuando, advertido del error existente no procede a su devolución (STS 1416/2004, de 2-12). La STS 2159/2002, de 28-12, aplica este precepto a quien habiendo recibido en su cuenta bancaria indebidamente un abono y comprobado el error, no lo devuelve, sino que dispone inmediatamente de él, antes de que el transmitente pueda hacer la retrocesión (...).

Séptimo.—El motivo único al amparo del art. 849.1 LECrim. por haberse infringido por inaplicación el art. 120.3 CP por

cuanto debió declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria por darse las circunstancias de hecho y derecho previstas en dicho precepto, pretensión que la Sala de instancia entiende que no es necesario siquiera entrar a analizar ante la propia negligencia de la actuación de la querellante al no comprobar que los importes de los cheques no habían sido ingresados en las cuentas de consignaciones sino en las particulares del querellado. Pronunciamiento éste incorrecto por cuanto, en primer lugar debió analizar si concurren los presupuestos de aplicación del art. 120.3 CP, en caso afirmativo si la actuación de la querellante puede considerarse falta de diligencia, y finalmente sus posibles efectos en orden a la responsabilidad civil, y posible aplicación del art. 114 CP.

Respecto a la primera cuestión en el art. 120 CP se recogen los supuestos generales de responsabilidad civil subsidiaria concebida en defecto de la responsabilidad civil directa inherente a la criminal del acusado, es decir, se trata de una responsabilidad civil de “segundo grado”, solo efectiva ante el fracaso en la exigencia de responsabilidad al genuinamente obligado.

La responsabilidad civil subsidiaria solicitada lo es al amparo del art. 120.3 CP, precepto éste —no dice la STS 229/2007 de 22.3—, mucho más amplio que los artículos 21 y 22 del Código Penal de 1973, y que, para lo que aquí se resuelve, distingue entre el número cuarto que es la clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus —principales— (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la *culpa in vigilando*, *culpa in eligendo*, o la *culpa in operando*, que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasi-objetivación ba-

sada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad (*cuius commoda eius incommoda*), y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado apartado tercero del art. 120 del Código Penal, que dispone: “las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”.

Los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil, son los siguientes: a) que se haya cometido un delito o falta; b) que tal delito o falta haya ocurrido en un determinado lugar, un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, esto es, el sujeto pasivo de dicha pretensión; c) que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna “infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad”, debiendo entenderse estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros); d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados. No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquél deber legal o reglamento. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o

falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (SSTS 1140/2005 de 3-10, 1546/2005 de 29-12, 204/2006 de 24-2, 229/2997 de 22-3).

Estas personas, naturales o jurídicas, han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas de su pertenencia o titularidad. La omisión o desentendimiento, aparte de guardar relación con el lamentable suceso, tienen que ser de probada significación en la suscitación del “hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”. Relación causal que no de alcanzar necesariamente un grado de exclusividad, bastando llegar a una conclusión de propiación y razonabilidad en la originación del daño.

La responsabilidad civil subsidiaria a que atiende el art. 120.3 CP parte necesariamente del reconocimiento judicial de haberse perpetrado un delito o falta generador de un daño, ya sea a título de dolo o de culpa. La sentencia penal incorporará un dictado de condena indemnizatoria a cargo del acusado, primer y directo responsable civil (art. 116 CP). Comprobados cuantos requisitos condicionan la responsabilidad antedicha, subseguirá el pronunciamiento declarativo de la misma, condenando a la persona natural o jurídica considerada como titular del establecimiento en cuya sede tuvo lugar el hecho criminal. Condena cuya efectividad se halla subordinada a la insolvencia del autor material. Los responsables civiles subsidiarios son tales “en defecto de los que lo sean criminalmente”. La expresión “personas naturales o jurídicas” es eminentemente amplia y abarcadora: cualquier entidad pública o privada habrá de tener cabida en ella.

El art. 120 CP proclama una responsabilidad civil del tipo de la subsidiaria en contra de las personas naturales o jurídicas a

que hace referencia, titulares de una actividad empañada en su dinámica por las infracciones a que se alude, sobre el presupuesto de que el hecho punible cometido “no se hubiera producido sin dicha infracción”. Más debemos reparar que el binomio infracción-daño no se puede construir con semejante nitidez. La doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero —autor material del hecho—. Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatar-se una conexión causal —más o menos directa— entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad.

La tendencia de la jurisprudencia de esta Sala ha sido objetivar en la medida de lo posible la responsabilidad civil subsidiaria de tales titulares de los establecimientos en donde se cometan los delitos o faltas, marcando dos ejes en su interpretación: el lugar

de comisión de las infracciones penales (en tanto su control es mayor por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su titularidad dominical) y la infracción de normas o disposiciones y por lo demás continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala Casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria, que se fundamentan en la *culpa in eligendo* y en la *culpa in vigilando*, como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil. No nos movemos, pues, en este ámbito en puro derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas, de modo que como precisa la STS 1192/2006 de 28-11, las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal, por lo que es evidente que en la interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas está permitida

la aplicación del principio de analogía (v. art. 4.1 CC), que, lógicamente, está vedado cuando de normas penales se trata (v. art. 4.2 CC).

De modo que la infracción reglamentaria debe ser enjuiciada con criterios civiles, y no propiamente extraídos de la dogmática penal estrictamente, por más que su regulación se aloje de ordinario en los códigos penales.

Siendo así, de una parte, la infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía, entendiéndose por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad —en sentido de jerarquía— y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones (STS 9-2-2004); y de otra, la expresión legal, referida a la infracción de reglamento, no puede entenderse en sentido tan estricto que excluya aquella vulneración o desentendimiento de una norma de rango legal.

Sentencia 825/2009, Sala de lo Penal del TS, de 16 de julio de 2009

FALSEDAD DOCUMENTAL IMPRUDENTE. INTERVENCIÓN DEL *EXTRANEUS* EN UN DELITO ESPECIAL

Arts. 11, 28, 29, 65.3, 248, 390 y 391 Código Penal

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

SÍNTESIS

De las distintas cuestiones analizadas en la sentencia, extractamos las que se refieren a la posibilidad de participación por omisión (y, más allá de ello, a los criterios de separación entre acción y omisión, entre coautoría, cooperación necesaria y complicidad, los problemas de intervención como autor mediato o partícipe en un delito de falsedad en documento público, incluida la cometida por imprudencia grave o la exigencia de ánimo de lucro en el delito de estafa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...) Centrándonos por tanto, en el motivo por infracción de Ley se argumenta por la recurrente que se ha vulnerado el art. 11 CP pues su condena se fundamenta en una cooperación por omisión, sin que la sentencia acredite la preceptiva obligación legal o contractual de actuar ni que la omitente hubiera creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia).

Pues bien, la jurisprudencia (por ejemplo S. 1480/99 de 13-10), ha admitido la participación omisiva en un delito de resultado, y conforme al actual art. 11 CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

Por ello, la participación omisiva parte de unos presupuestos:

a) El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice).

b) Un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente

con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución; y

c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

A esta concreta posición de garante, se refiere, el art. 11, apartado b) CP, cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal.

Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no se requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento.

En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción

del resultado con una seguridad rayana en la probabilidad.

El presupuesto subjetivo de la participación omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material.

En el caso que nos ocupa la consideración que la Sala de instancia efectúa de la recurrente como la encargada de cuidar *de facto* “de Evaristo” no puede, ciertamente, generar esa posición de garante en su persona, al no existir una específica obligación legal o contractual de actuar, ni haber creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

En efecto al tipo del delito de comisión por omisión pertenece en primer lugar la llamada situación típica, que estará constituida por el peligro para el bien jurídico. En segundo lugar se precisa la no realización de la acción de impedir el resultado. Es necesario en tercer lugar, que el sujeto tuviera la posibilidad de realizar la acción y por último, se precisa como en el tipo de acción, la producción del resultado del delito.

Ahora bien, debe considerarse que entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando ésta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico. La creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrá lugar en aquellos supuestos en que por la posición social del sujeto o el desempeño normal de su función habitual y específica el peligro para el bien jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica. Si el sujeto omite de pronto cumplir con su deber y desempeñar su función, entonces desencadena o descontrola con “su omisión” el peligro que hasta entonces estaba conjurado o sea inexistente, es decir, lo crea, o, si ya existía un peligro, pero controlado la propia omisión, al descontro-

larlo, aumenta el peligro de modo determinante de la lesión pero en los restantes casos en que la omisión se limita a no intervenir ante un peligro ya existente, sin crearlo ni aumentarlo, sino a dejar que siga su curso por si solo, no hay comisión por omisión.

Pues bien, la encargada *de facto* que ante una trama urdida por terceras personas para perjudicar a la persona a su cuidado, apropiándose del dinero perteneciente a éste, omite intervenir y poner en conocimiento de aquél la situación provocada no comete estafa por omisión porque al omitir se limita a dejar seguir su curso un peligro ya existente, es decir, un peligro diverso cronológicamente y en origen con respecto a la omisión, el peligro que desencadenó el autor material con su propia conducta.

Séptimo.—Cuestión distinta —que es silenciada en el motivo— es si se tratan los hechos en relación a la recurrente como un supuesto de acción y no de omisión.

En efecto la distinción entre comisión activa y comisión por omisión puede plantear diversos problemas, partiendo de que las consecuencias de tal diferenciación en materia de responsabilidad no son siempre evidentes por cuanto si se llega a la conclusión de que, en lugar de una comisión activa, se trata de una omisión constitutiva de comisión por omisión, no habría diferencias de responsabilidad relevantes. Sin embargo, aún reconociendo lo anterior, es obvio que la distinción conlleva importantes repercusiones dogmáticas: así, a diferencia de la comisión activa, la comisión por omisión requiere la preexistencia de una situación de compromiso de protección para la conformación del comportamiento típicamente relevante; el juicio de imputación objetiva se configura de modo distinto en uno u otro caso.

En la doctrina hay discusión acerca de cuál ha de ser el criterio de distinción entre comisión y omisión cuando ambas formas de realización típica se muestran aparentemente enlazadas. Un amplio sector se inclina por el criterio del “punto central del re-

proche” (Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit), es decir, en otras palabras por la prevalencia de aquella forma de realización típica que, en el caso, resulte más grave. El sector dominante, en cambio, dilucida si una conducta es constitutiva de omisión o de comisión, atendiendo, en principio, al criterio de la causalidad, más concretamente, a si la conducta del sujeto ha causado o no el resultado típico. Según ello, se trataría de determinar si la producción del resultado se debe a su causación por parte del sujeto (génesis activa del riesgo de lesión del bien jurídico) o a un riesgo generado fuera del ámbito organizativo de ese sujeto. En ese caso, el que al sujeto que no ha controlado ese riesgo se le impute una omisión pura o la comisión por omisión del hecho correspondiente dependería de que existiera o no un compromiso previo de contener el curso lesivo.

Con todo, el que, sobre la base de la constatación de la causalidad, se aprecie la existencia de una comisión no quiere decir que no quepa advertir también que la conducta del sujeto es constitutiva de una omisión. En realidad, en la mayoría de los casos pueden detectarse las bases tanto de una comisión como de una omisión. Por ello, en estos casos, más que decidir si estamos ante una u otra forma de realización típica, se tratará de decidir cuál de ellas prevalece.

Pues bien, para determinar la prevalencia de la comisión o de la omisión eventualmente concurrente deben tenerse en cuenta, además de la existencia de causalidad, los restantes aspectos de la imputación objetiva, subjetiva y personal del hecho antijurídico.

Así cuando en la conducta se aprecian tantos elementos activos como omisivos, si la acción ha precedido a la omisión, ésta prevalecerá sobre aquélla cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque, al tiempo de ejecutarlo, no concurren dolo ni imprudencia. Si, por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejerció ya con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento (activo o pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad; concurriendo ambos —como

unidad natural de comportamiento— cuando sean igualmente graves, en el supuesto de que la acción y la omisión obedezcan a títulos de imputación distintos y que los bienes jurídicos lesionados por aquellas sean distintos también, entrará en juego un concurso.

Si la omisión ha precedido a la acción y se manifiesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces como aquélla, como tal omisión, es atípica en el sentido de un delito de resultado, el único comportamiento jurídico penalmente relevante de resultado será el activo causante de la lesión típica.

(...)

Noveno.—En este sentido y en relación a la deficiencia entre la coautoría y la cooperación o la participación radica —como hemos dicho en STS 581/2009 de 2-6— radica en el carácter, o no, subordinado del participante a la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría (STS 590/2004 de 6-5); y se concreta que “existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la “conditio sine qua non”), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS 1159/2004 de 28-10, 891/2006 de 22-9).

En la STS 699/2005 de 6-6, se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, “la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última”, que permite a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que “el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión

del delito, sino también del momento en que la aportación se produce de modo que el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene en principio, el dominio del hecho” y así “será un partícipe necesario, pero no coautor”, concluyendo que “lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores”.

Esta Sala en sentencia 677/2003 de 7-3, recoge de forma detallada la doctrina de la Sala expresada en varias resoluciones sobre la diferencia entre cooperación necesaria y complicidad.

Así, en la Sentencia 1338/2000, de 24 de julio, se declara que la participación en el hecho delictivo mediante la cooperación necesaria tiene dos vertientes que es preciso delimitar: por una parte con la autoría en sentido estricto (artículo 28.1 CP) —se dice que es autor aquél que realiza el tipo previsto en la norma como propio—; por otra parte con el cómplice, artículo 29 CP (el aplicado), a cuyo tenor son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. El cooperador, sea necesario o cómplice participa en el hecho típico realizado por otro. A su vez, la coautoría implica la realización conjunta, entre todos los codelincuentes, del hecho descrito en la norma con independencia del papel asignado a cada uno, porque ninguno ejecuta el hecho completamente no jugando con ello el principio de la accesoriedad de la participación. La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado al respecto que “la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente colateral y distinta pero íntimamente

relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo”, refiriéndose a las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría en sentido estricto de la cooperación, la de la *conditio sine qua non*, la del “dominio del hecho” o la de las “aportaciones necesarias para el resultado”, resultando desde luego todas ellas complementarias. Por lo que hace a la participación a título de cómplice se habla de una participación de segundo grado, que implica desde luego evidente realización de un acto de ejecución, pero accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda, distinto de la trascendente fundamental y esencial que va embebida en la autoría (STS de 6-11-1996 y las recogidas en la misma).

Y la Sentencia 123/2001, de 5 de febrero, también entra en el examen de la participación delictiva y expresa que una reiterada doctrina de esta Sala ha señalado los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad. Son las tres teorías que se indican: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. Las Sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 1993 y 27 de enero de 1998 recogen, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad. En primer lugar se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas. De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue como criterio diferenciador, la

posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho. Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito. Como señalan las resoluciones citadas, la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva. Sin embargo, una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho. Serán, pues, coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho. Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores. La jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Esta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar.

La teoría de la participación en sentido estricto —excluida la autoría— se materia-

liza en dos posibilidades según la importancia de la contribución, de tal manera que se distingue entre la realización de papeles accesorios o secundarios para la realización del hecho típico de aquella otra en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito. Esta Sala viene declarando (cfr. Sentencia de 11 de junio de 1999) que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesoria o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario. Para que esa conducta sea tenida como necesaria se ha acudido, como ya dejamos expuesto más arriba, a distintas teorías que fundamentan esa diferenciación. De una parte la de la *conditio sine qua non*, para la que será necesaria la cooperación sin la cual el delito no se habría cometido, es decir, si suprimida mentalmente la aportación del sujeto el resultado no se hubiera producido; la teoría de los bienes escasos cuando el objeto aportado a la realización del delito es escaso, entendido según las condiciones del lugar y tiempo de la comisión del delito; y la teoría del dominio del hecho, para la que será cooperación necesaria la realizada por una persona que tuvo la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso, si bien un importante sector doctrinal emplaça las situaciones de dominio funcional del hecho dentro de la coautoría. En la complicidad, por el contrario, se resalta una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, pero sin el cual el hecho criminal también era posible.

Por ello la complicidad “requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado, no en términos de hipotéticas coyunturas comitivas” (STS 1216/2002 de 28-6). Debiendo existir entre la conducta

del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS 185/2005 de 21-2).

El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, que han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriidad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél (STS 888/2006 de 20-9).

(...)

Decimotercero.—El motivo tercero por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. al haberse infringido el art. 390.1.3 CP, por cuanto el recurrente no pudo en momento alguno cometer falsedad en documento público, ya que no es ni autoridad ni funcionario público y no entra dentro de sus funciones realizar documentos públicos, por lo que es imposible que cometiera dicho ilícito penal.

El motivo debe ser desestimado.

La STS 1100/2007 de 27-12, recuerda la reiterada jurisprudencia que declara que, en relación al delito de falsificación, opera el concepto de autoría mediata tanto como material, por lo que debe estimarse autor de la falsificación, no sólo al que materialmente efectúa la falsificación sino también a aquél que utiliza el documento a conciencia de la falsedad efectuada por otro, tal vez a su instancia, de manera que probado el concierto de ambos, las acciones de los dos se producen de forma coordinada y en función del respectivo papel que asumen, por lo que poco importa la materialidad de la falsificación, siendo lo relevante la aceptación y utilización del documento falsificado (STS 22-3-2001, que cita la de 14-3-2000, 27-5-2002, 7-3-2003, 6-2-2004) y en defini-

tiva, el dominio funcional del hecho. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1531/2003, de 19 de noviembre recuerda que el delito de falsedad no es de propia mano, por lo que la responsabilidad en concepto de autor no exige la intervención corporal en la dinámica material de la falsificación, bastando el concierto y el reparto previo de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien aporta elementos necesarios para ello y quien se aprovecha de la acción, con tal que tenga dominio funcional sobre la falsificación.

Asimismo esta Sala (SS. 11-6-2001, 24-11-2000 y 14-5-1998), ha abordado el problema de la punibilidad de la participación del “extraneus” en el delito especial. La doctrina denomina así a los tipos penales que no pueden ser realizados por cualquier persona sino sólo por aquellas indicadas en la definición penal, 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.

Ahora bien esta Sala tiene dicho que si bien el *extraneus* no puede ser autor de delitos especiales, si puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación —inducción y cooperación necesaria— y autoría mediata que se equiparan a la autoría material a los efectos penales.

Por lo que se refiere a la falsificación en documento público, podemos afirmar que no es un tipo delictivo de los llamados de propia mano, es decir, de aquellos en los que únicamente puede ser sujeto activo del delito el que, mediante la propia acción personal, causa el resultado, sin que quepa, por tanto, la posibilidad de ser cometidos sirviéndose en la intervención de otro sujeto.

Consecuentemente, en el delito de falsedad documental pueden participar varias personas, realizando en forma colaboradora

la acción descrita en el verbo rector del tipo, tomando parte en la ejecución, participando idealmente en la misma o auxiliando a su comisión con actos necesarios o accesorios (STS 24-2-2000).

Por otra parte, es necesario tener presente que alguno de los delitos de falsedad documental gozan de las características propias de los delitos que la doctrina califica como delitos propios, es decir, aquellos delitos que son tipificados por el sujeto activo, de tal modo que el tipo penal exige una especial condición jurídica en el mismo, como lo es la cualidad de autoridad o funcionario público, responsable de confesión religiosa o facultativo.

Por lo que se refiere a la falsificación en documento público u oficial, cometida dolosamente por autoridad o funcionario público, delito de los denominados propios, no cabe duda alguna de que los particulares responderán como autores del delito del art. 390.1 CP y deberán ser sancionados con la pena correspondiente al mismo, no siendo de aplicación el art. 392 (falsedad del particular en documento público, oficial o mercantil) cuando exista concierto de voluntades entre el particular y la autoridad o funcionario público para la comisión del delito, concierto de voluntades que puede ser expreso o tácito y producirse con anterioridad a la ejecución del hecho o en el momento mismo de su comisión, puesto que la responsabilidad en concepto de autor no exige la intervención corporal en la dinámica material de la falsificación, bastando el concierto de voluntades y el reparto previo de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, siendo suficiente con que el particular participe tenga el dominio funcional sobre la falsificación (STS 6-11-2003).

Cabe igualmente señalar que el CP de 1995, resolvió el problema que se planteaba en la doctrina en relación con la participación en los denominados delitos propios como consecuencia de la redacción del art. 14 CP derogado, que obligaba a acudir en tales supuestos a la participación por autoría de lo

que no ostentaban la cualidad o condición exigida por la Ley en el sujeto activo del delito a la atribución de la responsabilidad a título de inducción o cooperación necesaria.

En efecto, el artículo 28 del Código Penal vigente, establece que son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento, considerándose, también, lógicamente, autores a los inductores y a los cooperadores necesarios.

Por tanto, cuando el particular se concierta con la autoridad o funcionario público para la comisión del delito de falsificación de documento público, oficial o mercantil y lo ejecuta, total o parcialmente, no cabe duda alguna de que los sujetos activos del delito realizan el mismo hecho "conjuntamente", ajustando sus conductas a las exigencias típicas. La diferencia estriba únicamente en el hecho de que en tales supuestos el dolo del particular debe abarcar los elementos del tipo realizado por la autoridad o funcionario público, pero a diferencia de lo que sucede con éstos, debe alcanzar tanto a los elementos objetivos como a los subjetivos del referido tipo penal, es decir, el conocimiento de la dualidad específica de autoridad o funcionario exigida por la Ley a los sujetos del delito.

En definitiva la doctrina ha admitido la participación accesoria del *extraneus* en un delito comisible sólo por un sujeto activo cualificado, entendiéndose que la condición de funcionario público opera como elemento integrante del tipo y no como circunstancia modificativa, que la solución contraria infringiría la teoría de la unicidad, según la cual todos los partícipes intervienen en un sólo y único delito, sin que sea lícito penar a unos subsumiendo su conducta en una figura delictiva y a otros encuadrando su comportamiento en una hipótesis legal distinta; y, porque con otra solución se rompería la unidad del título de imputación y la propia entidad irrevocable del tipo, al establecer un título de imputación diferente para unos y otros partícipes del hecho único, y ello debe ser así, pues al fundirse la voluntad del

extraneus con la del *intraneus*, bien conformando esta última a través de la inducción bien cooperando materialmente al hecho falsario con una aportación causal necesaria al mismo, de un lado, la conducta del no cualificado pierde sustantividad en favor de la principal y preferente del cualificado, pues ambas aparecen finalmente ejecutadas para el logro del resultado típico de la falsedad documental en documento público; y, de otro, el *extraneus* asume el “plus” de disvalor de la conducta del funcionario sujeto activo propio, al ser consciente de que induce o coopera a que aquél quebrante los deberes ínsitos a su función.

Asimismo, el delito de falsificación de documento público, oficial o mercantil puede ser cometido con autoría mediata que se da cuando el sujeto reúna o no la condición o cualidad exigida por el art. 390.1 CP, se vale de una autoridad o funcionario público como mero instrumento para la ejecución material del delito.

En estos casos de autoría mediata las personas utilizadas como instrumento, no ofrece dudas en los casos de inimputables. Otros supuestos que han suscitado dudas en la doctrina pero que actualmente responden a la expresa previsión del código en el que el “hombre de atrás” —expresión utilizada por la doctrina alemana— se sirve de otro como instrumento, son los de utilización de una fuerza irresistible o miedo insuperable en el ejecutor material o bajo un error invencible o vencible provocado por el autor mediato; con los efectos previstos en el art. 14 CP.

En efecto la posible participación en el delito de falsificación documental por imprudencia grave cometido por autoridad o funcionario público del art. 391 CP debe ser admitida.

Esta figura delictiva solamente puede ser cometida por quien ostente la cualidad de autoridad o funcionario público, sin que, por otra parte, pueda hablarse en tales casos de verdadera participación, ya que no existe concierto ni comunidad de intención entre los distintos sujetos, lo que no quiere decir

que deba proclamarse la impunidad, puesto que lo que puede ocurrir, es que existe una responsabilidad diversa desde el momento en que a unos se les puede atribuir el hecho a modo de dolo, mientras que otras responderán, en su caso, únicamente a título de culpa, que es precisamente del supuesto contemplado por el art. 391 CP.

Situación que sería la del caso que nos ocupa en el que Tomás en unión de los coacusados Belinda y José Pedro prepararon la documentación y la presentaron en la Notaría, planificando la forma de obtener los documentos públicos necesarios y trasladando al incapaz a la Notaría para que los suscribiera en su perjuicio, conducta que la sentencia de instancia, acertadamente, subsume en el art. 390.1.3 CP, por cuanto consiguieron con su intervención directa que se otorgaran unas escrituras públicas en los que consta que el incapaz intervino en unos actos jurídicos y prestó unos consentimientos que realmente no prestó, atribuyéndosele unas declaraciones y manifestaciones que, dado su estado mental, es imposible que las hiciera.

Es verdad —como sigue diciendo la sentencia impugnada— que quienes suscribieron los documentos públicos fueron el incapaz y el Notario y que fue éste y los empleados de la Notaría quienes confeccionaron los documentos y no los tres referidos acusados, pero sería de aplicación la doctrina antes expuesta sobre la posibilidad de autoría mediata en la que los acusados intervienen como “hombres de atrás” y el Notario como instrumento u hombre de delante, u bien este último actuando con un error de tipo provocado por la conducta de los otros tres, que en cuanto vencible, determina su condena por el delito específico del art. 391 CP.

(...)

Decimosexto.—(...)

Por último respecto a la concurrencia del ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto concebido como la pretensión del autor del hecho de conseguir, derivado del

mismo, un beneficio patrimonial para sí mismo o para un tercero.

El ánimo de lucro, como elemento subjetivo del injusto, junto al dolo general de engañar forma la estructura subjetiva del delito de estafa consistiendo sustancialmente en la intención de obtener, para sí o para otros, un enriquecimiento, beneficio o ventaja patrimonial, beneficio que se presume en todas las infracciones de expropiación de bienes ajenos seguida de apropiación.

Ahora bien, la presunción, como regla general, de la existencia del ánimo de lucro en la estafa no es más que el propósito que persigue el sujeto cuando lleva a cabo o intenta llevar a cabo la acción típica. Así pues, dicho propósito constituye un hecho psicológico, es decir, un hecho íntimo, propio de la conciencia, nunca del todo objetivable o, cuando menos, difícilmente objetivable, razón por la cual dicho ánimo o propósito deberá deducirse de los datos o circunstancias que concurren en el hecho mismo. Por esta misma razón, correspondería al Juzgador, en cada caso concreto, decidir a través de inferencia si concurre o no este elemento subjetivo del injusto típico.

Asimismo, por ánimo de lucro, como bien es sabido, de entenderse no solo el mero provecho económico, sino también el enriquecimiento, la ganancia, o en definitiva, la ventaja patrimonial del agente o de un tercero.

No de otra forma se ha pronunciado la jurisprudencia que entiende por ánimo de lucro “el propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia” propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia (STS 8-10-2003), “siendo suficiente para estimar en el autor la existencia de dicho elemento del injusto, dada

su amplia interpretación que prevalece al sopesar la específica intención lucrativa, la cooperación culpable al lucro ajeno”, “no es preciso un lucro propio, basta que sea para beneficiar a un tercero (SSTS 629/2002 de 13-3, 287/2000, de 20-2, 577/2002 de 8-3, 238/2003 de 12-2, 348/2003 de 12-3, 28-11-2000).

(...)

Vigésimo cuarto.—El motivo tercero por infracción de Ley por indebida aplicación del art. 391 en relación con el art. 390.1.4, toda vez que el juicio erróneo sobre la capacidad de una persona emitido por un Notario no puede tipificarse como falsedad ideológica imprudente, por cuanto no son hechos las opiniones y los juicios de valor, las valoraciones no forman parte de los hechos y no es susceptible de falsedad la valoración de un hecho, lo que es susceptible de falsedad es un hecho, no su valoración, que no es otra cosa que una apreciación subjetiva del hecho y desde una interpretación teleológica, el bien jurídico protegido en estas falsedades documentales ideológicas es aquello que afecte a la capacidad probatoria del documento de tal manera que todo aquello que no tenga relevancia probatoria en ese documento carece también de relevancia a los efectos del delito de falsedad documental.

En cuanto al delito de falsedad documental el vigente Código Penal ha venido a solucionar una vieja cuestión que se planteaba la doctrina en orden a la posibilidad de sancionar, como imprudente, la conducta falsa.

En efecto, un sector doctrinal negaba tal posibilidad sobre la base de que la incriminación culposa era incompatible con la exigencia del dolo falsario, como elemento subjetivo del injusto y con la propia carga de intencionalidad que lleva aparejado el concepto mismo de falsedad.

Por su parte, otro sector doctrinal sobre la base de la omisión del deber de diligencia al que está obligado quien emite un documento a fin de que el mismo se corresponda con

la realidad, admitía la posibilidad de sancionar la falsedad documental cometida por imprudencia. Criterio éste seguido por la jurisprudencia que venía proclamando la posibilidad comitativa culposa —singularmente en los casos de falsedad ideológica— dado el carácter de aplicación general del art. 565 del derogado CP (*crimen culpae*) sin más excepciones que las determinadas en la Ley o las derivadas de la propia naturaleza del delito, así como cuando se exigía un propósito especial, lo que sucedía cuando el legislador establecía que la falsedad se cometiera a “sabiendas”, “con ánimo de lucro”, “en perjuicio de tercero” o “para eximir de un servicio público”, aceptando, en definitiva, la comisión culposa para las falsedades ideológicas y, en general, para los demás tipos de falsedad documental que no incluyeran en la definición legal elementos subjetivos del injusto (SS. de 13-12-1985, 30-9-1989, 4-11-1989, 14-12-1990, 10-2-1992, 4-3-1992, 8-3-1993 y 21-1-1994).

El CP 1995 al eliminar el sistema mixto de punición del delito culposo, acogiendo el sistema de “*numerus clausus*” y sancionando, por tanto, como delictivas, únicamente determinadas figuras excepcionales de delitos culposos expresamente descritas en un Parte Especial, junto a las paralelas formas dolosas (art. 12 CP) ha resuelto cualquier duda al respecto, en cuanto que en su art. 391, sanciona a la autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diese lugar a que otro las cometa.

En este sentido la jurisprudencia (SS. 37/2003 de 22-1), ha señalado que la conducta típica de la falsedad por imprudencia grave requiere, en contraposición a la modalidad dolosa, que la autoridad o funcionario público haya creado un riesgo previsible para el bien jurídico protegido que debería haber conocido si hubiera actuado con la debida diligencia, que ese resultado esté fuera del riesgo permitido, que la omisión del de-

ber de cuidado sea grave y que además la falsedad le sea objetivamente imputable en cuanto ha constituido la concreción de la conducta realizada (SSTS 1227/2001, de 18-6, 2018/2002, de 3-4).

Así pues la imprudencia debe ser calificada, en todo caso de grave, por expresa disposición legal, lo que equivale a la que el CP derogado calificaba de temeraria, esto es, aquella conducta en la que se omiten las más elementales precauciones, obrando el sujeto activo con inexcusable ligereza, quedando, en consecuencia, fuera del ámbito del art. 391 CP por atípicos, los supuestos de imprudencia leve. Como ejemplo de imprudencia grave considera el Tribunal Supremo —en la última sentencia citada 3-4-2002— la del Notario que hace constar en la escritura que las firmas y rúbricas de la certificación que se incorpora a la misma, son “legítimas... por reconocerlas como suyas dichos señores...”, lo que implica su presencia física en la Notaría, cosa que no era cierto, tratándose, por tanto, de una falsedad cometida por el Notario, en su condición de tal, que debe ser calificada de falsedad por imprudencia sancionada en el art. 391 del Código Penal.

Doctrina aplicable al caso presente. Es cierto que tratándose de una escritura pública lo que el Notario da fe es de la fecha, del conocimiento de los otorgantes y de la conformidad entre la redacción y los términos del negocio contractual y de las declaraciones verificadas por los otorgantes en relación con el mismo, sin que la función federal alcance a la correspondencia de estas manifestaciones de los particulares con la realidad a que el contrato se refiere; la tipificación falsaria dolosa existirá cuando el Notario, al redactar la escritura atribuye a las parte intervinientes, manifestaciones distintas de las efectuadas, en este sentido la falsedad ideológica consistiría en aquella manifestación destinada a constar en el documento en la que quien la hace es consciente de que no se corresponde no ya con la verdad absoluta sino con su propia conciencia y

convicción sobre la realidad del hecho; y también lo es que un error del Notario sobre la capacidad de los otorgantes en cuanto apreciación subjetiva de un hecho podría excluir la comisión dolosa —salvo los supuestos en que esa incapacidad sea palmaria y evidente— pero en el supuesto enjuiciado, descartada en su actuación cualquier connivencia con la estafa y la intencionalidad dolosa en la falsedad documental, no puede menos que advertirse un descuido negligente por parte del ahora recurrente, que no es que errara en el juicio de capacidad, sino que ni siquiera indagó sobre esa capacidad mental de una persona, que estaba incapacitada de forma palmaria y manifiesta y advertible por todos.

En suma la Sala sentenciadora calificó de la forma más benigna posible la actuación

de este recurrente, ante un comportamiento de indudable gravedad en la función notarial, como es la comprobación del estado mental de los otorgantes, como es sobradamente conocido.

El motivo, por lo expuesto, debe ser desestimado sin que sea atendible la alegación de que no hay falsedad cuando se afecten las funciones esenciales del documento, pues si la falsedad por imprudencia se encuentra en un aspecto tan relevante como la capacidad del interviniente, al punto de que era imposible que pudiera otorgar los documentos públicos —ante ellos un poder para vender— aquella alegación deviene improspectable, máxime cuando dicho poder entró en el tráfico jurídico y se utilizó para culminar la trama defraudatoria.

Sentencia 830/2009, Sala de lo Penal del TS, de 16 de julio de 2009

SOBRESEIMIENTO LIBRE EN DILIGENCIAS PREVIAS. INADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. COMPETENCIA OBJETIVA

Arts. 238.3 y 240 LOPJ; 8, 14, 309 bis y 637.3 LECrim y 1 Ley Orgánica del Tribunal del Jurado

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

SÍNTESIS

Auto de sobreseimiento libre dictado por Juez de Instrucción y confirmado por el Tribunal de apelación que pese a la inadecuación del procedimiento en que se acordó (diligencias previas en un caso de doble homicidio) y a la falta de competencia objetiva del Juez no debe conducir a la declaración de nulidad al no haberse generado indefensión. Se reproduce el voto particular que postula la solución contraria en atención al carácter de ius cogens de las normas sobre competencia penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

Se interpone la casación contra el Auto dictado por la Audiencia provincial de Lérida

que confirma otro del Juzgado de instrucción de la misma ciudad en el que se acuerda el sobreseimiento libre de las diligencias previas seguidas por homicidio y en el que

el juez de instrucción declaró concurrente la exigente de legítima defensa. Ese Auto fue recurrido el apelación por los familiares de los fallecidos, apelación a la que se opuso el Ministerio fiscal y la defensa personada en la causa. La Audiencia confirma el Auto de archivo explicitando, de forma extensa, las razones de la confirmación del cierre de la investigación judicial. Por lo tanto, dos instancias han coincidido en el pronunciamiento cuya revisión se pretende en casación.

El tribunal de instancia permite la recurribilidad en casación con invocación del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 9 de febrero de 2005. El referido Acuerdo del Pleno de esta Sala afirmó que los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: 1) Se trata de un auto de sobreseimiento libre. 2) Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables. 3) El auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.

El Auto de sobreseimiento dictado no reúne los requisitos anteriormente expuestos. Se trata de una resolución dictada por la Audiencia provincial, en apelación de una resolución del Juez de instrucción, sin que existiera una previa imputación judicial equivalente al Auto de procesamiento, como lo es la resolución que ordena la incoación del procedimiento abreviado. La incoación del procedimiento abreviado es equivalente al Auto de procesamiento del procedimiento ordinario, en la medida en que se contiene una relación fáctica y una determinación de la imputación subjetiva a personas concretas por hechos subsumibles en un tipo penal. Cuando ese Auto del Juez de instrucción, asimilado al Auto de procesamiento, es objeto de apelación y el órgano jurisdiccional acuerda el sobreseimiento nos encontramos ante dos resoluciones contradictorias, un supuesto similar a la que des-

cribe el art. 848 de la Ley procesal, esto es, el archivo por la Audiencia de unas diligencias en las que alguien se hallare procesado por el Juez de instrucción. Sin embargo, el auto cuya casación se pretende ha cubierto la exigencia de un doble grado de la jurisdicción, en el que la Audiencia confirma una resolución adoptada en la instrucción, por lo que la exigencia de un doble grado jurisdiccional no aparece comprometida.

Ésta es una doctrina consolidada de la Sala, por todas STS 850/2002, de 7 de mayo, al declarar que la interpretación del párrafo 2 del art. 848 de la LECrim. en relación a los supuestos de sobreseimiento acordados a procedimiento abreviado (del que forman parte las diligencias previas) señala que para que proceda recurso de casación será necesario que los denunciados o inculcados tengan una situación de vinculación al proceso análoga a la que en el procedimiento ordinario supone el procesamiento, situación que vendrá determinada por la imputación delictiva de carácter formal o por la formulación de acusación en el trámite del art. 790 de la LECrim (tal doctrina se refleja, entre otras, en las SSTS 5-2, 4-12 y 20-12-1991; 907/2002, de 1 de mayo).

No obstante lo anterior, en el estudio de los hechos que realizamos a partir del conocimiento de la impugnación, comprobamos una absoluta inadecuación del procedimiento que acarrea una ausencia de competencia objetiva en el enjuiciamiento e investigación de los hechos. En la causa se investiga un hecho luctuoso, la muerte de dos personas en el curso de lo que parece ser un robo anterior que se intentaba cometer por los dos fallecidos respecto a los cuales la responsabilidad penal estaría extinta. Las muertes objeto de la investigación deben ser investigadas en un procedimiento cuyo enjuiciamiento corresponde a la Audiencia provincial, a través de las normas del sumario ordinario, o al Tribunal de Jurado por su norma procedimental específica, normas que establecen un procedimiento de tramitación con determinación del proceso debido,

una respectiva intervención de partes y un régimen de impugnación correspondiente y marcado en la ley reguladora del proceso. La acomodación a uno u otro procedimiento dependerá del objeto del proceso. El Auto de sobreseimiento libre dictado por el Juez de instrucción, en aplicación del art. 637.3 de la Ley procesal, en la medida en que es equivalente a una sentencia absolutoria sólo puede dictarlo el Juez competente para el posible enjuiciamiento y éste no es el Juez de instrucción en las diligencias previas (STS 39/2008 de 22 de enero). Lo será el Juez de instrucción conforme al art. 26 de la LOTJ, tras la comparecencia a la que se refiere el artículo 25, con apelación ante la Audiencia provincial, o la Audiencia Provincial, por las reglas del sumario ordinario.

Esa inadecuación del procedimiento, como dijimos en la STS de 6 de abril de 1990, y las que recoge de 8 de marzo de 1989 y 26 de abril de 1989, “por omisión de un trámite legalmente previsto”, puede ser presupuesto de una nulidad de actuaciones, con arreglo al art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por falta de competencia objetiva. Ahora bien, esa declaración de nulidad requiere la efectiva causación de indefensión conforme a la norma orgánica citada, lo que ocurrirá si la inadecuación del procedimiento supone una efectiva indefensión de las partes personadas o de los que pudieran actuar en el proceso por ostentar un interés legítimo para actuar. En el caso de autos constatamos que en la tramitación de la causa se personaron, además del Ministerio fiscal, la acusación particular ejercitada por la familia de los fallecidos y la defensa de la persona investigada en los hechos, quienes representaron en el proceso de investigación, que se documenta en nueve tomos, su respectivo interés. En el curso de la investigación el Ministerio fiscal y la defensa del investigado instaron el sobreseimiento, en tanto que la acusación particular de los familiares de los fallecidos la continuación del proceso. El Juez de instrucción en un proceso contradictorio acordó el sobreseimiento de las actuaciones y esa decisión fue

objeto de recurso de apelación interpuesto por quien actuó la acusación particular que se desestima. Ambas resoluciones la del Juez de Instrucción y la de la Audiencia, aparecen extensivamente motivadas sobre la concurrencia de los elementos de la tipicidad y de las causas de justificación.

Esa decisión de sobreseimiento, sin imputación previa ha sido dictada con observancia del principio de defensa y contradicción por lo que aunque adoptadas en un procedimiento inadecuado, no ha causado efectiva indefensión por lo que no procede declara su nulidad.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON ALBERTO JORGE
BARREIRO A LA SENTENCIA N.º 830/2009,
QUE RESUELVE EL RECURSO DE CASACIÓN
2282/2007, AL QUE SE ADHIERE
EL MAGISTRADO DON JOAQUÍN GIMÉNEZ
GARCÍA

(...)

Según la sentencia mayoritaria, si bien la inadecuación del procedimiento por la falta de competencia debiera determinar la nulidad del auto de sobreseimiento por incompetencia objetiva del juez que lo dictó, no considera sin embargo que ello sea procedente en el presente caso debido a que no concurre indefensión de las partes. En este sentido, se argumenta que el Ministerio Fiscal y la defensa del imputado solicitaron el sobreseimiento del proceso por concurrir una circunstancia eximente de responsabilidad criminal, en concreto la legítima defensa, sobreseimiento al que se opuso la acusación particular. Y como todas las partes —señala la sentencia de la mayoría— tuvieron la posibilidad de efectuar las alegaciones que tuvieron por pertinentes y, además, se les dio respuesta en dos instancias, la primera ante el Juez de instrucción y la segunda ante la Audiencia Provincial, no puede hablarse de indefensión. Máxime si se pondera que, al no haber ninguna persona procesada, el recurso de casación no debiera haberse admitido a trámite, según un criterio asentado del Tribunal Supremo que fue

formalizado en el Pleno no jurisdiccional de 9 de febrero de 2005.

Pues bien, la discrepancia con la decisión y los argumentos de la mayoría que se acaban de exponer se basa en las siguientes razones de índole procesal:

1) Las normas sobre la competencia de un órgano judicial para dictar una resolución tienen el carácter de *ius cogens* o de derecho necesario, por lo que son indisponibles en el proceso penal y su infracción puede apreciarse tanto de oficio como a instancia de parte. Al tratarse de una cuestión de orden público procesal, los órganos judiciales pueden examinar su competencia en cualquier estado del procedimiento (art. 19 de la LECrim.), sin olvidar tampoco que la competencia objetiva afecta al derecho fundamental al juez predeterminado por la Ley (STC 35/2000).

2) Cuando el art. 238 de la LOPJ enumera los distintos supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos procesales, cita en primer lugar la falta de jurisdicción y de competencia objetiva o funcional, sin someter su declaración al requisito de que genere indefensión a las partes, cosa que sí hace cuando, en el apartado 3.º del precepto, trata de las nulidades por prescindir de la aplicación de normas esenciales del procedimiento.

3) Al regular el trámite procesal para declarar la nulidad, el párrafo tercero del art. 240 de la LOPJ dispone de forma concluyente que en ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de actuaciones que no haya sido solicitada, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal. Ello quiere decir, en contra de lo que se afirma en el voto mayoritario, que no se precisa para declarar la nulidad por falta de competencia que alguna de las partes haya alegado indefensión o que se considere indefensa, pues la indefensión es algo que tienen que alegar las partes y, como puede

comprobarse a tenor de la redacción del referido precepto, no es preciso que la aleguen para que un tribunal decrete de oficio la nulidad.

4) La tesis que postula la sentencia mayoritaria nos llevaría a dejar la competencia objetiva de los tribunales al criterio de las partes. Bastaría con que éstas no se considerasen indefensas para que fuera válida la decisión de cualquier juzgado o tribunal aunque fuera objetivamente incompetente para dictarla. Podría así un órgano judicial tramitar un procedimiento, dictar una pena o juzgar un determinado delito para los que no tuviera competencia, siempre que las partes no se hubieran encontrado indefensas.

5) En el supuesto que ahora se enjuicia no se cuestiona que el Juez de instrucción carecía de competencia para sobreseer libremente un procedimiento penal en que se dirimían dos delitos de homicidio. Es más, entendemos que la actuación del juez fue procesalmente incorrecta por varias razones. La primera, por mantener en la fase de diligencias previas hasta la conclusión de la instrucción una causa que desde su inicio se aprecia que ha de ser instruida por los trámites del sumario ordinario. La segunda, porque por la gravedad de los delitos que instruíra carecía de competencia para dictar una resolución que se equipara por sus efectos procesales a una sentencia absolutoria, resolución que sólo podía dictar la Audiencia Provincial. La tercera, porque el sobreseimiento libre se dicta en la fase de instrucción y no en la fase intermedia, como es obligatorio en el procedimiento ordinario. Y la cuarta, porque aun en la hipótesis de que se llegara a considerar que el proceso adecuado era el del Tribunal del Jurado, decisión que resulta cuestionable al concurrir también un delito de robo con dos presuntos autores en paradero desconocido, tampoco sería un procedimiento de diligencias previas el que procedía tramitar.

6) No se puede tampoco atender a razones de practicidad o de economía procesal para asumir la decisión mayoritaria de la Sala. El principio de legalidad procesal, cuya

observancia compete supervisar a este Tribunal de Casación, nos obliga a no adoptar decisiones pragmáticas que vulneren normas procesales imperativas. De modo que, aun siendo probable que la decisión final del proceso acabe siendo la misma, se considera que no es bueno crear el precedente de que las normas imperativas de competencia pueden conculcarse cuando *ex ante* se prevea que la decisión final del proceso no se verá posiblemente alterada o afectada. Una decisión tan laxa y permeable a los criterios de la practicidad como la que adopta la sentencia mayoritaria, acaba generando expectativas contrarias a la cumplimentación de nor-

mas sustanciales del proceso y motiva a los órganos judiciales a no observarlas por razones pragmáticas cuando se presume que la falta de competencia no afectará desde una perspectiva sustantiva o material a la decisión final del proceso.

Por todo lo anterior, consideramos que se debió declarar la nulidad de pleno derecho del auto de sobreseimiento libre dictado por el Juez de instrucción, reponiendo las actuaciones al momento anterior a dictarlo, con el fin de que incoara el proceso pertinente y, ya dentro del mismo, dictara la resolución que correspondiera con arreglo a derecho.

Sentencia 900/2009, Sala de lo Penal del TS, de 23 de septiembre de 2009

ESTAFA POR OMISIÓN

Art. 248 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras recordar la doctrina jurisprudencial relativa al “engaño bastante” como elemento central del delito de estafa, se centra en la posibilidad de cometerlo por omisión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

En efecto como recuerdan las SSTs. 1128/2000 de 26-6; 1469/2000 de 29-9, 1326/2003 de 22-10, 564/2007 de 25-6, 672/2009 de 25-6 el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. La doctrina de esta Sala (Sentencia 17 de noviembre de 1999 y Sentencia de

26 de junio de 2000, núm. 634/2000, entre otras) considera como engaño “bastante” a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actué como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto. La maniobra defraudatoria ha de

revestir apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia, complementándose la idoneidad abstracta con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

Por ello, como decíamos en la STS 16-10-2007, procede en sede teórica recordar la distinción entre dolo civil y el dolo penal. La STS 17-11-1997, indica que: “la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles...”. En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la “sanción” existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira.

Consecuentemente esta modalidad de estafa, aparece —vid STS 1998/2001 de 29-10— cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuricidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SSTS de 12 de mayo de 1998, 2 de

marzo y 2 de noviembre de 2000, entre otras).

De otra manera, como dice la STS 628/2005 de 13-5: “Por tanto, para que concorra la figura delictiva de que se trata, resulta precisa la concurrencia de esa relación interactiva montada sobre la simulación de circunstancias que no existen o la disimulación de las realmente existentes, como medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos o puede disponer de los mismos en términos que no se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación.

Al respeto, existe abundantísima jurisprudencia que cifra el delito de estafa en la presencia de un engaño como factor antecedente y causal de las consecuencias de carácter económico a que acaba de aludirse (por todas SSTS 580/2000, de 19 de mayo y 1012/2000, de 5 de junio).

Por ello, esta Sala casacional ha declarado a estos efectos que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un *dolo subsequens* que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa (STS 8-5-1996).

Añadiendo la jurisprudencia que si ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el deli-

to de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone al engaño bastante para producir el error en el otro contratante. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe —S. 1045/94 de 13-5—. Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo “*subsequens*” del mero incumplimiento contractual (sentencias por todas de 16-8-1991, 24-3-1992, 5-3-1993 y 16-7-1996).

Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo *subsequens*, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

En definitiva, esta Sala ha considerado que el engaño consiste en afirmar como verdadero algo que no lo es o en ocultar circunstancias relevantes para la decisión del perjudicado. Además la Sala ha establecido en múltiples precedentes que configura el engaño típico la afirmación del propósito de cumplir las obligaciones que se asumen, cuando el autor sabe desde el primer momento que eso no será posible. En ocasiones

—precisa la STS 1341/2005 de 18-11— se designa a esta hipótesis como “negocio criminalizado”, terminología que no es la más recomendable, pues todo negocio jurídico en el que se logra mediante engaño una disposición patrimonial del sujeto pasivo es constitutivo del delito de estafa. Dicho de otra manera la Ley penal no criminaliza en el tipo penal de la estafa ningún negocio jurídico, sino un delito.

Cuarto.—(...)

El engaño puede consistir también en la deliberada ocultación de datos o bien en la maliciosa omisión de informaciones debidas, siempre que la conducta omisiva tenga eficacia causal en la producción del error en el sujeto pasivo, y sea determinante del acto de disposición y consiguiente perjuicio. Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión afirmando que el engaño omisivo se da cuando el autor del hecho le afecta la obligación, consecuencia de la buena fe contractual, de poner de manifiesto a la otra parte contratante, una información. Deber de información que en el caso de la STS 1156/2002 de 23-2, fue trasgredido por los acusados al ocultar datos significativos y decisivos en la compraventa de la vivienda, que hicieron que la parte desinformada accediera a realizar el negocio jurídico con el consiguiente desplazamiento patrimonial que de otro modo no hubiera realizado.

Afirma también la STS 1180/2004 de 28-2, que el engaño, que constituye uno de los elementos de la estafa, ha sido cometido por omisión, en los términos del art. 11 CP. En efecto, cuando las acciones de los sujetos, anteriores a su estado de insolvencia, han dado lugar a una relación de confianza crediticia con sus acreedores, resultando claro que al, crearse una ocasión seria de riesgo para el patrimonio de éstos, aquéllos debían haberles comunicado a dichos acreedores del riesgo inminente de incumplimiento y del consiguiente perjuicio patrimonial, para impedir, de esa manera, la producción del resultado. La posición de garante, en estos casos, surge precisamente de haber generado una confianza que consti-

tuye un riesgo para el patrimonio de la otra parte sin que precise que los actos precedentes hayan sido dolosos; pues el dolo sólo se requiere en el momento en que hubiera debido ejecutar la acción.

En definitiva se admite la modalidad omisiva cuando se silencia o se oculten circunstancias existente en el momento de la contratación que debieron ser puestas en conocimiento de la parte contratante en aplicación de los principios de lealtad y buena fe contractual (arts. 7 y 1258 CC).

Siendo así, en el caso presente, se produjo un error esencial en los sujetos pasivos que les llevó a actuar bajo una falsa presunción por cuya virtud se produjo el traspaso patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para los disponentes, consecuencia del error señalado y, en definitiva, del engaño desencadenante del mismo, concurriendo relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado (SSTS 1649/2001, 512/2005 de 22-4, 868/2006 de 15-9).

Respecto a la concurrencia del ánimo de lucro que como elemento subjetivo del injusto, junto al dolo general de engañar forma la estructura subjetiva del delito de estafa, consiste sustancialmente en la intención de obtener, para sí o para otros, un enriquecimiento, beneficio o ventaja patrimonial, beneficio que se presume en todas las infracciones de expropiación de bienes ajenos seguida de apropiación.

Ahora bien la presunción, como regla general, de la existencia del ánimo de lucro en la estafa no es más que el propósito que persigue el sujeto cuando lleva a cabo la acción típica. Dicho propósito, constituye, por ello, un hecho penológico, es decir, un hecho íntimo, propio de la conciencia, nunca del todo objetivable o, cuando menos difícilmente objetivable, razón por la cual dicho ánimo o propósito deberá deducirse de los datos o circunstancias que concurren en el hecho mismo y corresponderá al juzgador, en cada caso concreto, decidir a través de inferencias si concurre o no este elemento subjetivo del injusto típico.

Sentencia 901/2009, Sala de lo Penal del TS, de 24 de septiembre de 2009

RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA POR IMPAGO DE MULTA

Art. 53.3 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece completa información en relación a la previsión contenida en el artículo 53.3 del Código Penal, relativa a la no imposición de responsabilidad subsidiaria por impago de multa a los condenados a pena de prisión superior a cinco años.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Duodécimo.—El motivo sexto con amparo en el art. 849.1 LECrim. por infracción de Ley, en concreto del art. 53 CP por impo-

ner al recurrente responsabilidad personal subsidiaria al impago de la multa, no obstante haberse impuesto pena superior a cinco años.

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

En efecto como hemos dicho en sentencias 252/2008 de 22-5 y 826/2008 de 12-12, esta Sala sobre este punto ha seguido criterios interpretativos distintos:

a) Un primer criterio que interpreta que la limitación del apartado 3.º debe extenderse a todos aquellos arrestos sustitutorios derivados de multas, aunque sean por delitos sancionados con penas inferiores, siempre que alguno de ellos o la suma penológica de los apreciados en la sentencia excede del límite indicado, pues se trata de una de las limitaciones que tienen las penas privativas de libertad en que, al igual de lo dispuesto en los artículos 75 a 78 (anteriormente arts. 70 y 71 CP 1973) ha de tenerse en cuenta tanto la conexidad material como la procesal, SSTS 19-12-1985, 12-9-1986, 22-12-1997, 8-6-1988, 11-10-1989, 15-4-1991, 13-4-1993, 1-12-1994 y 16-1-1995, que literalmente dice: "... la responsabilidad personal y subsidiaria que el art. 91 CP (actual art. 53.2.2.3) prevé entre las disposiciones sobre la ejecución de las penas, para el caso de que el condenado a una pena de multa, una vez hecha exclusión de sus bienes, dejase de abonar la multa impuesta, constituye un modo sustitutorio de ejecución de esa pena que aparece condicionado, en el propio precepto que lo regula, con dos limitaciones: una, que tal responsabilidad personal o arresto sustitutorio de la multa en ningún caso podrá tener una duración que exceda de seis meses cuando se hubiere procedido por razón de delito ni de quince días cuando hubiere sido por falta; (actualmente el límite es de 1 año o 1 año y 3 meses, art. 70.3.9), y otra, que tal responsabilidad subsidiaria no se impondrá al condenado a pena privativa de libertad que exceda de seis años (límite que el CP 1995 redujo a 4 años y la LO 15/2003 elevó a 5 años). Y es este último veto legal el que ha olvidado la Sentencia recurrida, pues si bien, en principio, al condenar a la imputada

a la pena de ocho años y un día de prisión mayor, por el delito contra la salud pública de que era acusada, y a una multa conjunta de un millón de pesetas, no le impuso para el caso de impago de esa multa arresto sustitutorio alguno, también la condenó después a otra pena de privación de libertad de 2 años, 4 meses y 1 día de prisión menor y sendas penas de multa de cuatro millones de pesetas y doscientas mil pesetas por otros dos delitos de contrabando y uso de documento falso, por las que impuso dos arrestos sustitutorios de 60 y 16 días respectivamente.

El art. 81 CP (en el CP actual art. 3.2), proclama la legalidad de las penas también en la fase de ejecución, impidiendo lo sean en alguna otra forma que la prescrita por la Ley. En consecuencia es evidente que la Sala "a quo" vulneró aquel principio de legalidad e infringió el último párrafo del art. 91 CP (actual art. 53.3), al imponer a la penada los arrestos sustitutorios citados y que la Ley prohíbe para el caso y circunstancias en que aquella pena de multa debía ejecutarse, pues el Tribunal había castigado previamente con una pena de prisión que excedía de seis años, lo que ya sería suficiente para inhibir la ejecución sustitutoria de la multa por la vía de arresto, tanto más cuanto, que esta Sala ha venido declarando desde la importante Sentencia de 19 de diciembre de 1985 (así, Sentencias de 12 de septiembre de 1986; 10 de abril de 1991; 14 de abril de 1993; 25 de enero de 1994 p.ej.) que en modo alguno podrá aumentarse con un arresto adicional sustitutorio la privación de libertad del reo, cuando sumadas las distintas penas de privación de libertad impuestas por los diferentes delitos objeto de condena en una única sentencia, el período en que el penado va a verse privado de libertad excede de seis años. En otras palabras, para determinar la procedencia del arresto sustitutorio de la multa en función de la declaración de la pena conjunta de privación de libertad debe estarse no a la penalidad de cada delito concreto penado —como erró-

neamente ha hecho la Sala “a quo”—sino al conjunto o suma de las penas de privación impuestas por los distintos delitos objeto de condena e, incluso, no procede tal arresto si, de imponerse, adicionado a las penas privativas de libertad cuyo total no exceda de seis años, la suma definitiva de la privación de libertad a cumplir excedería de tal límite peno lógico (Sentencias de 14 de abril de 1993 y 1 de febrero de 1994).

b) Una postura más restrictiva que entiende que la limitación solo procede cuando la multa sea pena conjunta, en el mismo delito y la pena de prisión, por sí sola, supere el límite del art. 53.3 CP.

Podemos citar la STS 693/2000 de 24-4 que en su caso, en que se había impuesto responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa, no obstante que la pena privativa de libertad establecida era de 4 años de duración —es decir el límite del art. 53.3 en su anterior redacción— desestimó el motivo, que habría sido apoyado por el Ministerio Fiscal, argumentando:

“Los precedentes citados por el recurrente (SSTS 13-4-1993; 1-2-1994; 16-1-1995 y 23-4-1996) se refieren a cuestiones diversas de las aquí planteadas. Se trata en ellas de si el condenado a varias penas privativas de la libertad de ejecución acumulativa, pero menores cada una del límite legal que excluye la responsabilidad subsidiaria y mayores conjuntamente consideradas, permitiría establecer un arresto sustitutorio en caso de impago de la multa.

En el presente caso, la única pena impuesta no supera los cuatro años y, por lo tanto, la decisión del Tribunal *a quo* es correcta, dado que la Ley aplicada no ha sido infringida. Es cierto que existen precedentes en el sentido de entender que el arresto sustitutorio, sumado a la pena privativa de libertad impuesta, no debe superar el límite de 4 años (SSTS 119/94 de 1-2, 357/96 de 23-4, 629/96 de 26-9, 772/97 de 30-5). Sin embargo, es indudable que de esta manera, en los casos en los que la pena alcance a los cuatro años, el cumplimiento de la multa so-

lo dependería de la voluntad del acusado. Por un lado, el legislador no puede haber querido renunciar al cumplimiento de las penas de multa conjuntas establecidas para cada delito en particular en forma conjunta con la de prisión, sino solo cuando se superan los cuatro años. Si así fuera podría haberlo dicho claramente sin ninguna dificultad. Por otro lado, una renuncia de esta naturaleza no aparece impuesta por ningún principio concerniente a la aplicación de las penas”.

c) Finalmente una postura intermedia parece limitar la imposición de la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa, cuando dicho arresto sustitutorio unido a la pena de prisión rebase aquel límite, en la actualidad de 5 años (SSTS 1-2-1994, 14-4-1995, 23-4-1996, 26-9-1996, 6-3-1997, 30-5-1997). Postura que explica y motiva la STS 803/2000 de 16-5, en los siguientes términos: “El segundo motivo del recurso, por infracción de Ley al amparo del número 1.º del art. 849 de la LECrim., denuncia la infracción del art. 53.3.º del Código Penal de 1995, por estimar que al imponerse una pena de cuatro años de prisión no debió establecerse adicionalmente el cumplimiento de dos meses adicionales de arresto sustitutorio en caso de impago de la multa.

El art. 53.3.º del Código Penal de 1995 establece que la responsabilidad personal subsidiaria que proceda por impago de la pena de multa no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años. Una interpretación literal o meramente formal de la norma conllevaría la desestimación del recurso, como interesa el Ministerio Fiscal, pues en el caso actual la pena privativa de libertad impuesta no es “superior” a cuatro años, sino justamente de cuatro años, pero si atendemos al espíritu y finalidad de la norma que, conforme al principio de proporcionalidad, pretende imponer determinados límites a las penas privativas de libertad, impidiendo que ésta se prolongue más allá de lo debido en función de una cuestión accesoría como es la responsa-

bilidad personal subsidiaria derivada de la multa, observamos que el legislador, en uso de su voluntad soberana, ha situado dicho límite precisamente en cuatro años, y dicha finalidad se frustraría si, a través de una interpretación literal y formal, el condenado acabase cumpliendo una pena privativa de libertad superior al límite legal de cuatro años, precisamente por la acumulación de la responsabilidad subsidiaria a la pena inicialmente impuesta.

Es por ello por lo que la doctrina de esta Sala (Sentencias n.º 872/1993, de 13 de abril de 1993, n.º 886/1993, de 14 de abril del mismo año, n.º 1994, de 1 de febrero de 1994, o n.º 629/96 de 26 de septiembre de 1996, entre otras), ha estimado, en relación con el Código Penal anterior, que “cuando la pena privativa de libertad no alcance los 6 años, si existe arresto sustitutorio de una pena de multa, dicho arresto no podrá rebasar nunca, junto a la referida pena de prisión, a los seis años porque, en otro caso, se conduciría al absurdo de ser de mejor condición el condenado a pena de 6 años y 1 día que el que lo fue a pena, por ejemplo, de 5 años y 11 meses, sin arresto sustitutorio aquella y con un posible arresto sustitutorio ésta que pudiera exceder en su cómputo de los 6 años y 1 día” (STS 872/1993), lo que vulneraría el principio de culpabilidad al resultar más sancionado de modo efectivo quien ha cometido un ilícito de inferior gravedad, doctrina que resulta igualmente de aplicación respecto del Código Penal de 1995, al subsistir las razones que la fundamentan.

En consecuencia el art. 53.3.º del Código Penal debe ser interpretado en el sentido de que la responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados en la medida en que, junto con la pena de prisión impuesta, resulte una pena privativa de libertad superior a cuatro años, límite que no se podrá rebasar nunca como consecuencia de dicha responsabilidad personal.

Ello implica necesariamente que, en supuestos como el actual en los que la pena

privativa de libertad impuesta es precisamente de cuatro años, no procede imponer el cumplimiento de responsabilidad personal subsidiaria privativa de libertad, pues en cualquier caso se superaría el citado límite legal..., criterio reiterado en la STS 1184/2003 de 18-9.

Estos distintos criterios interpretativos han resultado unificados en el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª de 1-3-2005, que acordó: “La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53 CP”.

Acuerdo que ha sido desarrollado en la STS 358/2005 de 22-3, en el sentido de considerar que el límite de cuatro años (ahora 5), establecido en el n.º 3 del art. 53 CP, sólo tendrá lugar para la pena privativa de libertad y pecuniaria, conjuntamente previstas por la comisión de un delito, pero no debe operar la suma de las penas privativas de libertad impuestas por distintos delitos en una misma sentencia para alcanzar este tope.

Pues como también se acordó en el referido Pleno de 1-3-2005 “en los casos de prisión distintas, cada pena es independiente y no se suman a los efectos del art. 53.3 CP”, ello implica que si no puede sumarse a estos efectos las penas privativas de libertad de todos los delitos, tampoco podrá sumarse una responsabilidad personal subsidiaria acordada para el impago de una multa impuesta en un delito distinto del sancionado con la pena privativa de libertad (STS 131/2007, de 16-2).

Consecuentemente impuesta al recurrente por el delito contra la salud pública una pena privativa de libertad de cinco años de prisión, precisamente el límite previsto en el art. 53.3 CP, no es procedente la imposición de la responsabilidad subsidiaria, dos meses, por la pena de multa, también impuesta, 60.000 euros.

Sentencia 910/2009, Sala de lo Penal del TS, de 25 de septiembre de 2009

TORTURAS NO FINALISTAS

Art. 175 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece la doctrina jurisprudencial relativa al delito de torturas o trato degradante llevado a cabo por la autoridad o funcionario público en la variante prevista en el artículo 175 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En tercer lugar cuestiona el recurso la subsunción de los hechos probados en el delito del artículo 175 del Código Penal que, al amparo del 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pretende que ha sido infringido.

Argumentan que falta la gravedad en los hechos que permita aquella tipificación, y que, a lo sumo, justificaría una valoración como simple falta.

No cabe sino en este punto reconocer el exquisito razonamiento de la recurrida sobre el contenido y alcance del tipo penal del artículo 175 del Código Penal y su configuración jurisprudencial.

Y, en lo que concierne a la valoración de la vejación inferida, es de destacar que la propia sentencia califica ésta de no grave (fundamento jurídico sexto *in fine*).

Debemos subrayar que la sentencia recurrida comienza por excluir la tipificación de los hechos en la modalidad más grave del artículo 174 del Código Penal en que el trato se enmarca en la actividad investigadora que procura obtener una confesión o información.

Situado en la calificación más leve en la que el atentado a la integridad moral de la

víctima se desliga de aquel propósito investigador, el legislador distingue entre trato gravemente degradante y el que no tiene tal entidad. Pero la exclusión de la gravedad no implica que el hecho no sea delictivo. Y subsumible precisamente en el artículo 175 del Código Penal cuando el sujeto activo es funcionario y actúa con abuso de su función.

Como dijimos recientemente en nuestra Sentencia de 10 de mayo de 2007, recurso 3281/2007, el art. 175 del Código Penal se encuentra bajo la rúbrica de los delitos contra la integridad moral, y supone un tipo residual respecto al delito de torturas, definido en el art. 174, en cuanto que, bajo su dicción legal, se cometerá cuando la autoridad o el funcionario público, abusare de su cargo, y no se hallare comprendido en el artículo anterior (torturas), atentare contra la integridad moral de una persona. Son, pues, sus requisitos: a) en cuanto al sujeto activo, tiene que tratarse de un funcionario público o autoridad, ya que en caso contrario la ley prevé la sanción por la vía del art. 173, si bien este último precepto refuerza la acción infligiéndose un trato degradante, adjetivación que no se predica del acto comisivo en este delito, aunque puede considerarse implícito; b) en cuanto a la acción, el sujeto activo tiene que abusar de su cargo, lo que significa un comportamiento extralimitati-

vo, prevaleándose de su condición pública, lo que produce una cierta intimidación para la consecución de sus fines y de sensación de impunidad en su comportamiento; c) el resultado consiste en atentar contra la integridad moral de una persona. El derecho a la integridad moral está reconocido constitucionalmente en el art. 15 de nuestra Carta Magna, que proscribe con carácter general los tratos degradantes, y que se conecta directamente con la dignidad de la persona, cuyo art. 10 atribuye a la misma ser el fundamento del orden político y de la paz social; d) por último, los hechos no pueden ser constitutivos del delito de torturas, lo que le confiere un carácter residual. Resumiendo, el concepto de atentado contra la integridad moral, comprenderá: a) un acto de contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto; c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito; y d) por último, que los hechos no pueden ser constitutivos del delito de torturas, lo que le confiere un carácter residual.

Ciertamente en alguna ocasión hemos tratado de enunciar supuestos que sirvieran como referencia para la tipificación de comportamientos denunciados. Así en la sentencia 489/2003 de 2 de abril donde dijimos

No se puede presentar un catálogo de conductas susceptibles de ser incluidas en el tipo penal. Pero con una finalidad ejemplificadora en la definición del maltrato degradante, la STEDH 18-1-1978, reprobó como degradante cinco técnicas utilizadas por las fuerzas y cuerpos de seguridad, como mantener encapuchados a los detenidos, situarles frente a una pared durante horas, someterles a ruidos monótonos y continuos, no consentirles dormir, privarles de alimentos o agua, restringirles la dieta. Añadiremos por nuestra parte otras conductas que pudieran ser integradas en el trato degradante causante de la perturbación de la integridad moral, como la realización de “novatadas” y, en general, las conductas susceptibles de producir en las víctimas “sentimientos de terror, de

angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral” (SSTS 819/2002, de 8 de mayo, y de 29-9-1998) y en este sentido hemos recogido como atentatorios a la integridad moral conductas, como desnudar a un detenido y obligarle a realizar flexiones, etc. comportamientos que exceden de la necesidad de la detención con una finalidad envilecedora.

Pero en el caso se trataba de un hecho a tipificar fuera del ámbito subjetivo que ahora examinamos pues, no siendo el autor funcionario público el tipo en discusión era el del artículo 173. Y, como dijimos la cuestión de la gravedad es resuelta de manera diferenciada cuando el sujeto activo es funcionario público y se actúa fuera del contexto de una actividad investigadora. Porque en este caso el delito existe incluso cuando el atentado no fuere grave.

En la Sentencia 625/2005, de 5 de mayo, se absolvió de este delito pero porque el acusado había sido condenado por detención ilegal. En dicha sentencia dijimos toda privación de libertad ya lleva en sí mismo un daño moral relevante, por lo que si no existe otro elemento fáctico más, debe considerarse que nos encontramos ante un concurso de normas que debe resolverse por el principio de la alternatividad, y el delito más grave, en este caso la detención ilegal, absorbe al delito previsto en el art. 175 del Código Penal. No se ha producido un daño moral añadido al quebranto moral inherente a toda detención ilegal, no hay, pues, un plus de antijuridicidad.

En el caso que examinamos, aunque no se formula acusación por ese otro delito de detención ilegal, se evidencia que la misma estaba injustificada y que, al sentirlo así la víctima, habría de soportar el trato como humillante.

Por otro lado no cabe sino estimar el exceso, con entidad suficiente para la relevancia penal atribuida, desde la perspectiva de los principios que deriva de las normas reguladoras del comportamiento de los agentes de autoridad o Fuerzas y Cuerpos de Se-

guridad del Estado, como recordábamos en nuestra Sentencia 1218/2004, de 2 de noviembre en la que decíamos que era necesario que se rigieran por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad”, como dice el apartado c) del art. 5.4 LO 2/1986, cuyo apartado d) concreta que “solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para la 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 CE y se halle inspirado en

las líneas marcadas por la “Declaración de la Policía” hecha por el Consejo de Europa el 8.5.79 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.

Y, por ello, excluíamos la exención de responsabilidad derivada del uso de la fuerza cuando no concurra un cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza.

Es obvio que los hechos tal como han sido descritos satisfacen las exigencias del citado artículo 175 del Código Penal, cuando menos en su modalidad menos grave.

Sentencia 941/2009, Sala de lo Penal del TS, de 29 de septiembre de 2009

EXACCIONES ILEGALES, PREVARICACIÓN E INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTO

Arts. 404, 413 y 437 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis**

SÍNTESIS

De las diversas conductas delictivas imputadas a un registrador de la propiedad, extractamos la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia en lo que se refiere a los delitos de prevaricación, exacciones ilegales e infidelidad en la custodia de documentos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

En el desarrollo del motivo, destaca el Ministerio Fiscal que la sentencia combatida excluye la responsabilidad penal del acusado tratando de demostrar —en el FJ 15.º— “que las decisiones de un registrador en el ámbito que le atribuye la legislación registral no recaen en asuntos administrati-

vos. Se trataría de asuntos de otra naturaleza, como viene a confirmar su inimpugnabilidad en la vía contencioso-administrativa”. Tesis a la que se opone radicalmente el Ministerio Fiscal, afirmando que “la solución dada por el Tribunal *a quo* es superficial y no profundiza lo suficiente en una cuestión que tiene más alcance”.

A este respecto, destaca el Ministerio Fiscal cómo “la mejor doctrina encuadra es-

te tipo de actuaciones dentro del concepto amplio de jurisdicción voluntaria”, y afirma que “en rigor estos actos no son jurisdiccionales, aunque a veces vengan atribuidos a los jueces”; existiendo un debate doctrinal inacabado sobre la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria “que ha llegado a concluir casi pacíficamente en el sentido de que no se trata de actividad jurisdiccional, aunque la competencia para conocer de alguno de ellos esté atribuida a los Jueces”. No obstante lo cual, reconoce el Ministerio Fiscal que existe una conocida polémica entre dos relevantes tratadistas sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, con ocasión del Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Voluntaria que fue remitido al Parlamento.

Sostiene el Ministerio Fiscal, sobre esta materia, que, “para decidir lo que es “asunto administrativo”, a efectos del delito de prevaricación, no es suficiente con comprobar cuál es el orden jurisdiccional llamado a revisar esa actividad”, defendiendo, por su parte, la tesis de “la autonomía del Derecho penal frente a las otras ramas del ordenamiento jurídico” para pronunciarse sobre el particular. Y, en este sentido, dice que por “asunto administrativo” no han de entenderse los “asuntos regidos por el derecho administrativo”, sino “todos los actos y decisiones realizados por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con exclusión de los actos propiamente jurisdiccionales o legislativos”.

Superada esta cuestión, el Ministerio Fiscal se adentra en el examen de “todos los demás elementos que dan vida al delito de prevaricación”, sosteniendo, a la vista de lo expuesto, que nos hallamos ante una resolución “injusta y arbitraria”. Concurrían varias ilegalidades: la extensión de la parcela resultante y que no se había obtenido la licencia urbanística —que, además, no podía haberse obtenido—, por lo que resulta obvio que “dicho acto no podía ser inscrito”. No nos hallamos, por tanto, ante un incumplimiento de “obligaciones formales o regla-

mentarias”, sino de “burlar los requisitos de fondo”. No obstante —debemos apostillar—, es indudable que la mera constancia registral no es suficiente para convalidar tales ilegalidades.

La representación del Sr. Isidro, por su parte, impugna este motivo alegando que en el mismo se falta al respeto debido al relato de “hechos probados” de la resolución recurrida (art. 884.3.º LECrim), al incorporar en extremos esenciales del mismo “apreciaciones subjetivas no contenidas en los hechos probados que posibilitan la inclusión en el tipo de un comportamiento que, de otra forma, no tendría encaje en el artículo 404 del Código Penal: 1/ La plena consciencia de la ilegalidad sustantiva. 2/ Que no se trataba de un incumplimiento de obligaciones formales o reglamentarias. 3/ La evidencia de que se trataba de burlar los requisitos de fondo”.

Además, la citada representación afirma que “el acto de calificación registral no es una resolución dictada en asuntos administrativos” y que “en el tipo del artículo 404 del Código Penal sólo se sancionan penalmente conductas realizadas por quienes forman parte de los órganos administrativos”. No es jurídicamente correcto afirmar como hace el Ministerio Fiscal —se dice— que “todos los actos de las autoridades y funcionarios no constitutivos de resoluciones jurisdiccionales o producción legislativa son “asuntos administrativos” en términos penales”. No hay antecedentes jurisprudenciales de la tesis defendida por el Ministerio Fiscal, la cual, por lo demás, “supondría una interpretación extensiva de la norma penal” legalmente proscrita. Por el contrario —sostiene esta representación— el concepto normativo de referencia debe atender, además de la perspectiva funcional (funcionario público), “que la resolución, como señala el Tribunal Supremo, sea el resultado de un procedimiento sometido al derecho administrativo”, y que, “hasta la reforma operada por Ley 21/2001 (tal vez haya querido decirse Ley 24/2001) la naturaleza de la función registral era indiscutida”. Hasta di-

cho momento, cuantas veces se planteó esta cuestión se rechazó que la actividad registral estuviese sometida a la Ley de Procedimiento Administrativo; solamente en procedimientos disciplinarios la citada ley se aplicaba supletoriamente, pero su función calificadora en modo alguno puede considerarse una actividad administrativa. De ahí que, hasta la entrada en vigor de la Ley 21/2001, en modo alguno la calificación del Registrador de la Propiedad constituía una resolución recaída en asunto administrativo.

Por lo demás, se dice también en la impugnación de este motivo que “no es suficiente que una resolución administrativa (y ya hemos visto que esta naturaleza no concurre en el acto examinado) sea contraria a Derecho para que su emisión constituya un delito de prevaricación”. Para ello, según la jurisprudencia de la Sala Segunda, es preciso que la ilegalidad sea “evidente, patente, flagrante y clamorosa”. Mas, en el relato de “hechos probados” no se dice que el comportamiento del Sr. Isidro fuera arbitrario y, por otra parte, “la segregación de la finca era inscribible según las normas vigentes en el momento de los hechos”. Es significativo, a este objeto, que no se haya instado la nulidad de la inscripción; y, por otra parte, “la segregación y venta fue inscrita a posteriori por el Registrador sustituto”. En último término, la prohibición de acceso al Registro de la Propiedad de las parcelas de extensión mínima a la establecida en el apartado 2 de la Ley 6/1998, no viene impuesta en la “ley” —como sería preciso, en cuanto limitación al derecho constitucional a la propiedad— sino en el Decreto que la desarrolla. En definitiva, pues, “la segregación y venta era título inscribible, aunque con obligada práctica de la referida nota marginal” (si no se aportara licencia o si las condiciones de la nueva finca no se ajustaren a su contenido).

“La pretensión de encontrar apoyo normativo para una supuesta patente ilegalidad, con base en normas estatales, también está condenada al fracaso”, de modo especial porque “la normativa urbanística estatal

quedó derogada” una vez que la Comunidad Catalana hizo uso de sus propias competencias normativas. Por lo demás, la normativa referente a la segregación “obligaba tanto al Notario como al Registrador”.

El artículo 404 del CP, cuya infracción aquí se denuncia, castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Principios, éstos, que, por lo demás, quedan salvaguardados por medio de los recursos — tanto administrativos como jurisdiccionales— legalmente admitidos contra tales resoluciones, de tal modo que la norma penal, según el principio de mínima intervención, debe quedar reservada para los ataques más graves contra la función pública, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala, al declarar que “el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad, pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho penal, en cuanto el *ius puniendi* debe constituir la última ratio sancionadora” (v., ad exemplum, STS de 22 de marzo de 1994).

Ya hemos dicho que sujeto activo de este Derecho únicamente pueden ser los funcio-

narios públicos, cuya conducta típica debe consistir en cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los ciudadanos por su contenido ejecutivo, que es en lo que consiste toda resolución.

En relación con esta materia, destaca la doctrina mayoritaria que dicha resolución habrá de versar sobre “asunto administrativo” —cuestión doctrinalmente controvertida—, estar sometida al Derecho administrativo, requerir un procedimiento formal y que, en ningún caso, tenga naturaleza jurisdiccional ni política.

En todo caso, la resolución del funcionario público deberá ser “arbitraria”. Y, a este respecto, debemos poner de manifiesto que el art. 358 del CP-1973, precedente legal del art. 404 del CP vigente, hablaba de resolución “injusta”, exigencia que la jurisprudencia vino interpretando como “contradicción con el ordenamiento jurídico”; mas como, de modo patente, no toda discordancia de la resolución con la norma jurídica puede convertir en delictiva la conducta del funcionario, la jurisprudencia —como ya hemos puesto de relieve— ha venido limitando tal discordancia a los supuestos en los que la contradicción con el ordenamiento jurídico sea patente, notoria, incuestionable, flagrante e, incluso, clamorosa: debe tratarse de una contradicción insalvable, de una aplicación torcida del Derecho. En ello consiste precisamente el carácter arbitrario de la resolución, en cuanto lesiona abiertamente los principios de legalidad y de seguridad jurídica, por no responder a ningún criterio de interpretación de las normas que resulte admisible en el campo científico, por implicar tanto una posible falta absoluta de competencia, o suponer una omisión de trámites esenciales de procedimiento, o porque el contenido de la resolución sea manifiestamente discordante con el ordenamiento jurídico en los términos anteriormente expuestos.

La exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se

trate “a sabiendas de su injusticia” permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga “dudas razonables” sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (v. SS TS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004).

(...)

No cabe la menor duda de que el Registrador de la Propiedad es un funcionario público (art. 24.2 CP), que, al calificar los títulos que se pretenden inscribir en el Registro desarrolla una función pública que, de modo patente, no puede calificarse de jurisdiccional, y que, en todo caso, debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Ello no obstante, para enjuiciar la conducta del Sr. Isidro objeto de esta causa, es preciso tener en cuenta: a) que los Registradores de la Propiedad, en el desempeño de sus funciones, están sometidos a un completo régimen de posibles responsabilidades: disciplinarias (arts. 313 y ss LH), civiles (arts. 18, 222.5, 226, 283 y 296 LH), y penales (art. 404 y ss CP); b) que, la LH califica como “infracciones muy graves”, entre otras conductas: “la inscripción de títulos contrarios a lo dispuesto en las Leyes o sus Reglamentos o a sus formas y reglas esenciales, siempre que se deriven perjuicios graves para el presentante, para terceros o para la Administración y que no se trate de meras cuestiones interpretativas u opinables en Derecho” [art. 313. A), d)], así como “el incumplimiento grave de las normas sobre incompatibilidades contenidas en la Ley 12/1995 (de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado)...” [art. 313. A), f)]; c) que, entre las sanciones que pueden ser impuestas a la Registradores de la Propiedad figuran las de “postergación en la antigüedad en la carrera cien puestos”, “traslación forzosa”, “suspensión de funcio-

nes hasta cinco años” y “separación definitiva del servicio” (art. 314 LH); d) que, al enjuiciar este tipo de conductas, no puede desconocerse cual es el objeto y la finalidad propios del Registro de la Propiedad, esto es, “la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos sobre bienes inmuebles”, con la consiguiente protección judicial de los asientos; y, e) que tampoco debe prescindirse de efectuar una ponderada valoración de los daños que de la conducta enjuiciada puedan derivarse para los particulares o para la causa pública.

La ponderación del conjunto de circunstancias que concurren en el presente caso nos lleva a considerar que la conducta enjuiciada no desborda los límites de las posibles responsabilidades disciplinarias e, incluso, civiles del Registrador encausado, de modo que, en principio, su conducta no puede considerarse penalmente típica. La inscripción registral llevada a cabo por el Sr. Isidro no ha afectado al contenido esencial del Registro. La finca segregada se vendió a un tercero en escritura pública, la parcela segregada se agrupó a otras igualmente segregadas de otras fincas, y con ellas se formaron dos fincas nuevas en virtud del correspondiente título de agrupación y formación de nuevas fincas. Por tanto, la inscripción registral reflejaba la realidad extrarregistral. La correspondiente “nota de referencia” relativa a dicha agrupación no puede considerarse contraria a la legislación hipotecaria. Tampoco cabe advertir ningún daño potencial para terceras personas. El hecho de que la primera segregación se efectuase sin la necesaria licencia no respeta la legalidad; mas tampoco se respeta la ley en los supuestos de doble venta de una misma finca (v. art. 251 CP) y, sin embargo, nada obsta a la posible inscripción registral de tales ventas, a la que, incluso, el Código civil reconoce efectos jurídicos (art. 1473 CC), con independencia de las posibles responsabilidades penales. Finalmente, la “nota marginal”, en la que “se hacía constar que se había exigido

la licencia de parcelación relativa al documento al que se refería la inscripción y que la nota se cancelaría por cualquiera de los supuestos legalmente establecidos” —con independencia de que la segregación de la parcela se hizo sin haberse solicitado previamente la licencia urbanística—, de modo patente, no dice que se hubiera obtenido dicha licencia (lo que sería falso), y, aunque el contenido de la nota no es suficientemente claro, tampoco se dice en ella que se había solicitado dicha licencia (lo que sería igualmente falso), pudiendo entenderse que lo que en ella se dice es que, en el Registro, se había exigido acreditar el cumplimiento de dicho requisito legal como complemento necesario de la inscripción.

(...)

Duodécimo.—(...)

Alega la parte recurrente que, en el presente caso, no concurre el requisito del “dolo de engaño por violación legal en materia de aranceles registrales por emisión de informaciones registrales, sino diferentes interpretaciones no coincidentes sobre la materia arancelaria por la Dirección General de los Registros y del Notariado”, y pone de manifiesto que, aparte de los informes del art. 355 del RH, a los que se refiere exclusivamente la sentencia recurrida existen otros informes (v. arts. 258 y 222.7 de la LH y art. 334 del RH), destacando, además, las siguientes afirmaciones del Tribunal de instancia: 1) “no consta probado que hubieran sido solicitados los informes”; 2) “no consta que los informes fueran efectivamente emitidos”; y, 3) “llama la atención sobre el hecho de que la base sobre la que se aplica el arancel corresponda con el valor de la finca o derecho que se inscribe”. Y, en relación con tales afirmaciones sostiene que no es necesaria la petición de informe por escrito y que, en todo caso, el Tribunal invierte la carga de la prueba.

Reconoce la parte recurrente que los informes a que se refiere el art. 355 del RH, por su propia naturaleza, son por escrito, pe-

ro —añade— en cuanto a los informes del art. 334 del RH que es preciso tener en cuenta que no existe ningún requisito de petición ni de emisión, de modo que pueden ser orales.

Desde esta perspectiva —dice el recurrente— la casi totalidad de los informes emitidos por el Sr. Isidro fueron dictámenes, informes y asesoramientos distintos a los informes a los que se refieren el art. 253.3 de la LH y los arts. 333.3 y 355 del RH, en cuanto se refieren fundamentalmente a la función de información y asesoramiento que deben prestar los registradores de la propiedad (arts. 258 y 222.7 de la LH y art. 334.1 del RH). Y, en cuanto a la forma de minutar, entiende que, al tratarse de ejercicio profesional de la función, deberá hacerse por el núm. 5 del Anexo 1; y, en el presente caso, la base tenida en cuenta ha sido mucho menor que la que podía haberse tomado, correspondiente al valor de la finca o derecho.

Dado el cauce procesal elegido, es obvio que la parte recurrente debe formular su impugnación sobre la base del pleno respeto al relato de hechos probados de la resolución recurrida (art. 884.3.º LECrim), consiguientemente, como quiera que en el *factum* de la sentencia de instancia se dice expresamente que el registrador Sr. Isidro minutó “como informes del art. 355 del RH supuestos en los que no consta probado se hubieran solicitado tales informes o hubiesen sido efectivamente emitidos”, señalándose concretamente las minutas en las que se apreció tal irregularidad, procede, en principio, la desestimación de este motivo.

En todo caso, como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de instrucción, no cabe equiparar los informes a los que se refieren los artículos 222 y 258 del RH (sobre el deber de información de los Registradores), con los informes a los que se refieren los artículos 19 bis y 253 de la LH y los artículos 333.3 y 355 del RH. Además, los aranceles registrales son fijos y la práctica de rebajarlos —como pretende justificar la parte recurrente— está prohibi-

da (v. art. 589 del RH). Y, por otra parte, la norma 9.ª del Anexo II del Arancel establece que “las operaciones que no tengan señalados derechos en el Arancel no devengarán ninguno”. La Dirección General de los Registros y del Notariado, finalmente, en su Resolución-Consulta de 15 de junio de 1998, se ha pronunciado en el mismo sentido.

No es posible, por todo lo dicho, apreciar la infracción legal que se denuncia en este motivo que, consecuentemente, debe ser desestimado.

Decimotercero.—El motivo cuarto, por el cauce procesal del art. 849.1.º de la LECrim, denuncia “aplicación indebida del art. 437 del Código Penal, al configurar la sentencia como delito de consumación anticipada” y no estar acreditado “el cobro material de las minutas”, ni haberse personado particular alguno en la causa para reclamar ninguna suma por cobro indebido.

Alega la parte recurrente en pro de este motivo que la jurisprudencia parece demandar el cobro de las correspondientes cantidades para la consumación de este delito y que, por ello, no puede ser considerado como de consumación anticipada; siendo así que, “en los hechos probados de la sentencia no se declara que ningún particular haya pagado suma alguna de forma indebida”.

El motivo, de modo patente, carece de fundamento y, por tanto, no puede prosperar. En efecto, se defiende en este motivo que el delito de exacciones ilegales se consuma cuando el funcionario público cobra las minutas excesivas o indebidas reclamadas al particular que demanda sus servicios, y, a este respecto, es preciso poner de manifiesto que tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia —ésta con una lejana excepción (STS de 20 de noviembre de 1894), como ha señalado el Ministerio Fiscal en el trámite de instrucción— sostienen que el delito de exacciones ilegales se consuma con la exigencia de los derechos, tarifas, aranceles o minutas excesivos o indebidos, sin que sea necesaria la efectiva recepción de los mismos por el funcionario ni

tampoco su entrega por el particular (v. STS n.º 1223/1887, de 13 de octubre), pues el tenor literal del tipo penal se refiere a la autoridad o funcionario público “que exigiere”, no dice “que cobrarre”—como pretende entender la parte recurrente—.

Por lo demás, es indudable que el Tribunal de instancia no ha expresado en el *factum* con la precisión y el rigor deseables si el aquí recurrente se limitó a exigir las minutas indebidamente o si llegó a cobrarlas efectivamente, ya que la conducta que le atribuye es haberlas minutado. Mas, ello no obstante, como también ha destacado el Ministerio Fiscal, el contexto global de la resolución combatida pone claramente de manifiesto que el Tribunal sentenciador ha estimado acreditado el pago de tales minutas, pues, de otra forma, carecería de todo fundamento razonable la condena impuesta al Sr. Isidro y a los empleados del mismo para que indemnizaran a los destinatarios de las minutas relacionadas en los epígrafes a) y d) del apartado primero del relato de hechos probados de la sentencia impugnada, en los importes cobrados indebidamente, lo que se llevará a cabo, previa su identificación, en ejecución de sentencia.

(...)

Decimocuarto.—(...)

Como claramente se desprende de lo expuesto, la parte recurrente pone el acento de su impugnación en el hecho de que, habiéndose rechazado por el Tribunal sentenciador la inculpación de este acusado como inductor de un delito de infidelidad en la custodia de documentos, en su modalidad de “destrucción”, ha sido condenado como autor del mismo delito por “ocultación” del documento, cuando en realidad se trata de una acción cotidiana en los Registros de la Propiedad, al estar formados los libros registrales por hojas móviles, sin que, por lo demás, se haya acreditado que ello ha ocasionado daño a la causa pública.

El Ministerio Fiscal, por su parte, ha impugnado este motivo, poniendo de relieve

que el delito de infidelidad en la custodia de documentos es un delito de resultado, y, por ello, admite la comisión por omisión cuando hay posición de garante (art. 11 CP), como, sin duda, sucede con el titular del Registro de la Propiedad respecto de la custodia de los libros del Registro. De ahí la irrelevancia práctica de precisar qué persona llevó a cabo la “ocultación”, lo cual sucede “cuando se deja el folio fuera de su lugar de localización con voluntad de perpetuar esa desubicación”. “Decidir no devolver un folio a su lugar natural, del que se separó correctamente, produce como resultado la “ocultación” del documento. “Ocultar es equivalente en la concepción jurisprudencial a guardar, no entregar o incluso dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento impidiendo que surta los fines a que corresponde su contenido y destino”. Además, hay que reconocer “la equivalencia de las conductas descritas de manera disyuntiva en el art. 413: sustraer, destruir, inutilizar u ocultar, son diferentes modalidades pero equivalentes entre sí”; “son conductas penal y naturalmente asimiladas a estos efectos”.

El delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 413 del CP, dentro del Título XIX, de “Delitos contra la Administración Pública”, castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustraer, destruir, inutilizar u ocultar documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo”. Se trata, por tanto, de un delito especial propio, de carácter doloso, de resultado, cuyo bien jurídico protegido es tanto el “correcto ejercicio de la potestad atribuida a la Administración”, como “el interés del Estado en la imagen de un aparato administrativo adecuado a los principios del Estado de Derecho” (arts. 1.1, 9.1 y 103.1 y 3 CE), cuyo desconocimiento comporta la lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo y, por tanto, un evidente daño a la causa pública.

La infidelidad en la custodia de documentos es un delito doloso, cuya conducta típica está descrita en el Código Penal con

deficiente técnica por la diversidad de los verbos nucleares empleados por el legislador: sustraer, destruir, inutilizar u ocultar documentos cuya custodia esté encomendada a la autoridad o funcionario público de que se trate, circunstancia —ésta— que nadie cuestiona en el presente caso respecto del acusado aquí recurrente, en cuanto Registrador de la Propiedad y, consecuentemente, responsable de la custodia de los libros registrales. Lo que realmente se cuestiona aquí es simplemente si su conducta, descrita en el *factum* (HP 4.^º), es penalmente típica.

La parte recurrente sostiene la atipicidad de la conducta del Sr. Isidro por cuanto la orden que dio a su empleado Sr. Máximo fue que destruyera el folio registral n.º ... y éste se limitó a ocultarlo detrás de un armario. Por tanto, al no haberlo destruido —como se le ordenó—, el Sr. Isidro no puede ser condenado como inductor del delito, dado que la conducta llevada a cabo por el Sr. Máximo responde a otra modalidad delictiva (“ocultar”), que constituye un verbo nuclear diferente de “destruir”. De ahí la pretendida atipicidad de su conducta.

Llegados a este punto, debemos poner de manifiesto las evidentes deficiencias de la descripción del tipo penal cuestionado por el empleo de una relación más o menos compleja de verbos nucleares en la descripción de la conducta típica, como sucede con otras figuras del Código Penal, tales como las descritas en los artículos 332 y 368 del Código Penal vigente, o con el artículo 302 del Código Penal de 1973, respecto del cual un relevante penalista dijo que la variedad de formas comitivas descrita en el citado precepto constituía un inútil y hasta perjudicial arcaísmo técnico de nuestro Código, al describir hasta nueve modalidades de actividades falsarias, con evidentes repeticiones y solapamientos, cuando todas ellas podían entenderse incluidas en el núm. 6.^º (“haciendo en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido”); al tiempo que otros autores consideraron que las nueve formas comitivas del cita-

do artículo podían reducirse a tres: a) alteración del documento verdadero ya existente; b) constatación falsa de un hecho; y, c) creación o formación de un documento totalmente falso.

Desde esta perspectiva, se podría considerar la equiparación penal de las diferentes modalidades comisivas. Así, en la STS de 22 de marzo de 1990, se dice que “carece de transcendencia el cambio o mutación de la incriminación dentro de los números del art. 302 (del CP de 1973), ya que no se altera la unidad del objeto normativo ni la conceptualización penal del hecho y la aplicación de distinto número del art. 302 como elemento tipificador no infringe el principio acusatorio, según sentencias de 12 de febrero de 1988 y 11 de diciembre de 1989”.

Dada la indudable relación de la anterior doctrina jurisprudencial con el principio acusatorio (derecho a ser informado de la acusación, art. 24.2 CE), principio básico del proceso penal, es procedente recordar que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, “el objeto sobre el que ha de recaer esa información”, es evidente que “la misma ha de recaer sobre los hechos considerados punibles que se imputan al acusado”, “pues la calificación jurídica de tales hechos corresponde en principio al Tribunal en aplicación del principio *iura novit curia*, aunque no debe olvidarse que la calificación jurídica no es ajena al debate contradictorio” (v. SSTC núms. 12/1981, 105/1983, 134/1986, 190/1987 y 170/1990, entre otras).

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha declarado que la efectividad del principio acusatorio exige, para excluir la indefensión, en primer lugar, que el hecho objeto de acusación y el que lo es de condena permanezcan inalterables, y, en segundo lugar, la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación (v. SSTC núms. 134/1986 y 43/1997). De ahí que debe estimarse que el citado principio no exige la vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas y al “petitum” de las partes, sino sólo que el hecho objeto del jui-

cio del fallo sea aquel sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un crimen sino un “actum” (STC 377/1987). En definitiva, pues, como ha declarado esta Sala, “la efectividad del principio acusatorio exige (...) que exista identidad del hecho punible (...). La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación” (v. STS de 28 de febrero de 1998).

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso conduce llanamente a la desestimación del motivo. En efecto, sustraer, destruir, inutilizar u ocultar —verbos nucleares del tipo penal del art. 413 CP — constituyen simples modalidades de un propósito común: privar dolosamente que un determinado documento pueda cumplir la función que el ordenamiento jurídico le reconoce. Existe, pues, una “homogeneidad” en todos los supuestos previstos en el tipo penal del art. 413 del CP, cuya infracción se ha denunciado en este motivo. Por consiguiente, como quiera que, en el presente caso, existe una plena identidad entre los hechos imputados al Sr. Isidro y los reflejados en el *factum* de la sentencia recurrida y por

los que se ha sido condenado, concurriendo, además, el requisito de la homogeneidad de los tipos penales, no cabe apreciar la infracción de ley que aquí se denuncia.

No está de más, poner de manifiesto también que la intervención del Sr. Isidro fue determinante de la conducta imputada a su empleado Sr. Máximo, al haberle entregado el folio n.º ... para que lo destruyera —para sustituirlo después con otro folio con el mismo número, procedente de otro libro del Registro— al haberse limitado el referido empleado a ocultar el documento detrás de un armario, “donde quedó olvidado hasta que fue encontrado por la Comisión Judicial que practicó la diligencia de entrada y registro en las dependencias del Registro de la Propiedad” (HP 4.º); pues tanto la orden dada por el Registrador como la forma en que la cumplió su empleado tenían un mismo objetivo: impedir que el folio registral original pudiera cumplir la función inherente a los libros registrales, lo que confirma la homogeneidad de tales conductas.

A la vista de todo lo expuesto, es indudable que no puede apreciarse la infracción de ley que aquí se denuncia. Consecuentemente, procede la desestimación de este motivo.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 91/2009, AP LOGROÑO, Sec. 1.ª, de 4 de mayo de 2009

QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA: NO PROCEDE RESPECTO DE MEDIDAS IMPUESTAS AL MENOR

Arts. 468.1 del Código Penal y 7 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Miguel Rodríguez Fernández**

SÍNTESIS

Sólo cabe aplicar el tipo de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal respecto de penas o medidas de seguridad impuestas conforme al Código Penal o leyes penales especiales, pero solamente cuando su contenido es efectivamente de naturaleza penal, lo que no sucede con las medidas previstas en la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores, cuya naturaleza, si bien es de carácter sancionador, no es represiva, sino preventiva educativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—El Juez del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Logroño, con fecha 30 de enero de 2009, dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este recurso.

Segundo.—La expresada sentencia en su parte dispositiva dice así: “Que debo conde-

nar y condeno a D. Juan Enrique como autor de un delito de quebrantamiento de condena del art. 468.1.º del CP, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, procediendo la imposición de la pena de multa de DOCE MESES A DOS EUROS/DÍA procediendo la responsabilidad personal subsidiaria de un día de

privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas (art. 53.1.º del CP) y costas”.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Sobre la valoración de la prueba, como ha expresado esta Sala en ocasiones anteriores sobre la valoración de las declaraciones prestadas en el acto del juicio, que es función del Juez a quo valorarlas y otorgar mayor credibilidad a una de ellas frente a otras, función de valoración en la que juega un papel decisivo la inmediación, de la que no dispone este Tribunal. Y en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1996 ha establecido, en consonancia con la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1989, que la oralidad, la publicidad, la contradicción y sobre todo la inmediación, representan las ventajas del proceso celebrado a la presencia de los jueces que ven y oyen lo que ya después otros ojos y oídos no percibirán.

(...)

Entendemos que este caso no existe tal error en la valoración de la prueba, por cuanto que la convicción judicial se ha basado en la declaración testifical de uno de los encargados del centro de menores en el que se hallaba internado y su declaración permite configurar plena y adecuadamente los hechos probados de la resolución recurrida.

No obstante sí entendemos que ha existido una indebida aplicación del tipo de quebrantamiento de condena, a partir de lo re-

suelto por esta Sala en supuestos similares. Así en la sentencia de 26 de julio de 2007 expresábamos que “se ha de tener en cuenta que cuando el artículo 468 del Código Penal trata el quebrantamiento de condena o medida de seguridad, está hablando de penas y medidas de seguridad contenidas en el Código Penal, de los artículos 33 y siguientes y 95 y siguientes del Código Penal. Así pues, sólo cabría aplicarlo respecto a penas o medidas impuestas conforme al Código Penal y Leyes Penales Especiales, pero sólo si es que su contenido es efectivamente de naturaleza penal. No obstante esto no es lo que sucede con las medidas que se contemplan en el artículo 7 de la Ley Penal del Menor, cuya naturaleza, si bien es de carácter sancionador, una vez determinada la responsabilidad, no es de carácter represivo sino preventivo-educativo, y están orientadas a la reinserción del menor, rechazándose con su cumplimiento y ejecución otros fines esenciales del derecho penal de adultos. Por ello, el artículo 468 del Código Penal no incluye entre los supuestos que contempla el quebrantamiento de una medida de protección adoptada en el ámbito de la Ley Penal del Menor, y aplicar tal precepto a la medida de protección adoptada en el ámbito de la legislación del menor, significaría una interpretación extensiva, en contra del reo, que está proscrita en el ordenamiento jurídico penal”.

En atención a todo lo anterior procede la estimación del recurso de apelación y la revocación de la sentencia de instancia, con absolución del acusado respecto al delito de quebrantamiento de condena del que se le acusaba.

Sentencia 40/2009, AP HUELVA, Sec. 2.^a, de 21 de mayo de 2009

ÓRGANO COMPETENTE PARA CONTROLAR EL CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Arts. 96.3.6.º, 97 y 105.1.c) Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Martín Mazuelos**

SÍNTESIS

Cuando se ejecuten medidas de seguridad no privativas de libertad, de forma autónoma y única sobre personas que no estén privadas de aquélla, no ha de intervenir el Juez de Vigilancia Penitenciaria, y, por tanto, la exigencia, la recepción y el control de los informes serán competencias del tribunal sentenciador.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Entiende el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que carece de competencias para ejecutar medidas de seguridad no privativas de libertad. Eso no es totalmente exacto, en cuanto la custodia familiar, medida no privativa de libertad, la ejerce el familiar designado “en relación con el Juez de Vigilancia” [artículos 96.3.6.º y 105.1.e) del Código Penal] y no con el tribunal sentenciador. Nos encontramos ahora sin embargo ante medida distinta.

2. La cuestión planteada se debe a la defectuosa técnica legislativa que tantas dudas ha planteado sobre las competencias que se les atribuyen en materia de ejecución y las reglas procesales aplicables. La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 94.1 se limita a decir que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria “tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria, en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de

seguridad...”. No es sin embargo la Ley Orgánica General Penitenciaria la que atribuye competencias al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en relación a las medidas de seguridad, ya que su artículo 76.1 sólo se refiere a penas, sino el Código Penal. Podemos citar al respecto, además de los artículos 96.3.6.º y 105.1.e) citados, los 58.2 (abono de prisión provisional), 60.1 (trastorno mental posterior a la sentencia), 97 (propuesta sobre continuación de las medidas privativas de libertad) y 105 último párrafo (informes sobre medidas no privativas de libertad).

3. El artículo 97 del Código Penal en su último párrafo se refiere con extraños términos a la “medida de seguridad de la pena privativa de libertad impuesta”, lo que no parece ser sino una defectuosa trascripción de la norma anterior a la reforma llevada a cabo por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, puesto que antes su tenor decía correctamente “medida de seguridad privativa de libertad”. Si por su situación sistemática,

dentro “de las medidas de seguridad en general” (Capítulo I), pudiera entenderse que el Juzgado de Vigilancia debe proponer anualmente el mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de cualquier medida y sería congruente que su control anterior y la aprobación del plan de seguimiento fueran también de su competencia, la limitación a las privativas de libertad hace desechable tal argumento.

4. Las previsiones específicas sobre medidas de seguridad no privativas de libertad se limitan a que sólo pueden acordarse esta clase de medidas cuando se trate de delitos que lleven aparejada pena no privativa de libertad (art. 95.2), su elenco (art. 96.3) y duración (art. 105.1 y 2), así como las previsiones de que el juez o tribunal sentenciador reciba informes del Juez de Vigilancia o de los servicios de la Administración correspondientes (artículo 105 párrafo último) y la ayuda y atención que precise de los servicios de asistencia social competentes (art. 106). La supresión en el artículo 105 párrafo último del inciso “sobre el cumplimiento de estas medidas” por L.O. 15/2003 es un nuevo indicio de la falta de competencia del Juez de Vigilancia sobre la ejecución de estas medidas, que ese precepto y el 106 hacen residir en el órgano sentenciador.

5. Posiblemente por esas dudas el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, en su Capítulo V, cuando establece la obligación de los servicios sociales de elaborar un plan individual de intervención y seguimiento para su elevación al Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículos 21 y siguientes), lo hace bajo el título “Del cumplimiento de determinadas medidas de seguridad” sin especificar cuáles, y la única que menciona expresamente es la de internamiento, de manera que no puede decirse que atribuye al Juzgado competencias no previstas en la ley.

6. La práctica de los tribunales distingue entre medidas privativas de libertad y no privativas de libertad para distribuir las competencias, en términos que a la vista de la normativa expuesta, esta Sala asume: La Sala Segunda del Tribunal Supremo en auto

de 31 de marzo de 2000 viene a dejar de hecho sin efecto el artículo 105 párrafo último del Código Penal en su referencia al Juez de Vigilancia (aunque en la redacción entonces vigente incluía informes sobre el “cumplimiento”) dando preferencia al 106.

Otro auto de la misma Sala de 14 de marzo de 2007 expresa que “La cuestión de competencia planteada debe de resolverse a favor del Juzgado de lo Penal conforme lo peticionado por el Ministerio Fiscal ante esta Sala. Del contenido de los arts. 97 y 105 del Código Penal se desprende que el seguimiento y control de las medidas de seguridad no privativas de libertad corresponde al Tribunal sentenciador y corresponde a los jueces de vigilancia penitenciaria, la vigilancia de las medidas de seguridad privativas de libertad, conforme a los arts. 76 y 77 de la LOPJ. de 26.9.79 que se refiere, en todo caso a internos. Sin que sea de aplicación el art. 21 del Real Decreto 515/05 de 6-5-2005, pues su art. 21 se refiere a medidas de seguridad de internamiento, lo que no parece aplicable al caso. Por lo expuesto atribuir la competencia al Juzgado de lo Penal n.º 4 de Zaragoza, como tribunal sentenciador, para el seguimiento y control de la medida de seguridad de tratamiento externo ... y sin perjuicio de la propuesta que el Juzgado de Vigilancia n.º 3 de Cataluña, con sede en Lérida, deba hacer anualmente, conforme al art. 105 del Código Penal.” (como este precepto no prevé propuesta alguna, posiblemente se refería al 97, de dudosa aplicación).

Fundándose en la cita de tales resoluciones, que ya constituyen doctrina jurisprudencial, un auto de 20 de enero de 2009 de la Sala de lo Civil y Penal del T.S.J de Castilla-La Mancha declaró la competencia del Juzgado de lo Penal, así como otro de 18 de enero de 2008 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real.

Este sentir es reflejado, de forma sistemática y completa, por la Audiencia Provincial de Madrid en su acuerdo de 25 de mayo de 2007: “En las medidas privativas de libertad —ejecutadas en un centro peniten-

ciario o no penitenciario— siempre tendrá que intervenir el juez de Vigilancia Penitenciaria para exigir, recibir y controlar los informes pertinentes sobre el penado sometido a la medida, y formular después las propuestas para la alteración, mantenimiento o cese de la medida impuesta, pues así lo ordena el art. 97 del Código Penal.

En cambio, cuando se trata de medidas no privativas de libertad, entendemos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria sólo ha de intervenir en los casos en que se ejecuten acumuladamente con otra medida de seguridad privativa de libertad, o cuando se ejecuten junto con una pena privativa de libertad, en los supuestos en que el penado esté cumpliendo una pena de prisión en un centro penitenciario y al mismo tiempo tenga que cumplir una medida de seguridad no privativa de libertad. En estos casos, resulta razonable que el examen de los informes y las propuestas de resolución las emita el juez de Vigilancia Penitenciaria, tanto para las medidas privativas de libertad como para las no privativas de libertad.

Cuando se ejecuten medidas no privativas de libertad de forma autónoma y única sobre personas que no estén privadas de libertad no ha de intervenir el juez de Vigilancia Penitenciaria, y por tanto la exigencia, la recepción y el control de los informes serán competencia del órgano judicial sentenciador”.

PARTE DISPOSITIVA

Acordamos resolver la cuestión negativa de competencia entre los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y de lo Penal núm. 2, ambos de Huelva, atribuyendo la competencia para ejecutar la medida de seguridad al de lo Penal núm. 2, a quien se remitirán seguidamente las actuaciones con certificación de esta resolución, que también se enviará al primero de los juzgados referidos para su conocimiento.

Así por éste nuestro auto, del que se llevará testimonio al rollo de Sala, lo mandamos y firmamos.

Sentencia 27/2009, AP SORIA, Sec. 1.^a, de 28 de mayo de 2009

REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO: NECESIDAD DE QUE PREEXISTA UN CRÉDITO PREVIO

Art. 455 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Luis Rodríguez Greciano**

SÍNTESIS

En el relato de hechos probados no figura la existencia de ningún tipo de crédito a favor de cualquiera de los imputados en relación con el otro. Con lo cual, ya faltaría uno de los requisitos del tipo. Pero es que, además, no figuran en los hechos probados porque dicho crédito no existe. Y el apoderamiento que se efectuó por parte de ambos no era con el objeto de satisfacer, a través del apoderamiento de objeto, un crédito propio, sino, lisa y llanamente, coger aquellos objetos que estaban en un lugar cerrado y que consideraban, y así resultó acreditado posteriormente, como propios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En materia de interpretación del tipo de delito objeto de acusación, el Tribunal Supremo ha venido a determinar, entre otras, en Sentencia de 14 de abril de 2004, los requisitos para la apreciación del delito, que son los que siguen:

a) En cuanto a la relación jurídica extrapenal preexistente, se establecía que el autor del delito fuera titular de un crédito vendido, lícito y exigible, conforme la redacción dada a dicho precepto en el artículo 337 del CP, de 1973. En la redacción actual del artículo 455, cabe aplicar éste a derechos no creditivos u obligacionales, entre ellos los reales.

b) En cuanto a la dinámica, en relación con el tipo del artículo 337 del CP de 1973, se admitió por la jurisprudencia, que el delito pudiera perpetrarse mediante el apoderamiento de la cosa debida o de otra, puesto que el patrimonio del deudor responde con todos sus bienes. Pero se estimaban como constitutivos de delito contra el patrimonio los apoderamientos que superasen de forma importante el valor de lo adeudado. Con la nueva redacción —artículo 455 del CP— se trata de hacer efectivos derechos de propiedad, o reales, la apropiación deberá recaer sobre los bienes que constituyen el objeto de los derechos, para que se aprecie el tipo del artículo 455 del CP.

c) En cuanto al propósito de realizar un derecho propio, elemento subjetivo del injusto, la jurisprudencia ha entendido que el mismo determine la eliminación del ánimo de lucro, y marca la diferencia con el robo. La intención de enriquecimiento injusto marcará el delito de robo, mientras que con el delito de realización arbitraria del propio derecho, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto.

Habiendo señalado la doctrina, entre ellas SAP de Burgos de 3 de noviembre de

2003, que este delito es de excepcional aplicación como se deduce de la escasa jurisprudencia existente sobre el mismo, y de los problemas técnicos que la doctrina ha señalado al respecto. Y no es que sea un delito novedoso pues sus más remotos precedentes existían ya en el Derecho romano, incluyéndose dentro de la rúbrica de delitos contra la administración de justicia. Si bien existen otros autores que lo consideran como “un delito pluriofensivo que ataca tanto la propiedad como a la Administración de justicia de forma simultánea”.

En todo caso, es requisito imprescindible probar la existencia de una relación jurídico-obligacional intersubjetiva, al ser éste elemento integrante del tipo. Por dicha razón, es exigible a los órganos judiciales una especial ponderación para comprobar la existencia del derecho a que se alegue, su carácter de propio del agente del delito y su posibilidad de ser ejercitado. Es decir, es preciso que se trate de un crédito lícito, real y exigible y vencido, pues si no lo hay la figura penal sería necesariamente otra.

Añadiendo el CP de 1995, y su interpretación jurisprudencial, que la realización arbitraria lo es con relación a cualquier derecho, suprimiendo la exigencia que se cometa mediante apoderamiento de cosa perteneciente al deudor, y admitiendo que pueda realizarse, no sólo con violencia e intimidación, sino con fuerza en las cosas.

Es decir, con la tipificación penal se impone que el acusado se apodere de bienes patrimoniales del sujeto deudor, para hacerse con ellos pago del crédito previo y preexistente en su favor. El ánimo que subyace es el de realizar un derecho propio.

En el relato de hechos probados de la Juzgadora de instancia, no figura la existencia de ningún tipo de crédito a favor de cualquiera de los imputados, en relación con el otro. Con lo cual, ya faltaría uno de los requisitos del tipo. Pero es que además, no figura en hechos probados, porque dicho crédito no existe. Y el apoderamiento que se

efectuó por parte de ambos, no era con el objeto de satisfacer, a través del apoderamiento de los objetos, un crédito propio. Sino lisa y llanamente coger aquellos objetos que estaban en un determinado lugar cerrado, y que consideraban —y así resultó acreditado posteriormente— como propios.

Por tanto, no existe esa exigencia de apoderarse de bienes patrimoniales del sujeto —que no se da en este caso, pues los objetos eran propios de cada uno de los imputados—, y menos aún, que a través de ellos se pretendiera cobrar un crédito a favor de cualquiera de los acusados. Sino que la actuación tuvo como objetivo, exclusivamente, tomar para sí aquellos objetos que estaban custodiados por su ex pareja, y que eran propios. Cuanto que no había existido resolución alguna, hasta dicha fecha, en orden a la distribución del ajuar familiar, distribu-

ción de guarda y custodia de la casa, ni liquidación de la sociedad conyugal.

En definitiva el apoderamiento de dichos objetos no responde al cumplimiento de ninguna obligación preexistente. Ni obviamente existe un ánimo específico del injusto —como elemento subjetivo del injusto— en el sentido que dicho apoderamiento sirviera para pago”. En conclusión, ni existe el elemento subjetivo del tipo, ni el comportamiento que tuvo lugar se identifica con el descrito en el tipo penal del artículo 455 del CP.

Por tanto, cabe estimar el recurso de Apelación de ambas representaciones legales de ambos imputados, y por ello entender que procede la absolución por el delito por el que fueron condenados, es decir, el artículo 455 del CP.

Sentencia 310/2009, AP ALICANTE, Sec. 3.ª, de 3 de junio de 2009

ASESINATO: PARTICIPACIÓN CONSISTENTE EN OCULTAR EL CADÁVER EN EL MALETERO DE UN COCHE Y ARROJARLO A UN BARRANCO

Arts. 139.1, 234. 244.1 y 2, 263 y 4551.2.º Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María Dolores Ojeda Domínguez**

SÍNTESIS

Limitada la participación de los acusados —según afirma la sentencia— a ocultar el cadáver en el maletero del vehículo y conducirlo, a instancias del autor de la muerte, al barranco donde fue arrojado, sin que exista prueba que acredite que ninguno de ellos cooperase en la causación de la muerte directa o indirectamente, por lo que no pueden considerarse autores de dicho hecho, se les pena como autores de un delito de encubrimiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Limitada en la forma que antecede la participación de los acusados a

ocultar el cadáver en el maletero y conducirlo a instancias del autor de la muerte al barranco donde fue arrojado, sin que exista prueba que acredite que ninguno de ellos

cooperase en la causación de la muerte directa o indirectamente, por lo que no pueden considerarse autores de dicho hecho, entiendo de la Sala que los imputados son autores de un delito de encubrimiento del art. 451.2.º del C.P., calificación que con carácter subsidiario a la libre absolució han interesado ambas defensas.

Dicho precepto castiga “con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.

2.º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento...”.

Es claro que, no acreditándose que los acusados participaran como autores en la muerte de la víctima, y no acreditándose tampoco la realización de actos anteriores o coetáneos por parte de los acusados que los hagan responsables en concepto de cómplices, los actos que según el propio don Ángel Jesús él y su padre realizaron, se incardinan

plenamente en lo dispuesto en el n.º 2 del art. 451 del C.P., debiendo considerarse a ambos encubridores, tal como subsidiariamente se ha solicitado por las defensas.

No existe en este caso heterogeneidad entre la acusación por delito de asesinato y la condena por delito de encubrimiento, dado que no se ha producido indefensión a los imputados, quienes introducen en sus conclusiones la posibilidad de condena por tal delito, y constando, como consta, en los escritos de acusación todos los hechos que configuran la condena por el delito de encubrimiento.

Existen incluso sentencias, como la de la A.P. de Barcelona de 30 de marzo de 2005, A.P. Madrid de 11 de febrero de 2005, etc., en las que se entiende, por más que al delito de encubrimiento se le haya pretendido dotar de una autonomía propia, forma parte de los que se conocen como “delitos de referencia”, lo que no deja de ser indicativo de que en él subyace una forma de participación en el delito al que se vincula, con lo cual, pese a que el legislador lo haya incluido entre los delitos contra la Administración de Justicia, no puede ser éste el único bien que proteja, sino que también protegerá el bien jurídico afectado por el delito del que sea referencia. En definitiva, lo relevante es la inexistencia de indefensión, que no existe en este supuesto por los motivos expuestos.

Sentencia 64/2009, AP LAS PALMAS, Sec. 1.ª, de 4 de junio de 2009

INTRUSISMO: EXTENSIÓN A PROFESIONES CUYO EJERCICIO NO REQUIERE TITULACIÓN ACADÉMICA. GESTIÓN

Arts. 248, 249, 250.7, 403 y 566.1.2.º Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Secundino Alemán Almeida

SÍNTESIS

Examina cuidadosamente la sentencia, a la luz de la doctrina al respecto del Tribunal Constitucional, si el ejercicio sin título de la profesión de agente de la propiedad inmobiliaria, o de la de gestor administrativo, justifica la imposición de una sanción penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—En la misma resolución y en otras posteriores hasta las recientes STC 142/1999, de 22 de julio (RTC 1999\142) y STC 174/2000 de 26 de junio (RTC 2000\174), el Tribunal Constitucional, que en esta materia de intrusismo ha mostrado una posición muy activa, ha entrado también en la interpretación, más bien de legislación ordinaria, de lo que debe entenderse en cada caso por “título académico”. A estos efectos ha declarado que “lo verdaderamente relevante a efectos constitucionales no es si la profesión exige como uno más de entre los requisitos necesarios para ejercerla el disponer de un título universitario, sino si el título en sí de la profesión de que se trate es un título académico, para cuya obtención sea preciso haber superado estudios superiores específicos y que sea expedido por una autoridad académica”.

Esta posición ha sido doctrinalmente criticada. De un lado no parece sencillo hallar en la Constitución un sustento directo de este monopolio de las autoridades académicas, en detrimento de las competencias de otros organismos públicos, para la expedición de títulos profesionales merecedores de tutela penal. Máxime en la actual sociedad de riesgo en la que existen numerosas fuentes de peligro que requieren un control profesional riguroso, ejercido por profesionales acreditados públicamente, pero no necesariamente por vía académica. De otro la experiencia acredita que ni todas las profesiones ejercidas con título académico afectan a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional —como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad— ni es difícil encontrar profesiones que requieren un título oficial, no académico, cuyo correcto ejercicio sí afecta de modo relevante a dichos bienes, pensemos por ejemplo en los controladores aéreos o los pilotos de líneas comerciales.

Sexto.—La referida doctrina constitucional determinó, en cualquier caso, que, tras la publicación del Código Penal de 1995 en el que el legislador diseñó expresamente un tipo penal atenuado para sancionar el intrusismo en profesiones requeridas de título oficial, no académico, subsistiese la duda sobre la concurrencia en el nuevo art. 403 párrafo primero inciso segundo de un vicio de inconstitucionalidad por afectación al principio de proporcionalidad. Ello ha llevado a la doctrina y a la práctica jurisdiccional a esperar expectantes los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta materia, posteriores a la publicación del Nuevo Código. Cabe imaginar que la nueva protección penal, menos intensa que la del art. 321 1.º del CP 1973 (pena atenuada de multa frente a la pena de prisión menor del texto legal anterior) y dotada de una cobertura legislativa renovada, pudiera superar la objeción de falta de proporcionalidad, al menos respecto de aquellas profesiones cuyo ejercicio sin el título oficial que acredite la capacitación pudiese afectar a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional.

Aun cuando el Tribunal Constitucional ha continuado dictando sentencias sobre la materia con posterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 (SSTC 130/1997, de 15 de julio [RTC 1997\130], 219/1997, de 4 de diciembre [RTC 1997\219], o 142/1999, de 22 de julio [RTC 1999\142]), en ellas se ha limitado a reiterar de forma prácticamente literal su doctrina anterior, sin referirse en absoluto a la modificación operada por vía legislativa. Ello ha sido posible porque estas resoluciones, en las que por lo general se concedía el amparo, se referían a supuestos en los que se había hecho aplicación del Código Penal anterior.

En la STC 174/2000 de 26 de junio (RTC 2000\174), el Tribunal Constitucional se enfrentó a un recurso de amparo en el que la condena por intrusismo se había dictado ya conforme al nuevo Código, pero aplicando

el inciso primero (título académico) a una profesión que en realidad sólo requería título oficial. El Tribunal Constitucional reiteró su doctrina tradicional sin referencia alguna a la influencia sobre la misma de la modificación operada por el nuevo texto penal aplicado. En consecuencia no se pronunció sobre la eventual constitucionalidad del inciso segundo o sobre el hecho de que, al menos desde la perspectiva del principio de legalidad, existía una nueva cobertura para la sanción penal de estas conductas.

Por otra parte la pena prevenida para este tipo delictivo (simple multa) determina que las sentencias dictadas no tengan ordinariamente acceso a la casación al corresponder la competencia para el enjuiciamiento a los Juzgados de lo Penal, (el presente recurso tiene su origen en el hecho de que se formuló conjuntamente acusación por otro tipo delictivo, lo que determinó la competencia de la Audiencia Provincial). Con ello se dio lugar a una diversidad de criterios en los Tribunales de apelación.

Finalmente diversos órganos jurisdiccionales plantearon directamente ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del párrafo primero del art. 403 del Código Penal de 1995, “al poder ser contrario al principio de proporcionalidad contenido en el art. 9.3 de la Constitución” (Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4162/1998 [RTC 2000\293], entre otras). Por Auto de 12 de diciembre de 2000, el Tribunal Constitucional declaró terminado el proceso constitucional derivado de la Cuestión 4162/1998, por desaparición sobrevenida de objeto, como consecuencia de la entrada en vigor del art. 3.º del Real Decreto-Ley 4/2000 (RCL 2000\1402) que suprime la necesidad de título oficial habilitante para ejercer las funciones propias de la profesión de los agentes de la propiedad inmobiliaria, inadmitiéndose por Auto de la misma fecha la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1282/2000 (RTC 2000\295 AUTO), que tenía el mismo objeto.

Séptimo.—Como se señalará finalmente la entrada en vigor del citado art. 3.º del Real Decreto-Ley 4/2000 debe determinar también la estimación del presente recurso.

Pero antes deben efectuarse algunas consideraciones sobre la aplicación del citado inciso segundo del párrafo primero del art. 403 del Código Penal de 1995, dado que, como se ha señalado, son escasos los supuestos en que este tipo delictivo tiene acceso a la casación y este Tribunal no puede desconocer su función unificadora en la interpretación del ordenamiento penal.

Se ha propuesto una tesis, doctrinalmente minoritaria, que pretende solventar el problema 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 adicional 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 más 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 debe aceptar que efectivamente el legislador de 1995 quiso ampliar el ámbito de lo puni-

ble 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).

Octavo.—Pero seguidamente ha de cumplirse asimismo el mandato contenido en el artículo 5.1.º de la LOPJ (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) 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 máxima relevancia constitucional, como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad (STC 111/1993, de 25 de marzo, y concordantes), 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, 219/1997, de 4 de diciembre, 142/1999, de 22 de julio y 174/2000, de 26 de junio, 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.º del Real Decreto-Ley 4/2000, 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 administrativo, no justifica la imposición de una sanción penal.

Sentencia 179/2009, AP ÁLAVA, Sec. 2.ª, de 10 de junio de 2009

ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE POR DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MENORES POR HECHOS DELICTIVOS

Arts. 1.1, 2.2, 61.3 y 62 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores; 109, 115 y 116.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Jaime Tapia Parreño**

SÍNTESIS

La dificultad del presente supuesto radica en que, en la vista de la causa en el Juzgado de Instrucción se fijó para el perjudicado una cantidad indemnizatoria diferente a la que ulteriormente se señaló en el Juzgado de Menores.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En la segunda alegación del recurso de apelación se impugna el pronunciamiento civil de la sentencia atacada, entendiéndose que no era posible que el Juzgado condenara al menor al pago de una responsabilidad civil, dado que Remigio ya había sido condenado por el Juzgado de Instrucción al abono de una indemnización a favor de Pedro Antonio.

Frente a tal posición, hemos de indicar que sólo el Juzgado de Menores es competente para establecer la responsabilidad civil *ex-delicto* derivada de un delito o falta cometida por un menor de edad (art. 2.2 LORPM en relación al art. 1.1 de este mismo Texto Normativo).

Sentado lo anterior, aquél debe determinar dicha responsabilidad conforme a los preceptos que regulan esta materia previstos en dicho Cuerpo legal y en el Código Penal, esto es, según prevén los artículos 61.3 y 62 LORPM, que establece que “La responsabilidad civil a la que se refiere el artículo anterior se regulará, en cuanto a su extensión, por lo dispuesto en el capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal vigente”, esto es, los artículos 109 a 115 CP. Además, se ha de tener en cuenta la remisión genérica que contempla la Disposición Final Primera de dicha Ley Orgánica al Código Penal como derecho supletorio, en particular en lo que ahora nos interesa a los artículos 116 y siguientes del citado Código.

Por tanto, con arreglo al art. 61 LORPM, el Juzgado ha tenido que fijar que el menor es responsable civil de los perjuicios causados a Pedro Antonio y ha fijado la suma indemnizatoria.

Además, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 116.2 CP, de aplicación supletoria, “los autores ¿serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas de responsabilidad”, quedando a salvo el derecho de repe-

tición del que haya pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

Así pues, cohonestando todos estos preceptos, en supuestos de condenas a una persona mayor de edad penal y un menor, cada Juzgado o Tribunal competente determina una responsabilidad civil, que es solidaria en el caso que se llegue a establecer, como en este supuesto, una coautoría, y si alguno de estos dos autores paga al perjudicado, lo que no consta que haya ocurrido en este caso, puede reclamar su cuota al otro responsable; cuota que, tratándose de dos personas, conforme al art. 1138 CC, será, en principio, de dos partes iguales.

En este caso, no obstante, existe una pequeña dificultad para cohonestar los dos pronunciamientos de ambos tribunales, porque el Juzgado de Instrucción ha fijado para el perjudicado una cantidad de 1.040 euros y el Juzgado de Menores 961,90 euros, y esta Sala no puede corregir esta contradicción, pues no ha sido combatida, y nos encontramos ante una materia en que rige el principio dispositivo y de rogación, por lo que esa disparidad ha de ser respetada.

En este caso, lo lógico es concluir que la parte que excede la cantidad impuesta por el Juzgado de Instrucción respecto de la establecida por el Juzgado de Menores deberá ser satisfecha por Remigio, de modo que en un reparto de cuotas Gumersindo deberá pagar 480,95 euros y Remigio 571,05 euros (480,95 euros más 78,10 euros). Ello no obstante, en el Juzgado de Menores el perjudicado podrá reclamar toda la cuantía concedida, es decir, 961,90 euros, y en el Juzgado de Instrucción 1.040 euros, sin reclamar globalmente en ningún caso más de esta cifra.

Podrán también los Juzgados de Instrucción y el Juzgado de Menores coordinarse para evitar que el perjudicado pueda cobrar una cifra global superior a la concedida, y, reiteramos, cada responsable puede exigir del otro aquellas sumas, si pagara, bien vo-

luntariamente o por la vía de apremio, toda la suma resarcitoria concedida.

Con esta consideración o reflexión damos respuesta a las cuestiones que plantea el recurrente, siendo de rechazar que exista cualquier cosa juzgada o enriquecimiento injusto, y la doctrina o tesis que nos propone no es aplicable a este supuesto, pues se trata

de un caso en que se había ejercitado en un proceso penal la acción civil derivada del delito y posteriormente se pretendía reclamar una suma indemnizatoria en un proceso civil, lo que, como hemos descrito, no ocurre en este supuesto.

Por lo expuesto, el motivo ha de ser rechazado.

Sentencia 65/2009, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 15 de junio de 2009

OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS: NO SE TRATA DE PERSEGUIR MATERIALMENTE, SINO DE PROMOVER LA PERSECUCIÓN

Arts. 20.2 y 4; 21.1 y 4; 138; 139.1; 408 y 412.3 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Celia Saiz de Robles Santa Cecilia**

SÍNTESIS

En este supuesto, el tipo penal debe reconducirse a una conducta omisiva. La conducta delictiva no equivale a omitir la persecución material de los actos del delito sino a dejar de promover esa persecución, lo que es tanto como instarla o comenzarla. En este caso, el procesado llamó de nuevo telefónicamente a través de la línea interna de la policía para solicitar refuerzos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

El día 1 de enero de 2007 sobre las 07.00 horas, y encontrándose Mateo, de veintiocho años de edad y de nacionalidad rumana, desarrollando su trabajo como vigilante de seguridad de la pista de hielo instalada en la plaza de Cervantes de Alcalá de Henares, aparecieron en un primer momento tres o cuatro personas que pretendían entrar en la pista. Mateo les llamó la atención y los ahuyentó para que se marchasen. Volvieron, sin embargo, al poco tiempo acompañados de más gente con intención de dar un escar-

miento molestando y golpeando al vigilante que, en la huída había llegado a golpear a uno de ellos.

Entretanto, el procesado Juan Alberto, de dieciocho años de edad y sin antecedentes penales, que pasaba por la plaza de Cervantes en compañía de su novia y otros amigos, había decidido entrar a patinar en la pista a pesar del altercado que se estaba desarrollando allí y de que el grupo agresor incluso había entrado en la carpa donde se guardaban los patines y en donde se refugiaban el vigilante y su mujer que le acompañaba esa

noche. En el transcurso de la contienda, los asaltantes estuvieron acosando e intentando dar patadas y puñetazos al vigilante que, habiendo logrado apoderarse de un palo de jugar al hockey, empezó a agitarlo para defenderse y a perseguir a los atacantes. Y cuando enarbolándolo se acercó al procesado que estaba apoyado en la valla, y se aproximó a él para que saliese de la pista, llegó a alcanzarle con el citado bastón y a cogerle del cuello.

Ante lo cual, el procesado sacó una navaja que portaba en el bolsillo, de unos 9,8 cms. de longitud y entre 26 y 27 mms. de anchura de hoja y, con ánimo de acabar con su vida, asestó a Mateo dos puñaladas, una en la cara posterior y otra en la cara anterior del hemitórax izquierdo, a la altura del pecho, cayendo éste al suelo y comenzando a sangrar.

Mientras sucedían estos hechos, el otro procesado Aníbal, mayor de edad y sin antecedentes penales, agente de la Policía Local de esa localidad, se encontraba en el interior del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, situado a unos veinte o treinta metros frente al lugar donde estaba situada la pista de hielo, ejerciendo funciones de vigilancia del citado edificio en el desempeño de su cargo como Policía Local.

Cuando fue avisado por una de las empleadas del servicio de limpieza de la vía pública de que se estaba produciendo una pelea en la pista de hielo, motivo por el cual el procesado se asomó a la puerta del edificio y desde allí observó la pelea sin intervenir, ni acercarse al lugar, a pesar de que la mujer de Mateo empezó a gritar llamando a la Policía para que acudiera. Y, cuando la limpiadora le dijo que hiciera algo, él, que se encontraba solo custodiando el edificio, volvió a entrar y llamó a la central de la Policía Local pidiendo que enviaran un dispositivo.

Tras solicitar una patrulla, volvió a salir y se acercó a la pista de hielo, donde vio al herido tendido en el suelo, mientras la limpiadora y un transeúnte intentaban reanimarle y avisaban al 112. Regresó entonces

al interior del Ayuntamiento y volvió a realizar una segunda llamada a la Central comunicando la situación.

Momentos más tarde, se personó en el lugar una patrulla de la Policía Nacional y otra de la Policía Local, así como una ambulancia, falleciendo el herido sobre las 7,30 horas de ese mismo día, como consecuencia de un shock hipovolémico producido por dos heridas por arma blanca en hemitórax izquierdo, con afectación cardíaca y pulmonar, provocándole un fallo multiorgánico.

En el momento del fallecimiento, Mateo tenía 28 años de edad y vivía con su mujer María Rosario y su hijo menor de edad.

El procesado Juan Alberto se deshizo de la navaja utilizada en la agresión, arrojándola horas después de los hechos al cauce del río Henares, donde fue intervenida por agentes de la Guardia Civil diez días más tarde, siguiendo las instrucciones facilitadas por el propio acusado. Siendo detenido el 2 de enero de 2007, fecha desde la que se encuentra privado de libertad por esta causa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

B) Por último, los hechos no son tampoco constitutivos de un delito de omisión del deber de perseguir delitos del artículo 408 del Código Penal, que tipifica la conducta de la autoridad o funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables y que la acusación particular ha atribuido al procesado Aníbal.

Respecto de esta segunda imputación debe igualmente afirmarse la prueba insuficiente de una conducta omisiva que debiera reconducirse al tipo penal. En efecto, teniendo en cuenta que la conducta delictiva no equivale a omitir la persecución material de los autores del delito, sino a dejar de promover esa persecución, lo que es tanto como instarla o comenzarla, esto es a cuidar de que la persecución del delito se inicie —no, por fuerza, físicamente, la persecución de su

autor—, en el caso presente en que consta que el procesado llamó de nuevo telefónicamente a través de la línea interior de la Policía para solicitar refuerzos los hechos no revelan un doloso abandono del deber del cargo. Por más que pueda ser discutido en otro sentido lo que hubiera debido hacer con la información de que disponía y si su reacción hubiera podido ser otra o ser más enérgica, es discusión que ha de quedar fuera del tipo

penal por el que viene acusado por ser irrelevante desde ese punto de vista.

Por todo lo expuesto, no puede concluirse que la prueba practicada haya desvirtuado la presunción de inocencia que ha amparado al procesado Aníbal. Y, en consecuencia, procede la absolución del Ayuntamiento de Alcalá de Henares como responsable civil subsidiario.

Sentencia 92/2009, AP SALAMANCA, Sec. 1.ª, de 18 de junio de 2009

DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: NECESIDAD DE REGISTRO DE LA MARCA

Art. 274.1 y 2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Idefonso García del Pozo**

SÍNTESIS

Conforme a esta sentencia, que analiza minuciosamente el problema, para la existencia del delito previsto en el artículo 274.2 del Código Penal habrá de acreditarse, cuando menos, la posesión por parte del acusado o acusados, con fines de comercialización, de productos con signos distintivos que reproduzcan, imiten o modifiquen un signo distintivo idéntico o susceptible de confusión con aquel que se encuentre debidamente registrado conforme a la legislación de marcas para distinguir los mismos o similares productos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Los signos distintivos que son objeto de protección penal en el apartado 1 del artículo 274 del Código Penal son las marcas y los nombres comerciales, pues el rótulo de establecimiento ha dejado en la regulación actual de estos derechos de tener carácter registral. El concepto de estos signos distinti-

vos lo encontramos respectivamente en los artículos 4 y 87 de la Ley de Marcas 17/2001, de 17 de diciembre. Conforme al artículo 4, “se entiende por marca todo signo distintivo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otra”. Y conforme al artículo 87, “se entiende por nombre comercial todo

signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares”.

El tipo penal incorpora expresamente en la descripción de la conducta antijurídica el requisito de la confundibilidad, sin duda, porque la función esencial y característica del signo distintivo, y en particular de las marcas, es identificar el origen o procedencia empresarial del producto o servicio al que está incorporado el signo distintivo. La incorporación del requisito o juicio de confundibilidad en la descripción de la conducta penal antijurídica se corresponde con la descripción que hace la Ley de Marcas del contenido del derecho, en su aspecto negativo, en el artículo 34.2, de la misma, en el cual se establece que “el titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico: a) cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada; b) cualquier signo que, por ser idéntico o semejante a la marca, y por ser idénticos o similares los productos o servicios, implique un riesgo de confusión del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca”.

Con respecto a la cuestión del valor que puedan tener en la realización del juicio sobre el riesgo de confusión la concurrencia de factores secundarios de diferenciación, ajenos a la similitud de los signos distintivos y de los productos a los que se encuentran incorporados, tales como la forma de presentación del producto, el lugar de venta o la diferencia de calidad o precio (los cuales han sido considerados como decisivos en numerosas resoluciones), señala la Circular de la FGE. número 1/2006, de 5 de mayo, que debe tenerse en cuenta que esos factores no podrán tener ninguna relevancia en los supuestos de marcas renombradas ni en los de marcas normales cuando se trate del supuesto de identidad de los signos y de los productos, dada la protección total que en

estos casos dispensa la normativa. En los supuestos de marcas no renombradas y de no identidad de signos y productos, la admisión de que pueda otorgarse a esos factores accesorios alguna relevancia en la realización del juicio de confusión, dependerá del grado de semejanza o desemejanza entre los signos y los productos, teniendo siempre en consideración que la vulneración del derecho del titular legítimo se producirá si la marca no cumple la función de diferenciación del origen empresarial de la misma y de control de calidad del producto sobre el que se incorpora, lesionando el principio de libre y leal concurrencia en el mercado.

(...), para determinar si una conducta tiene su encaje en el art. 274.1 del Código Penal cuando se refiere a la utilización de un signo distintivo idéntico o confundible con el registrado, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se halla registrado, deben hacerse dos comparaciones: una, entre las características externas de las marcas o signos distintivos, para dilucidar si puede confundirse el registrado con el utilizado por la persona a la que se imputa el delito; y otra, analizar si los concretos productos o servicios comercializados por el imputado están incluidos entre los relacionados en la certificación expedida por la Oficina de Marcas y Patentes como protegidos por el signo distintivo.

(...)

De otro lado, la comparación entre productos y servicios debe abarcar el examen, no del parecido, similitud o identidad entre los que pudieran haberse comercializado con autorización del titular de la marca auténtica y los asociados con la marca falsa, sino solamente de éstos con los genéricamente descritos en la inscripción registral.

(...)

Quinto.—En aplicación de la doctrina y jurisprudencia precedentemente expuestas se ha de concluir que para la existencia del delito previsto en el artículo 274.2, del Có-

digo Penal se habrá de acreditar, cuando menos, la posesión por parte del acusado o acusados, con fines de comercialización, de productos con signos distintivos que reproduzcan, imiten o modifiquen un signo distintivo idéntico o susceptible de confusión con aquél que se encuentre debidamente registrado conforme a la legislación de marcas para distinguir los mismos o similares productos. No será, pues, suficiente para integrar el tipo penal la posesión con destino al comercio de productos (prendas de ropa, como en el presente caso) similares a aquéllos para los que, conforme a la legislación de marcas, se tenga concedido el signo distintivo, sino que será necesario que aquellos productos ostenten signos distintivos que reproduzcan o imiten el signo distintivo amparado por el registro con riesgo de confusión con éste, pues en otro caso, es decir, cuando existiendo en los productos algún signo que, aun teniendo similitud o semejanza con el registrado, no exista tal riesgo de confusión, bien por las propias características de los signos o bien por las demás circunstancias concurrentes (a las que se ha venido refiriendo la doctrina jurisprudencial, tales como la calidad del producto, precio de venta y lugares en que la misma tenga lugar, entre otras, y así SAP de Madrid (Sección 16 de 2 de enero de 2004), nos encon-

traríamos en presencia de un mero ilícito civil, cuya sanción habrá de obtenerse conforme a lo establecido en la Ley de Marcas. Ello comporta necesariamente la debida acreditación tanto del signo que ostenten los productos tachados de falsos como la de aquél que se encuentre amparado por la protección registral, pues sólo así podrá realizarse la necesaria comparación en orden a determinar la identidad o riesgo de confusión, juicio que, al tratarse de un elemento del tipo penal, ha de realizarse necesariamente por el órgano judicial o al menos se deberán contener en el informe pericial los necesarios elementos descriptivos que permitan determinar si es o no correcta la conclusión del mismo.

Y nada de esto ha tenido lugar en el presente caso. Así la sentencia de instancia, tal y como se recoge en la declaración de hechos probados anteriormente trascrita, fundamenta la condena del acusado, ahora recurrente, en la mera afirmación de que se ocuparon en el establecimiento que regentaba diversas prendas de ropa, complementos y calzado falsificadas que ofrecía como auténticas de las más acreditadas y selectas marcas del mercado, falsedad en la que no consta que él participara, pero sí que adquiriría tales artículos con pleno conocimiento de su mendaz imitación de los originales.

Sentencia 148/2009, AP LOGROÑO, Sec. 1.ª, de 26 de junio de 2009

COPIA ILÍCITA DE PELÍCULAS: TRATAMIENTO DEL ÁNIMO DE LUCRO; PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

Art. 270 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Araujo García**

SÍNTESIS

Impugna el condenado la sentencia alegando que no existió ánimo de lucro en su conducta, así como la falta de trascendencia jurídico penal del

conjunto de sus actuaciones. El tribunal desestima estos argumentos por los motivos que expone en el segundo de los Fundamentos de Derecho de la sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Conforme a la prueba practicada y la declaración de hechos probados que no ha sido impugnada, el recurso no puede prosperar, ya que concurren los requisitos del ilícito apreciado, en tanto el acusado realizó las copias de las películas sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, y las puso a disposición del público, lo que tiene su encaje en el elemento típico de distribución, además de que, vendió seis grabaciones a Don Guillermo, con el consiguiente ánimo de lucro y el perjuicio para los titulares de los derechos de explotación, de manera que quedó consumada la acción típica, la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, aunque para la consumación del delito no es preciso un concreto acto de venta, ya que el delito se considera de mera actividad, tratando de proteger los derechos de propiedad intelectual en todas sus facetas, bastando con la realización de una conducta que vulnere el derecho exclusivo de explotación, que se actúe con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero.

En cuanto al requisito del ánimo de lucro, que exige el artículo 270 del Código Penal, se entiende, en general, como cualquier ventaja, beneficio, utilidad o provecho de carácter patrimonial, y, en los delitos relativos a la propiedad intelectual el ánimo de lucro fundamentalmente se concreta en el ánimo de obtener una ventaja económica de la realización de una actividad no permitida, y aunque como elemento típico de carácter subjetivo no sea posible una prueba directa del mismo, como reconoce el Tribunal Supremo, ha de atenderse a elementos objetivos que rodean el hecho para probar la vo-

luntad del sujeto, como es el *modus operandi*.

En el caso que nos ocupa, la prueba es correctamente valorada, por el Juez *a quo*, y evidencia la concurrencia del ánimo de lucro, que incluso admite el recurrente al señalar la obtención de un beneficio de dos euros por película, aunque según la resultancia probatoria obtenida el beneficio sería superior.

El artículo 270 del Código Penal pretende el respeto del derecho de autor frente a las actividades más complejas que las múltiples posibilidades de la técnica ofrece y susceptibles de la causación de graves perjuicios, tales como las grandes redes dedicadas a lucrarse de modo ilegal con los beneficios de los derechos de propiedad intelectual ajenos, lo que, desde luego, no es el caso que enjuiciamos; sin embargo, no por ello deben dejar de perseguirse dentro del mismo tipo penal conductas que individualmente consideradas resultan de escasa transcendencia desde el punto de vista de la poca incidencia del perjuicio, pues, de un lado son perfectamente subsumibles en el citado precepto que ninguna discriminación hace desde el punto de vista de la tipicidad por la cuantía del daño, y de otro, consideradas en su conjunto generan un daño importante del derecho protegido.

El principio de intervención mínima no permite la justificación de estas conductas, pues una cosa es eso, en cuanto que el ejercicio del poder estatal sólo se justifica si persigue con medidas proporcionadas fines constitucionales, significando por un lado, que la injerencia sancionadora del Estado ha de ser la menor posible de forma tal que sólo debe intervenir cuando para proteger los bienes jurídicos se revelen como ineficaces

los demás medios de tutela y sanción con los que cuenta un Estado de Derecho, y, por otro, que el Derecho Penal únicamente debe proteger los bienes jurídicos más fundamentales para el individuo y la sociedad frente a los ataques más intensos e intolerables; y, otra cosa distinta es dejar de perseguir conductas que atacan frontalmente un tipo penal, como sucede en el caso que nos ocupa,

resultando la condena adecuada a derecho, por concurrir los elementos definidores del tipo penal, en tanto el recurrente ofertaba películas copiadas sin autorización del titular del derecho con el propósito de venderlos a terceros.

Conforme a lo expuesto, el recurso ha de ser rechazado y confirmada la sentencia impugnada.

Sentencia 309/2009, AP TARRAGONA, del Pleno de la Sala de lo Penal, de 2 de julio de 2009

DELITOS CONTRA LA FAUNA: CAZA CON BARRACA CON LIGA Y RECLAMO ELÉCTRICO

Arts. 335 y 336 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jose Pedro Vázquez Rodríguez**

SÍNTESIS

Ante la discrepancia habida entre diferentes Secciones de la Audiencia Provincial de Tarragona sobre esta materia, el Pleno de la misma examina la trascendencia penal de este método de caza.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Dicho precepto (art. 336 CP) sanciona como delito relativo a la protección de la flora y la fauna, al que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna, con la pena de prisión de 4 meses a 2 años o multa de 8 a 24 meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de 1 a 3 años. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior.

(...)

Quinto.—(...)

El hecho de que determinados medios o instrumentos de caza o pesca estén prohibidos por la normativa administrativa en modo alguno vincula ni trasciende a la interpretación o determinación del ámbito punitivo del art. 336 CP. No cabe siquiera, según el criterio mayoritario, extrapolar el concepto de medio masivo y no selectivo propio del ámbito administrativo. Debemos delimitar el alcance estricto de la cláusula extensiva mediante la búsqueda de precisas razones de analogía basadas en los mismos parámetros de eficacia destructiva para la fauna, y comprobar si dichas razones concurren en el método denominado tradicionalmente como caza “con barraca” que viene a consistir en

la utilización de una liga o pegamento y reclamos magnetofónicos, como método de captura, y el empleo posterior a la captura de disolvente, como método de liberación, para paliar así el efecto no selectivo que a priori cabría predicar del empleo de este método.

El criterio mayoritario ha considerado que no cabe asimilar el empleo de dicho método con el empleo de veneno y medios explosivos, en los términos exigidos de similar eficacia destructiva para la fauna, discrepando de la interpretación que la Sección 2.^a de esta Audiencia Provincial ha establecido en las sentencias de fechas 22 de octubre de 2007, 10 de diciembre de 2007, 19 de diciembre de 2007 y 9 de enero de 2008, acogiendo finalmente el sustentado en las sentencias de fechas 3 y 4 de diciembre de 2007 dictadas por la Sección 4.^a de esta misma Audiencia Provincial.

(...)

Sexto.—(...)

Actualmente la redacción del art. 335 CP ha sido modificada por LO 15/03, sancionando al que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior —especies amenazadas o catalogadas en

peligro de extinción— cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca.

En la misma línea que la jurisprudencia anterior, se viene ahora igualmente a establecer que si se trata de una conducta respecto de la cual existe una previsión de autorización, o si la conducta fue ejecutada fuera de los límites temporales o geográficos permitidos, o sin la licencia que era posible obtener, la conducta es atípica en una interpretación restrictiva del tipo penal que imponen sus propias características (STS de 23 de febrero de 2006).

Séptimo.—En el presente supuesto los ejemplares capturados (tres ejemplares de *Sylvia atricapilla*) se hallan incluidos en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, pero no por hallarse en peligro de extinción, ni por su vulnerabilidad o riesgo de desaparición, sino que aparecen contemplados en dicho Catálogo, por razón de su especial interés. Al respecto es unánime la consideración jurisprudencial relativa a que la inclusión formal en dicho catálogo no es suficiente para considerar los hechos como ilícito penal.

Sentencia 594/2009, AP BARCELONA, Sec. 5.^a, de 6 de julio de 2009

QUEBRANTAMIENTO DE DEPÓSITO JUDICIAL: MALVERSACIÓN IMPROPIA.
DILIGENCIA DEBIDA AL DEPOSITARIO

Arts. 248, 250.1.2.^a, 257.1, 432.3.^o y 435.3.^o Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Beatriz Grande Pesquero**

SÍNTESIS

El acusado, en su descargo, manifestó que guardó todos los bienes embargados en un almacén y que al cabo de tres meses no pudo hacer frente al pago del alquiler, poniéndolo en conocimiento del Juzgado. La sala recuerda que es obligación del depositario devolver lo mismo que se le entregó en depósito y que el lanzamiento del local no extingue sus obligaciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) En el caso enjuiciado, la diligencia de embargo si bien se extendió por medio de un impreso, precisamente la diligencia por la que el depositario acepta el cargo en cuanto a los extremos relativos a que se nombra depositario de los bienes embargados a Pablo el cual enterado del nombramiento y de las obligaciones que conlleva (CONSERVARLOS Y MANTENERLOS A DISPOSICIÓN DE ESTE JUZGADO —así destacadas en letras mayúsculas—), acepta el cargo y promete desempeñarlo bien y fielmente, haciéndole saber mención expresa de las responsabilidades en que puede incurrir con el artículo 435 del Código Penal, entregando copia de esta diligencia a la persona con quien se ha seguido la misma, firmando los asistentes”, está escrita a bolígrafo y firmada por el acusado.

Consecuentemente el acusado aceptó el cargo de depositario y prometió desempeñarlo bien y fielmente, después de estar enterado de su nombramiento y de las obligaciones con mención expresa de las responsabilidades en que podía incurrir de no verificarlo.

El hecho reúne todos los elementos requeridos en el tipo penal. Los documentos 446 y 447 del testimonio del juzgado de lo social, reflejan la diligencia de embargo y nombramiento de depositario realizada el 7-5-2001 en el local de la carretera de Vic n.º 277 de Manresa llevándose a cabo directamente con el acusado Pablo, puesto que los bienes que se hallaban en el local de la calle Esteve Terrades n.º 11, nave 8 de Manresa, como se expuso anteriormente, no le pertenecían, por ser propiedad de la sociedad MS ajena al mismo. Al folio 450 consta que se le hace un requerimiento el 23 de abril de 2002 mediante providencia para que en el término de cinco días manifieste dónde se encontraban depositados los bienes traba-

dos, poniendo en conocimiento del juzgado el 25 de junio de 2002, que se hallaban en la calle [...] n.º NUM011, NUM008, NUM002 de Suria (Barcelona), designando el juzgado de lo social mediante providencia de 3 de julio de 2002 perito para el avalúo de los bienes, siendo que cuando el perito acude a esa dirección no hay actividad alguna, (folio 483 del testimonio). Posteriormente el perito se desplaza a la calle Sallent n.º 6 del Polígono Els Dolors, en fecha 19 de julio de 2002 y no puede llevar a cabo su cometido, acudiendo de nuevo el 8 de noviembre de 2002 (folio 497) y únicamente practica el peritaje de cinco bienes por una cuantía total de 285 euros. Mas si se observa, únicamente pudo evaluarse un ordenador clónico, por la cantidad de 60 euros de los que se hallaban en el local de la carretera de Vic n.º 277, pertenecientes a PRB de los que fueron embargados en fecha 7-5-2001 (folio 446), el resto, se hallaban en la calle Esteve Terrades n.º 11, siendo el acusado requerido de nuevo el 12 de diciembre de 2002 (folio 500) para que manifestase donde se hallan depositados el resto de los bienes embargados, facilitando varias direcciones (folio 1241). Personado el perito en ellas, únicamente pudo peritar de los 16 toldos que constaban en la diligencia de embargo de 7 de mayo de 2001 en la carretera de Vic n.º 277, 4 toldos que habían sido vendidos, 2 en la calle San Antonio M.º Claret n.º 32 de Manresa que valoró en 650 euros el 10 de octubre de 2003 (folio 1276) y 2 mas en la calle Barcelona n.º 91 de Artés que cifró en 1.100 euros en esa misma fecha (folio 1285).

Asimismo aunque aparece que la furgoneta Nissan matrícula ... que fue embargada igualmente el 7-5-2001 fue adjudicada por el Juzgado de primera instancia n.º 1 de Manresa a la compañía financiera Accordia España S.A en el procedimiento de ejecución instada por la misma frente a PRB (folio 1245), no obstante ello, si obra la venta del otro vehículo la furgoneta Volkswagen

Matrícula ..., también embargada, por el acusado Pablo a Regia Motor S.A el 12-3-2002 (folio 476).

El acusado en su descargo, manifiesta que guardó todos los bienes embargados en el almacén Pablo Soler S.A y que al cabo de tres meses no pudo hacer frente al pago del alquiler, poniéndolo en conocimiento del juzgado, sin saber qué ocurrió con ellos. Tales manifestaciones han quedado rebatidas, por un lado porque de las diligencias de avalúo que iba a llevar cabo el perito, únicamente pudo realizar tres con éxito de todos los lugares que Pablo indicó, algunos bienes ha sido probado que fueron vendidos (los toldos y vehículo) y otros simplemente desaparecieron, sin que la comunicación que dice haber efectuado al juzgado haya constancia alguna en la causa. Es claro pues, que los bienes embargados tenían que quedar a disposición de la autoridad pública hasta que ésta determinase su destino, y ello por-

que la finalidad del embargo, según la Ley de Enjuiciamiento Civil artículo 1397 y siguientes, es asegurar el pago de las deudas y es obligación del depositario, conservarlos a disposición del Juzgado, bajo su responsabilidad, para proceder al pago de la deuda cuando se le ordena, siendo por tanto obligación esencial del depositario, devolver lo mismo que se le entregó en depósito y el lanzamiento del local no extingue las obligaciones del depositario. Incluso como señala la STS 94/2002 de 2 de febrero, el dolo omisivo es el conocimiento del peligro de sustracción y de no poner los medios para impedirlo.

Consecuentemente no habiendo dado el querellado explicaciones convincentes sobre el lugar donde se encontraban depositados dichos muebles y su destino, es claro que cometió el delito que se le imputa, pues este tipo delictivo se comete por la persona que ostenta la condición de depositario.

Sentencia 101/2009, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 20 de julio de 2009

ABUSOS SEXUALES: COMISIÓN POR OMISIÓN: MADRE QUE NO LOS IMPIDE
Arts. 48, 57.1 y 11, 74, 160.1.4.º y 181.1 y 2 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Carmen Lamela Díaz**

SÍNTESIS

La madre de las menores, conociendo los abusos que su compañero cometía sobre las niñas, nada hizo por impedirlos, consintiendo con su omisión que éstas se reiteraran a lo largo del tiempo, llegando incluso a mandar a las menores a dormir con aquél, conociendo lo que acontecía en el dormitorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En el supuesto que examinamos, en relación a Nieves, concurren cuantos elementos caracterizan el tipo objetivo y subjetivo de

un delito doloso de comisión por omisión (art. 11 del Código Penal), ya que la misma conoció el comportamiento abusivo de Luis Miguel, porque se lo dijeron sus propias hijas y Sacramento, sin que nada hiciera por evitarlo, antes al contrario incluso en oca-

siones ella misma mandaba a las menores a dormir con Luis Miguel, y les pidió que le perdonaran ya que temía que de lo contrario éste pudiera abandonarla.

Conforme señala el Tribunal Supremo (STS. 10-10-2006) los requisitos objetivos exigidos por el art. 11 para una correcta aplicación de la responsabilidad criminal en estos casos de comisión por omisión son: 1.º Ha de existir un delito o falta de los que consisten en la producción de un resultado. El ejemplo más característico de esta clase de delitos de omisión impropia es el caso del asesinato cometido por un progenitor que deja morir de hambre a su hijo recién nacido. Los delitos de agresiones o abusos sexuales pertenecen a esta clase de infracciones de resultado.

2.º Que, por la forma concreta de producción del delito o falta, ese resultado no se habría producido de haber existido la acción esperada, la acción que se omitió.

3.º Que la no actuación constituya la infracción de un especial deber jurídico por parte de quien omitió. Es el requisito que la doctrina conoce con el nombre de posición de garante, que en este art. 11 puede concurrir:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. En el caso presente, el art. 154.1.º de Código Civil impone a los padres el deber de velar por sus hijos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

4.º El art. 11, como límite para la posibilidad de exigir responsabilidad penal en estos delitos de omisión, establece la necesidad de realizar una valoración jurídica: que la producción del delito a virtud de esa omisión equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. No cabe hablar de relación de causalidad en estos delitos de omisión, porque lo que no existe no puede

ser causa de nada. Pero sí ha de realizarse en cada caso esa valoración, de modo que pueda equipararse la no actuación esperada, en su antijuricidad, a los casos de actuación positiva, es decir, a la ejecución del delito mediante acción. El ejemplo antes expuesto explica bien esta cuestión: el no alimentar a quien no puede hacerlo por sí mismo equivale a la acción positiva de homicidio.

5.º Es evidente que, aunque nada dice el texto del art. 11 Código Penal (pero se deduce del requisito 2.º que acabamos de exponer), ha de encontrarse, dentro de las posibilidades de actuación de la persona que se encuentra en posición de garante, algún modo de obrar que hubiera producido la no ejecución del resultado punible.

6.º El omitente ha de reunir las condiciones exigidas para el tipo activo correspondiente, requisito que tiene importancia en los llamados delitos especiales. Los abusos sexuales no son delitos de esta clase, aunque sí lo son todos los de omisión impropia (comisión por omisión), porque en ellos el autor del comportamiento omitido ha de hallarse en posición de garante, como se deduce del propio texto del art. 11 que estamos examinando (requisito 3.º antes referido).

A estos requisitos ha de añadirse otro de carácter subjetivo que será distinto según que el delito de referencia sea doloso o culposo. No hay delito sin dolo o culpa, nos dice el art. 5 Código Penal. Cuando, como aquí, estamos ante infracciones penales que no pueden cometerse a título de culpa o imprudencia (art. 12), como son las de abusos sexuales, ha de concurrir el dolo como elemento del delito, es decir, ha de actuar el autor con conocimiento de que concurren todos los elementos objetivos del tipo.

Aplicando la anterior doctrina al supuesto de autos, estimamos que no hay duda alguna en cuanto a la concurrencia de todos y cada uno de estos requisitos en relación a la acusada Nieves, madre de las menores, que conociendo los abusos que su compañero Luis Miguel infería sobre las menores, nada hizo por impedirlos, consintiendo con su omisión que éstos se reiteraran a lo largo del

tiempo llegando incluso a mandar a las menores a dormir con aquel, conociendo lo que acontecía en el dormitorio. Y desde luego, si hubiera actuado como debía en su condición de madre, los abusos sobre las menores no se habrían producido o, por lo menos, no se habrían prolongado en el tiempo.

D.^a Sacramento y las propias menores comunicaron a Nieves la conducta de Luis Mi-

guel con las niñas y la madre mostró una manera de comportarse, (pidiendo incluso a sus hijas que llamaran a Luis Miguel, cuando éste abandonó una vez el domicilio, y le pidieran perdón), que hacía ver que aceptaba lo que en esta clase de acciones libidinosas pudiera hacer Luis Miguel con sus hijas, temiendo que de otra forma, éste abandonara el domicilio, tal y como ella misma llegó a manifestar a las menores.

Sentencia 61/2009, AP MALLORCA, Sec. 1.^a, de 30 de julio de 2009

**CORRUPCIÓN DE MENORES: LA ACTIVIDAD DEBE SER DE TERCERÍA
Arts. 178, 179, 180.1 y 3 y 189.4 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Arbona Femenia**

SÍNTESIS

La presente sentencia, que condena al acusado como autor de agresión sexual, le absuelve del delito de corrupción de menores por ser el propio procesado quien realiza los actos sexuales —no tiene en ningún caso la condición de tercero— y por quedar su conducta englobada en los tipos de agresión sexual.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Único.—Probado y así se declara que el procesado Raimundo, con DNI n.º NUM000, mayor de edad en cuanto nacido en Málaga el día 31 de diciembre de 1947, hijo de Francisco e Isabel, sin antecedentes penales y que ha estado privado de libertad por esta causa desde el día 24 de noviembre de 2008, aprovechando que desde aproximadamente el mes de julio de 2007 mantenía una relación sentimental con D.^a Emilia, frecuentaba el domicilio de ésta sito en CA-

MINO000, parcela NUM001 de Llucmajor, Mallorca. En esta vivienda residían las hijas de la anterior: Luz, nacida el 17 de noviembre de 1997, y Penélope, mayor de edad; también D. Rosendo —pareja sentimental de Penélope— y las dos hijas de éste: Amanda y Camino, nacidas el 15 de octubre de 1999 y el 13 de marzo de 1996, respectivamente.

En fechas no precisadas pero comprendidas entre el mes de julio de 2007 y el 9 de marzo de 2008, el procesado, en varias oca-

siones, obligó a Luz, Amanda y Camino a bajarse las bragas y, desnudándose él, frota- ba su pene con los genitales de las menores, les acariciaba los pechos y los genitales y, también, les cogía las manos y se las llevaba a su pene. Además, el procesado les tiraba de los pelos para que le besasen el miembro, venciendo así la resistencia de las niñas que sentían asco, hasta el punto que Miguela acabó vomitando una vez.

Al menos en otra ocasión forzó a Luz a que le chupara el pene.

Para conseguir lo anterior el procesado decía a las menores que si no hacían lo que quería las mataría y, también, que si Emilia se enteraba podría morir ya que estaba mal de salud y la noticia le podría provocar un ataque.

El 9 de marzo de 2008 el procesado entró con Luz y con Camino en una caseta de madera que estaba instalada fuera de la vivienda y, se tumbó con Camino, mientras que le dijo a Luz que se bajase las bragas, lo que la menor hizo. En ese momento fue sorprendido por Emilia, quien lo echó de la casa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Por el contrario, no se considera que la acción pueda tipificarse como un delito de corrupción de menores del artículo 189.4 CP —el que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste—. Esta redacción, introducida en la LO 15/03, determina, según la jurisprudencia, la creación de un tipo penal cuyo elemento subjetivo es la voluntad del agente en hacer participar a un menor o a un incapaz en un comportamiento sexual al que se une un elemento normativo radicado en el perjuicio efectuado en la evolución o desarrollo de la personalidad. El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.^a del TS de fecha 9 de febrero de 2005 estableció que, en princi-

pio, sólo será sujeto activo del tipo de corrupción de menores el que realice una actividad de tercería respecto de la conducta típica prevista en el mismo y no el autor de un comportamiento sexual. Al tiempo, la STS de 4 de abril de 2005 analiza este delito apoyándose en los antecedentes legislativos, la Exposición de Motivos de la LO que reintrodujo este delito, inicialmente suprimido en el CP de 1995, y el mencionado Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional. Explica que la voluntad del legislador, expresada en la EM, era crear una “una cláusula de cierre del sistema de protección del menor que permite la represión de conductas no reconducibles a las infracciones más gravemente penadas de agresión o abuso sexual”, pero anota que la técnica utilizada ha provocado muchas dudas. Así, primero, si se trata de una actividad de tercería o celestinaje o puede ser autor del mismo el sujeto que directamente participa con el menor en el comportamiento sexual. Segundo, el alcance de la expresión “haga participar”. Tercero, qué debe entenderse por comportamiento de naturaleza sexual y, por último, el sentido del resultado consistente en perjudicar “la evolución o desarrollo de la personalidad” del menor o incapaz.

Sin necesidad de entrar en mayores precisiones doctrinales debe señalarse que en nuestro caso no concurre el delito en la medida en que, primero, el procesado es quien realiza los actos sexuales —no tiene en ningún caso la condición de tercero— y, segundo, su conducta queda incluida en los tipos penales de agresión sexual. No se ha demostrado que, además de esto, tomase imágenes, exhibiese pornografía o realizase cualquier otra conducta no incardinable en los tipos de agresión sexual. Además, la representante del Ministerio Fiscal, en su informe, no hizo referencia alguna a la razón por la que acusaba por este tipo. Corolario, procede absolver a Raimundo de estos delitos que también se le imputaban.

Sentencia 20/2009, AP CÁCERES, Sec. 2.^a, de 31 de julio de 2009

DERECHO AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY: RESOLUCIÓN ACORDANDO REGISTRO DOMICILIARIO

Arts. 368 del Código Penal y 546 de la LECrim.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Vicente Cano-Maíllo Rey

SÍNTESIS

Se suscita la cuestión del juez competente para acordar la diligencia de registro domiciliario: el artículo 546 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se la atribuye al de Instrucción al que venga atribuido el conocimiento de la causa. Las defensas alegan que se había “elegido” por la Policía el Juzgado al que solicitar la autorización de escuchas telefónicas y registros domiciliarios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Hablaron algunos de los letrados de los acusados, los de Demetrio y Cayetano, de que se había elegido” el Juzgado en cuanto a solicitar las intervenciones telefónicas y las peticiones de entrada y registro. Se añadió luego una fotocopia de la Sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción número dos de esta ciudad de fecha treinta de marzo del pasado año por la que se condenaba a Jacobo como autor de una falta de apropiación indebida, siendo el perjudicado Victorio. Las partes anudan estos nombres y esta resolución al folio 6 del tomo primero de estas actuaciones. La Sentencia de los folios 296 a 298 del rollo de Sala no se sabe si es firme o no, pero lo que es cierto es que se refiere a lo ocurrido entre Victorio y Jacobo, un hecho que sólo les afecta a ellos dos y que nada tiene que ver con este tema. Las relaciones de Jacobo con

Culebras son de este proceso, no de aquél, y no inciden en el presente. Ambos hechos no están conectados y pueden seguir su camino con independencia. Aportar esa fotocopia en nada cambia la situación que nos ocupa, pues aquella denuncia cooperó a que la policía tuviera más datos sobre Culebras.

(...) la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre los órganos de la jurisdicción penal ordinaria, no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional las cuestiones de competencia reconsiderables al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el plano de la legalidad careciendo por tanto de relevancia

constitucional (SSTC 43/84, 8/98, 93/98, 25/2000).

El derecho al Juez predeterminado por la Ley puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebidamente o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de la distribución de competencia con manifiesta arbitrariedad, como señala la STC 25/2000, recogiendo lo ya expresado en la STC 262/94.

Igualmente, en la STC 126/2000, de 26 de mayo, se expresa que la interpretación de las normas sobre competencia, y por consiguiente, la de determinación del órgano judicial competente, son cuestiones que corresponden en exclusiva a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, por lo que, en realidad, el recurrente trata de trasladar a este Tribunal el problema legal de la determinación del Juez del caso cuyo discernimiento no nos compete cuando, como en este supuesto, los órganos judiciales han realizado una interpretación razonable de la legalidad procesal que, por serlo, no nos compete revisar ni sustituir; en el ATC de 7 de abril de 1997 se recuerda que constituye reiterada jurisprudencia de este Tribunal que el derecho al juez predeterminado por la Ley, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución Española, configura la garantía de que el órgano judicial llamado a conocer del asunto haya sido creado previamente por la norma, esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motiva su actuación y de que su régimen orgánico no permita ser calificado de especial o excepcional (entre otras muchas, SSTC 47/1983, 148/1987, 39/1994 y 6/1997).

(...)

En el supuesto que examinamos, el acuerdo con la doctrina que se acaba de dejar expresada, no se vulneró en modo alguno el derecho a un Juez predeterminado por la Ley al haberse dictado el auto acordando la entrada y registro en el domicilio del recurrente por un Juez ordinario, el titular del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm.

8, que se encontraba en funciones de guardia, investido de jurisdicción y competencia con anterioridad a los hechos, sin que se haya producido un indebido desplazamiento del Juez ordinario por un Juez especial.

En efecto; aunque el art. 546 LECrim. refiera la competencia para el dictado del auto al Juez de Instrucción al que venga atribuido el conocimiento de la causa, en las sedes judiciales con más de un órgano con funciones de Instrucción, habrá de estarse a las normas del reparto y a los servicios de guardia respectivos. Si es reclamada la diligencia en causa ya abierta y en horas de audiencia habrá de reclamarse y emitirse por el Juez que ya esté conociendo; si eso es en horas distintas a las ordinarias de audiencia, habrá de emitirse por el que esté en funciones de guardia si, como suele ocurrir, las razones de urgencia que suelen acompañar este tipo de diligencias no permiten esperar a la efectividad del art. 546 LECrim. Posibilidad que tiene su apoyatura en el art. 22.2 LECrim que establece el principio de conservación de las diligencias necesarias para la comprobación del delito y en general, las de reconocida urgencia, cualidad obviamente concurrente en una diligencia de registro domiciliario (SSTS. 8-9-2000, 23-6-1999, 28-2-1997, 22-5-1995).

Por tanto, aunque se entendiera que el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 8 en funciones de guardia no era el “competente” para acordar aquel registro domiciliario, ello no viciaría de nulidad la diligencia autorizada judicialmente, en base al principio de conservación de los actos encaminados a la investigación de los delitos, con soporte en el ya citado art. 22.2 LECrim, de forma que los efectos anulatorios de los arts. 11.1., 238 y 240 LOPJ únicamente se producirían en los casos en que el auto provenga de un Juez de otro ámbito jurisdiccional, sin competencia objetiva para la investigación de los delitos, lo que no ocurrió en el caso que se analiza, habida cuenta que el auto habilitante fue dictado por Tribunal competente orgánicamente.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 3/2009, SOBRE PROTECCIÓN DE LOS MENORES VÍCTIMAS Y TESTIGOS

[...]

12. Conclusiones

12.1. Principios generales

1.^a El derecho de todo acusado a un juicio público con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE) encuentra en el derecho de defensa y el principio de contradicción algunas de sus principales manifestaciones. Ello supone el derecho a un juicio contradictorio en el que el acusado pueda defenderse de la acusación, planteando pruebas de descargo y combatiendo las pruebas inculpativas, junto a la posibilidad de participar en las diligencias y trámites del proceso, para así poder ejercitar su derecho a ser oído y a alegar, en su interés, lo que a su Derecho convenga. Las pautas y orientaciones de esta Circular deben entenderse siempre desde la salvaguarda de este derecho fundamental del acusado que incumbe al Ministerio Fiscal a tenor del artículo 124 de la CE.

2.^a Las características personales y evolutivas de los menores de edad les hacen especialmente vulnerables a la victimización secundaria que puede entrañar su participación en el proceso penal. Las graves consecuencias físicas, psicológicas y emocionales que tal participación puede acarrearles les hace acreedores de un tratamiento específico orientado a su protección y asistencia, así como a la calidad objetiva del testimonio que han de prestar.

3.^a Las Sras./Sres. Fiscales deberán tener presente que las causas que mayores problemas plantean, en relación con el testigo menor (normalmente también víctima) son las relativas a abusos y agresiones sexuales. En estas causas, un juicio erróneo o una investigación archivada prematuramente puede tener consecuencias extraordinarias no sólo para los implicados en el proceso en curso, sino para potenciales víctimas, por lo que es extremadamente importante que todas las investigaciones de presuntos abusos sexuales sean de la mayor calidad posible y que se les otorgue prioridad respecto a otras investigaciones criminales.

4.^a Aún partiendo siempre de que el mero hecho de la minoría de edad hace merecedor al testigo de un tratamiento especial, la intensidad de la protección puede graduarse, atendiendo a la edad del menor, al dato de si el mismo es o no víctima del delito, a la naturaleza y gravedad del delito presuntamente cometido, a si guarda relación de parentesco con el imputado o acusado, etc.

5.^a La idea básica a tener presente como pórtico es la de que las diligencias que recaigan sobre el menor van a ser generalmente perturbadoras, cuando no traumáticas para él. Por tanto, deben evitarse en la medida de lo posible las duplicidades en exploración de médicos, evaluación de psicólogos, psiquiatras y análogos y en la toma de declaración. Debe tenderse hacia los diagnósticos, exploraciones o evaluaciones conjuntas.

6.^a Las Sras./Sres. Fiscales procurarán evitar la repetición de declaraciones de menores, salvo en los casos estrictamente necesarios, a fin de ahorrarles el sufrimiento de volver a relatar y revivir ante personas extrañas un suceso para ellos traumático. En la fase de juicio oral evitarán suspensiones reiteradas o largas esperas en los estrados del Juzgado, promoviendo la inadmisión de preguntas orientadas a poner en tela de juicio la credibilidad de la declaración del menor cuando la forma de plantearlas no respete la dignidad del mismo.

7.^a Siempre que las circunstancias lo permitan debiera prescindirse de la declaración policial del menor, especialmente cuando el mismo sea víctima del delito y fundamentalmente cuando éste sea de naturaleza sexual. Para reducir al mínimo imprescindible el número de declaraciones puede resultar conveniente dar pautas a la Policía Judicial, para que en casos en que pueda ser especialmente perturbador tomar declaración al menor, se prescinda de la misma y se le traslade al Juzgado de Guardia para preconstituir la prueba.

8.^a Las causas con menores implicados, especialmente cuando éstos sean las víctimas, deben ser objeto de una tramitación especialmente rápida. A tales efectos, las Sras/Sres. Fiscales, en su función impulsora del proceso penal, habrán de redoblar sus esfuerzos para remover cualquier obstáculo que ralentice la tramitación de estos procedimientos.

9.^a La Reforma operada en la LECrim por LO 8/2006 en relación con los testigos no distingue franjas de edades, por lo que sus disposiciones habrán de entenderse aplicables a cualquier persona menor de 18 años.

10.^a En cuanto a la edad que debe tenerse en cuenta para aplicar el *plus* protector que estos preceptos incorporan habrá de atenderse no a la edad que el testigo tenía cuando tomó conocimiento de los hechos respecto de los que ha de deponer sino a la edad que tiene en el momento de prestar declaración en el proceso.

12.2. Fase de instrucción

1.^a La obligación específica de la presencia del Fiscal en estas declaraciones no se funda en la necesidad de asegurar la eficacia de la investigación, sino

se inscribe en el desarrollo de su función de protector de los derechos fundamentales del menor y de las garantías del acusado y de la necesidad de procurar la necesaria ponderación de unos y otras.

2.^a La presencia del Fiscal en la declaración del menor en fase de instrucción ha de ser aprovechada para acopiar la necesaria información para decidir con fundamento acerca de si procede proponerlo como testigo para el acto del juicio oral o bien prescindir de él y en ese caso acerca de si procede preconstituir la prueba, citar a testigos de referencia o interesar alguna diligencia sobre la credibilidad del testimonio. También servirá para calibrar —si procede citarlo como testigo para el acto del juicio oral— el tipo de cautela a promover para evitar su doble victimización. Igualmente podrá ser útil para, en su caso, decantarse por el sobreseimiento.

3.^a La presencia de los representantes legales del menor, y, en su caso, de los guardadores, que sin ser representantes se ocupen del mismo —en principio recomendable para dar mayor seguridad y confianza al menor— habrá de exceptuarse además de cuando los representantes o guardadores sean los propios imputados —pues en tales casos se desnaturalizaría su presencia en el acto, cuyo sentido es precisamente el de amparar y dar tranquilidad al menor—, cuando existan conflictos de intereses entre representantes y menor que justifiquen la exclusión. También podrá ser fundamento de la exclusión la existencia de indicios que lleven a la fundada creencia de que los progenitores persiguen que el menor no colabore con la Administración de Justicia.

4.^a Facultativamente el párrafo tercero del art. 433 de la LECrim también prevé que puedan asistir expertos. Habrá de entenderse por tales a personas cualificadas profesionalmente para orientar sobre el modo más adecuado de abordar al menor, esto es, psicólogos infantiles, pedagogos o psiquiatras. Las circunstancias del caso serán las que marcarán la necesidad o conveniencia de esta asistencia técnica, que se incrementará cuando el menor sea, además de testigo, víctima, y atendiendo especialmente a su edad, en cuanto normalmente para los denominados menores maduros no será necesario. También la índole del delito será determinante para calibrar tal necesidad.

5.^a Las Sras./Sres. Fiscales interesarán la grabación de la declaración como modo específico de documentación siempre que prevean que el menor no va a poder declarar en el acto del juicio oral, o cuando de los datos recabados pueda ya sostenerse que el grado de victimización secundaria del menor podría ser especialmente intenso y perjudicial si se le impone la obligación de asistir al juicio como testigo.

6.^a Si con anterioridad a la citación para declarar se ha solicitado la laboración de un informe psicológico sobre el menor será muy importante el interesar que el mismo perito se pronuncie sobre si el testigo puede declarar sobre los hechos sin riesgo para su equilibrio psicológico y, en caso positivo, sobre las cautelas que se consideran necesarias o convenientes.

7.^a Como regla general, las Sras/Sres. Fiscales no citarán como testigos a los menores para el acto del juicio oral cuando los expertos consultados desaconsejen fundadamente tal citación. En estos casos —si no lo han hecho ya— propondrán la grabación de su declaración y que la misma se lleve a cabo respetando los requisitos de contradicción previstos para la preconstitución probatoria, siempre con las modulaciones que pueda exigir el interés del menor. Una interpretación teleológica de las causas generales previstas en los arts. 448 y 777 LECrim, tamizada por los principios generales que informa la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, lleva a admitir como presupuesto habilitante de la preconstitución probatoria el caso de los menores que por razón de su corta edad o de su especial vulnerabilidad estén en riesgo de sufrir un grave daño psicológico de verse obligados a comparecer de nuevo como testigos en el acto del juicio oral. Esta probabilidad de sufrir grave daño psicológico debe estar debidamente documentada en la causa, a través del correspondiente informe pericial.

8.^a También podrá acudir a la preconstitución probatoria y correlativamente habrán de abstenerse las Sras./Sres. Fiscales de citar a juicio oral a los testigos menores cuando los mismos tengan tan corta edad que racionalmente pueda concluirse que tras el lapso temporal probable entre la primera declaración y la fecha del juicio oral, cualquier intento de recordar los hechos será inútil.

9.^a Aunque con carácter general la preconstitución de la prueba exige hacer pasar a la diligencia por el tamiz de la contradicción, con el fin de salvaguardar el derecho del imputado a interrogar a los testigos de cargo, el inexcusable respeto de esta exigencia admite matizaciones para minimizar el daño a los testigos menores. Las posibilidades para llegar a un punto de equilibrio son múltiples (utilización de biombo, empleo de vídeo/conferencia, colocación del menor en un punto desde el que no pueda ser visto por el imputado, utilización de espejos unidireccionales). Debe en todo caso tenerse presente que el principio de contradicción no sufrirá siempre que esté presente en el interrogatorio el Letrado del imputado y se le permita formular preguntas al testigo menor.

10.^a La decisión de preconstituir la prueba testifical de menores de edad habrá de plantearse especialmente en causas por delitos contra la libertad sexual cuando la víctima sea menor de catorce años.

11.^a La prueba preconstituida relativa a la exploración del menor, debe ser llevada a la vista del juicio oral como prueba documental, proponiéndolo así en el escrito de calificación, debiendo igualmente las Sras./Sres. interesar su lectura, audición o visionado, excluyendo totalmente la práctica de «darla por reproducida».

12.3. Testigos de referencia

1.^a En determinados y excepcionales supuestos equivalentes a la imposibilidad de producción del testimonio, especialmente ante delitos contra la libertad sexual, cuando la víctima es un menor de muy corta edad, no procederá ni siquiera la preconstitución probatoria, pudiendo valorarse como prueba de cargo el testimonio de referencia de los padres o de terceras personas. A tales efectos, debe tenerse presente que la LECrim prescribe que no podrán ser obligados a declarar como testigos los incapacitados física o moralmente (artículo 417.3.^o de la LECrim).

2.^a Cuando las Sras./Sres. Fiscales invoquen como de cargo testimonios de referencia sustitutivos del testimonio directo de un menor, con el fin de respetar el equilibrio respecto a las garantías de los acusados, y en particular, su derecho a la contradicción de las pruebas de cargo, lo harán tomando en consideración los recelos que puede suscitar este medio de prueba, y habrán de ser particularmente rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstancias imponderables que justifican la sustitución del testimonio directo por el de referencia, sino también en la crítica de los referenciales, en la aportación de elementos de corroboración y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito y hábiles para enervar la presunción de inocencia.

12.4. Sobreseimiento por falta de prueba

1.^a La articulación de la prueba de cargo de determinados delitos que se perpetran en la intimidad y sobre menores de edad presenta particulares dificultades, máxime si se trata de niños de corta edad y de hechos que se denuncian en situación de crisis familiar. La importancia de la averiguación y castigo de tales hechos para las víctimas y para el interés general no puede sobreponerse a la realidad de tales dificultades y mucho menos, al sistema de garantías que constituyen el proceso penal, ni a las exigencias del derecho a la presunción de inocencia.

2.^a En muchos casos, tras la imprescindible ponderación de los intereses en conflicto —garantías y derechos procesales del acusado, necesidad de protección de las víctimas y testigos menores de edad e interés público en la persecución de los delitos— y tras una adecuada valoración de la entidad de los elementos incriminatorios que pueden presentarse ante el Juzgador penal, las Sras/Sres. Fiscales habrán de optar por interesar el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

12.5. Garantías en el acto del juicio

1.^o Una interpretación sistemática de los artículos 707 y 731 bis de la LECrim lleva a la conclusión de que cuando el testigo es menor debe automáti-

camente —*ope legis*—, entenderse que su comparecencia resulta gravosa o perjudicial y que, por tanto, puede acudir al uso de la videoconferencia.

2.^o La utilización de mamparas o medios análogos tiene una menor capacidad como mecanismo neutralizador de efectos de victimización secundaria, pues no evita la presencia del menor en la sala de vistas y su cercanía al acusado, aunque para determinados supuestos no necesitados de niveles de protección cualificados podrá ser suficiente. La utilización de las mamparas habrá de realizarse tratando por un lado de impedir el contacto visual entre menor y acusado y al mismo tiempo permitiendo que el menor siga teniendo contacto visual con la persona o persona que le acompañen para prestarle apoyo, y sea visto por el Tribunal, el Ministerio Fiscal y los Letrados de las partes.

3.^o Debe también tenerse presente que el Tribunal Supremo ha admitido el uso de otras cautelas, de forma que puede el Tribunal adoptar las medidas de tutela que estime más adecuadas, entre las que cita expresamente: «acompañamiento por un familiar, limitaciones a la publicidad, suspensión temporal del juicio, declaración como testigo oculto para los acusados o sin confrontación visual directa con los mismos».

12.6. Otros mecanismos protectores del testigo menor

1.^a En los casos de riesgo grave para la integridad física, psicológica o moral del menor testigo, serán aplicables también los mecanismos de protección previstos en la LO 19/1994, de 23 de diciembre de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales. Las Sras./Sres. Fiscales desplegarán sus deberes de protección de la vida privada y la intimidad y dignidad de conformidad con la Ley 35 /1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la libertad Sexual.

2.^a Las Sras./Sres. Fiscales velarán también por el riguroso cumplimiento de la previsión del art. 109 *in fine* LECrim en el que se dispone que en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el art. 57 del CP, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

12.7. Pautas generales sobre interrogatorios a menores

1.^a Deberán las Sras./Sres. Fiscales paliar tanto los retrasos en la citación para tomar declaración al menor en fase de instrucción, como las dilaciones en los señalamientos de juicio. Igualmente —en la medida de sus posibilidades— habrán de promover que los juicios en los que tenga que intervenir un testigo menor sean los primeros en el orden de señalamientos. Aunque los señalamientos obviamente no son competencia del Fiscal, las Sras./Sres. Fiscales en sus escritos de calificación y por medio de otrosí, podrán interesar tales prevenciones.

2.^a Cuando el testigo menor es víctima y se encuentra además en una situación de desprotección (v.gr. cuando ha sido objeto de malos tratos por sus progenitores) es esencial que la actuación de la Justicia penal y de las Entidades Públicas de Protección de Menores esté coordinada, y a los efectos de tal coordinación los Sres. Fiscales en tanto en cuanto son parte necesaria en el proceso penal y son superiores vigilantes de la actuación de las Entidades de Protección, habrán de desplegar toda su diligencia para evitar contradicciones o disfunciones.

3.^a En sus interrogatorios, deberán las Sras./Sres. Fiscales realizar los necesarios esfuerzos por modificar el lenguaje jurídico utilizando una terminología adecuada al nivel de desarrollo del niño.

4.^a La psicología del testimonio ha puesto de manifiesto que los testigos cometen más errores cuando las preguntas son cerradas que cuando las preguntas son abiertas, de modo que se les permita el recuerdo libre, eligiendo sus propios detalles. El recuerdo libre incrementa la exactitud, por lo que es preferible iniciar el interrogatorio de manera que sea el propio testigo menor quien cuente lo que ha visto y percibido, para a continuación —y sólo a continuación— pasar a hacerle preguntas sobre puntos que puedan permanecer oscuros o sobre otros detalles adicionales sobre los que se precise información, advirtiéndole al menor que conteste sólo sobre lo que recuerde. Debe *prima facie* utilizarse la forma narrativa y *a posteriori*, progresivamente, preguntas cada vez más estructuradas.

5.^a Las preguntas nunca han de contener aditivos sugestivos, ni revelar la opinión o toma de postura del interrogador. Debe ponderarse cada caso pero en ocasiones es preferible contentarse con respuestas lacónicas y declaraciones fragmentarias, pues si se obliga al niño a detallarla y completarla, se incrementará el riesgo de que éste incorpore a su declaración elementos irreales.

6.^o Las Sras./Sres. Fiscales procurarán que se inadmitan las preguntas que intenten menoscabar la solidez del testimonio del menor o su eficacia probatoria empleando medios, modos, o formas poco respetuosos con la dignidad del mismo.

12.8. Valoración del testigo menor de edad

1.^a La prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías rindiendo su informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal, y aplicando los conocimientos científicos a las condiciones del testigo y al grado de fiabilidad de sus manifestaciones, conforme a métodos profesionales, no vincula al Juzgador ni puede sustituir su función valorativa, pero sí puede ser una herramienta útil para apreciar el testimonio de menores de corta edad, en especial cuando son víctimas de un delito de naturaleza sexual.

2.^a La presencia de esta pericia no dispensa al Tribunal de la función de valoración que le corresponde en exclusiva.

3.^a En los casos en los que deba valorarse el contenido de una grabación de audio/vídeo, es imprescindible que se proceda a la audición y/o visionado.

12.9. Responsabilidad civil

1.^o Las Sras./Sres. Fiscales, en cumplimiento de la función de velar por la protección procesal de las víctimas, habrán de promover los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas. A tales efectos promoverán la total indemnización de los daños irrogados al menor, incluidos los psicológicos. Si al formular el escrito de calificación el menor continúa recibiendo tratamiento médico o psicológico, el Fiscal fijará las bases para su inclusión en la sentencia y promoverá durante la ejecución de la misma su precisa determinación.

12.10. Audiencia de los menores en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio

1.^a La aparente contradicción entre el apartado segundo del artículo 92 del CC, modificado por Ley 15/2005, de 8 de julio, y la regla 4.^a del art. 770 de la LEC en relación con la audiencia del menor en punto al régimen de guardia y custodia en procesos de nulidad, separación y divorcio, ha de resolverse primando el carácter sustantivo del CC y acudiendo a la condición de *lex posterior* de la norma contenida en su actual artículo 92. Por ello habrá de entenderse que la audiencia del menor no es imperativa y que su práctica queda subordinada a que se estime necesaria, en función del superior interés del menor.

2.^a En todo caso, la exploración del menor deberá realizarse de forma que el menor se sienta lo más tranquilo posible y sólo en presencia del Juez, Secretario y Ministerio Fiscal, aunque quepa interesar el auxilio de psicólogos o miembros del equipo técnico adscrito al Juzgado, cuando las circunstancias lo aconsejen.

3.^a Las Sras./Sres. Fiscales velarán porque estas audiencias transcurran con el máximo respeto a la intimidad, dignidad y personalidad del menor afectado, evitando las preguntas directas sobre con cuál de sus progenitores desea convivir o el régimen de visitas que considera más conveniente, y optando por preguntas indirectas que revelen con cuál de los progenitores tiene una relación más intensa, quién de los dos ha asumido la mayoría de los progenitores, con quién mantiene una mejor relación, o cualquier otro extremo relevante para la decisión.

CRÓNICA LEGISLATIVA

OCTUBRE

- ❑ Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Convenio núm. 196 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE de 16 de octubre de 2009).
 - ✓ Señala como objetivo del Convenio la prevención del terrorismo y de sus efectos negativos sobre el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular, sobre el derecho a la vida.
 - ✓ Recoge la necesidad de llevar a cabo políticas nacionales de prevención: en concreto, aquellas orientadas al intercambio de información, el refuerzo de la protección física de las personas y bienes y la coordinación para situaciones en crisis.
 - ✓ Contempla la exclusión de la llamada cláusula de excepción política, con el objetivo de que ninguna solicitud de extradición pueda ser denegada por el hecho de que se refiera a un delito político.

- ❑ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE del 31).
 - ✓ El objeto de esta Ley es mejorar las garantías de las personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional, así como adaptarse a los criterios que se desprenden de la doctrina y de la jurisprudencia de los tribunales en materia de asilo.
 - ✓ Se delimitan por primera vez los elementos que integran la definición de refugiado: persecución, motivo y agente perseguidor, así como las causas que determinan el cese o exclusión del disfrute del derecho de asilo.
 - ✓ Se presta una especial referencia a la dimensión de género, como motivo de persecución, así como a los menores no acompañados y colectivos de personas especialmente vulnerables.

- ✓ Incorpora como novedad la figura de la protección subsidiaria que se dispensará a los que, sin reunir los requisitos para el asilo o refugio, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir daños graves en caso de regresar a su país de origen o residencia.
- ✓ Se recoge un procedimiento especial y preferente de reagrupación familiar que garantiza el derecho a la vida en familia de las personas refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria.
- ✓ Habilitación al Gobierno para llevar a cabo programas de reasentamiento en colaboración con el ACNUR.

NOVIEMBRE

- Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE del 4).
 - ✓ Se reforma la tramitación de los recursos de apelación frente a las resoluciones dictadas por los Jueces de Primera Instancia en procesos seguidos por los trámites del juicio verbal por razón de la cuantía.
 - ✓ Establecimiento de “jueces de adscripción territorial” que ejercerán sus funciones en plazas que se encuentren vacantes o cuyo titular esté ausente con el fin de evitar en lo posible la interinidad de las funciones jurisdiccionales.
 - ✓ Se modifica el sistema de provisión de plazas en las Audiencias Provinciales.
 - ✓ Cambio en el tratamiento de la Jurisdicción universal (delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra).
 - ✓ Mejora de la conciliación de la vida familiar y laboral de los miembros de la Carrera Judicial:
 - Supresión del traslado forzoso con motivo del ascenso a la categoría de magistrado.
 - Mecanismos de cobertura de plazas y régimen transitorio aplicable a quienes hubieran renunciado con anterioridad al ascenso forzoso.

- Reforma de las vacaciones.
 - Nueva regulación de la excedencia voluntaria (cursos de formación y concursos de traslado).
- ✓ Depósito de escasa cuantía y previo a la interposición del recurso con el fin de disuadir a quienes recurran sin fundamento jurídico.
 - ✓ Especialización de los juzgados y tribunales con competencia exclusiva en violencia sobre la mujer a través de la formación obligatoria.
 - ✓ Entrada en vigor: el día siguiente al de su publicación en el BOE.
- Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE del 4).
- ✓ Objetivo de esta ley: racionalizar y optimizar los recursos destinados a la Administración de Justicia.
 - ✓ Nuevas competencias del cuerpo de Secretarios Judiciales (en el inicio, terminación y fase de ejecución del procedimiento así como en los recursos a interponer contra las resoluciones dictadas).
 - ✓ Reforzamiento de las garantías del justiciable: grabación de vistas; utilización de la firma electrónica e información al perjudicado de sus derechos.
 - ✓ Fomento de buenas prácticas procesales: facilitar la acumulación de acciones y utilización de un nuevo servicio centralizado y gestionado en el establecimiento de la fecha, hora y trámites de la vista, denominado “Agenda programada de señalamientos”.
 - ✓ Mejores procesales:
 - Se modifica la cuantía en el proceso monitorio.
 - Denominación unificada de las resoluciones procesales.
 - En la Ley de Procedimiento Laboral: firma del recurso de reposición por graduados sociales.
 - ✓ Modernización tecnológica de la Administración: sustitución de la publicidad en BBOO por medios telemáticos, informáticos y electrónicos y permitir las pujas electrónicas en las subastas judiciales.
- Ley 18/2009, de 23 de noviembre, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad

Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en materia sancionadora (BOE del 24).

- ✓ El objetivo de la Ley: evitar la impunidad de algunos conductores infractores y reducir los tiempos de tramitación dotando de un carácter pedagógico a las sanciones.
- ✓ Se elimina la suspensión temporal del permiso de conducción como sanción. Sólo se retirará cuando se agote el saldo de puntos.
- ✓ Se rebaja de 27 a 20 el número de infracciones en cuya sanción se prevé el descuento de puntos.
- ✓ Nuevas infracciones y cuantía: Cuantía fija para las sanciones leves (hasta 100 euros), graves (200 euros) y muy graves (500 euros), excepto las infracciones referidas a no respetar los límites de velocidad que serán sancionadas según lo previsto en el nuevo anexo IV. Se unifican en todo el territorio las sanciones por exceso de velocidad que serán aplicables por todas las Administraciones.
- ✓ Procedimiento sancionador: Nuevo procedimiento abreviado.
 - Descuento del 50 por ciento por pronto pago de las sanciones.
 - Los infractores que no paguen ni aleguen: la Administración ejecutará la sanción en el plazo de 30 días desde la comisión de la infracción. Los infractores que recurran no podrán acogerse a este descuento y seguirán el procedimiento ordinario.
 - Sustitución del domicilio físico por el electrónico (Dirección Electrónica Vial) y la notificación electrónica con efectos legales, obligatoria para las empresas titulares de vehículos y voluntaria para las personas físicas.
 - Diversas medidas para el caso de impago al final de procedimiento sancionador.
 - Se amplía de uno a cuatro años el período de exigencia de la Administración para las multas no abonadas y se dispone la responsabilidad subsidiaria del titular para las multas impagadas por el conductor.
- ✓ Prescripción y caducidad: Se reduce el periodo de prescripción de las infracciones graves y muy graves de doce a seis meses.
- ✓ Recaudación: El importe de las sanciones económicas obtenido por las sanciones se destinará íntegramente para actuaciones en materia de seguridad vial y prevención de accidentes y ayuda a las víctimas.

- ✓ Entrada en vigor: a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, salvo los artículos 9 bis.2, 59 bis, 77 y 78, que entrarán en vigor en el plazo de 1 año, y los efectos de esta Ley que sean favorables para el infractor, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE.

DICIEMBRE

- Real Decreto 1849/2009, de 4 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, que establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (BOE del 5).
 - ✓ Se modifican las Instituciones obligadas a facilitar los trabajos, para adecuar esta obligación a los términos establecidos en el Código Penal.
 - ✓ Se modifica el procedimiento de ejecución, respondiendo a los principios de celeridad y simplificación de trámites.
 - ✓ Se preservan las garantías de contradicción del penado que queda salvada con su audiencia y alegaciones y con la posibilidad de recurrir la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.
 - ✓ Se suprime el llamado segundo consentimiento del penado que ha significado una fuente relevante de atrasos y disfunciones.
 - ✓ Se introduce la posibilidad de que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad pueda cumplirse mediante la realización de talleres de actividades en materia de seguridad vial.
- Instrumento de Ratificación del Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, hecho en Nueva York el 9 de septiembre de 2002 (BOE de 7 de diciembre de 2009).
 - ✓ Reconoce expresamente los privilegios e inmunidades de la Corte en el territorio de cada Estado miembro, así como de sus Magistrados, Fiscales, Secretario, personal contratado localmente y Abogados defensores.
 - ✓ Detalla el alcance de los privilegios y facilidades reconocidos a los de Testigos y Peritos, en la medida en que sea necesario para el ejercicio independiente de sus funciones.
 - ✓ Este Acuerdo entró en vigor para España el 24 de octubre de 2009.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

ÁLVAREZ GARCÍA, J., (Dir.), *Derecho Penal Español. Parte especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho penal español. Parte general en esquemas*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 17.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, 3.^a ed., Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009.

SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal. Parte especial*, 14.^a ed., Dykinson, Madrid, 2009.

II LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

DELMAS-MARTY/PIETH/SIEBER (Dir.), *Los caminos de la armonización penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA, *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, UPV-Kutxa, 2009.

CERVELLÓ DONDERIS, V., *La medida de internamiento en el derecho penal del menor*, Tirant lo Blanch, 2009.

ESER, A., *Hacia un derecho penal mundial*, Comares, Granada, 2009.

FONSECA MORALES, G.M., *La anomalía o alteración psíquica como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal*, Dykinson, Madrid, 2009.

URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Comares, Granada, 2009.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *Privacidad del trabajador versus deberes de prevención del delito en la empresa*, Edisofer, Madrid, 2009.

AMBOS, K., *Terrorismo, tortura y derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2009.

CASTRO CUENCA, C.G., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2009.

FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., *Cuestiones de derecho penal económico*, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GUDÍN RODRÍGUEZ, F., *El estado de derecho frente a la tortura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

IGLESIAS CONDE/LAMEIRAS FERNÁNDEZ, *Violencia de género. Perspectiva jurídica y psicosocial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

LOMBARDERO EXPÓSITO, L.M., *Blanqueo de capitales: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Bosch, Barcelona, 2009.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Delitos relativos al secreto de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MENDES DE CARVALHO, G., *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Comares, Granada, 2009.

MONTERROSO CASADO, E., *Responsabilidad por accidentes de circulación*, Thomson Aranzadi, Pamplona, Aranzadi, 2009.

PÉREZ GONZÁLEZ/ESCUADERO ALDAY, *La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *Demolición por delito: el restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*, Comares, Granada, 2009.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Estudios de derecho penal económico*, Thomson-Civitas, Madrid, 2009.

V. DERECHO PENITENCIARIO

BENITO DURÁ, M., *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

VI. CRIMINOLOGÍA

CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOÁN, *Teorías criminológicas*, Bosch, Barcelona, 2009.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Comares, Granada, 2009.

GRAFE ARIAS, F., *Reformas institucionales en materia de seguridad y sistemas judiciales en la lucha contra la impunidad en Iberoamérica*, 2009.

LÁZARO GONZÁLEZ/MOLINERO MORENO (Coords.), *Adolescencia y violencia escolar y bandas juveniles: ¿qué aporta el Derecho?*, Tecnos, Madrid, 2009.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

AA.VV., *Memento procesal 2010*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, ASENCIO MELLADO y OTROS, *Esquemas procesales civiles, penales y concursales*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.

AA.VV., (LÓPEZ SIMO, F., SENÉS MOTILLA, C., VEGAS TORRES, J. coords.), *Banco de Materiales de Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch (www.tirantonline.com), Valencia, 2009.

PÉREZ MORALES, M.G., *Materiales de derecho Procesal Penal*, de Diego Marín Librero, Murcia, 2009.

II. MONOGRAFÍAS

BLANCO LOZANO, C. y TINOCO PASTRANA, A., *Prisión y resocialización*, Ed. Difusión Jurídica Temas de Actualidad, Madrid, 2009.

FUENTES SORIANO, O., *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.

GARCÍA VITORIA, A., *Actividad pericial y proceso penal. Especial consideración de la pericial caligráfica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GÓMEZ COLOMER, J.L. y ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GUERRERO PALOMARES, S., *La imparcialidad objetiva del Juez penal. Análisis jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009

MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MARCHAL ESCALONA, A., *El atestado. Seguridad vial*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

MOLINA MANSILLA, M.C., *Mecanismos de investigación policial. Entrega vigilada y agente encubierto*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.

ROBLES LLORENTE, M.A. y VEGA RAMOS, A., *Grafocopia y pericia caligráfica forense*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

TOMÉ GARCÍA, J.A., *La condena en costas en el proceso penal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

III. OTROS

AA.VV., *Realismo jurídico y experiencia procesal. Liber Amicorum a Manuel Serra Domínguez*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.

AA.VV., *Rigor doctrinal y práctica forense. Liber Amicorum a José Luis Vázquez Sotelo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009

CALAMANDREI, P., *Fe en el Derecho*, (traducción Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

MONZÓN, M., PASSOLAS, J., *Risa, humor y togas. Anécdotas de la justicia por lo Civil y lo Militar*, Ed. Guadalturnia, Sevilla, 2009.

MUÑOZ SABATÉ, L., *Curso de probática judicial*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M., *Retórica forense*, , Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

TÍTULO: TUTELA JURISDICCIONAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ASPECTOS PROCESALES, CIVILES, PENALES Y LABORALES.

*Autor: DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT (directora).
Lex Nova, Valladolid, 2009, 845 pp.*

Tutela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género. Aspectos Procesales, Civiles, Penales y Laborales es el resultado de la adaptación y actualización de las Ponencias y Comunicaciones presentadas en el Congreso, de mismo título, celebrado en las Cortes de Castilla y León en octubre de 2008⁽¹⁾. En esta obra, compuesta por veintinueve capítulos, han participado veintiocho profesionales del Derecho y operadores jurídicos cuyo objetivo principal era analizar la repercusión y eficacia, así como las posibles deficiencias y los necesarios cambios de la normativa protectora de la mujer en los casos de violencia de género, sobre todo de la Ley Orgánica 1/2004, de 22 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Y esto desde un punto de vista multidisciplinar, ya que se trata de un fenómeno que repercute en todos los aspectos de la vida de la víctima, como se ha querido poner de manifiesto en la citada Ley.

Antes de entrar a evaluar los aspectos penales, civiles, procesales y laborales de la Ley Orgánica 1/2004, REY MARTÍNEZ, en el primer capítulo de esta obra: “La Ley contra la violencia de género y la igualdad constitucional”, valora su compatibilidad, o no, con la Constitución española. El autor defiende la constitucionalidad de un “derecho penal de género” (33), aunque critica la redacción de la Ley Orgánica 1/2004, debido a la interpretación que ésta hace de la igualdad, debido a que “La Ley fue elaborada demasiado deprisa, desde presupuestos ideológicos radicales” (32).

A continuación, de la mano de MAQUEDA ABREU y SANZ MORÁN se presenta la evolución de la regulación del Derecho Penal en relación con la violencia de género. MAQUEDA ABREU analiza la evolución de la regulación de la violencia de género desde 1989 hasta nuestros días. En 1989, se aprobó la Ley Orgánica 3/1989, de actualización del Código Penal y la violencia dentro de la pareja “adquirió una dimensión pública en el Estado español” (39). Sin embargo, la reforma fracasó debido a su redacción y apenas se aplicó por los Tribunales.

SANZ MORÁN, por su parte, se encarga del capítulo tres: “Las últimas reformas del Código Penal en los delitos de violencia doméstica y de género”, en el cual estudia los problemas constantes que giran en torno a la llamada

⁽¹⁾ Esta obra se enmarca en el Proyecto de Investigación *Tutela jurisdiccional de la víctima de la violencia de género: análisis y propuestas*, DER2009-10749, del Ministerio de Ciencia e Innovación, Plan Nacional I+D, del que es investigadora principal la Directora de la obra que reseñamos.

violencia doméstica habitual a raíz de su reconocimiento con la Ley Orgánica 3/1989, y los nuevos surgidos con las sucesivas reformas de su regulación. Así, desde la aparición del delito de violencia doméstica habitual hasta nuestros días se mantienen tres cuestiones a debate, lo cual pone de manifiesto la deficiencia de la regulación: la determinación de las eventuales víctimas, la concreción del concepto “*habituabilidad*” y la relación de estos delitos con los eventuales delitos o faltas en que se concretan las acciones de violencia. Hoy, además de persistir estos problemas, destaca el autor que lejos de resolverse han surgido otros en torno al sistema sancionador, la transformación de faltas en delitos y el tránsito desde la violencia doméstica a la violencia de género.

Visto con los dos capítulos anteriores cuál ha sido la evolución de la regulación penal de la violencia de género hasta nuestros días, ACALE SÁNCHEZ y MATA Y MARTÍN nos hablan sobre la situación actual de tal regulación. ACALE SÁNCHEZ se encargará de la “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador”, capítulo del que queremos destacar la valoración acerca de la polémica medida de publicación de las listas de los maltratadores, con la cual la autora se muestra en desacuerdo por suponer, *de facto*, “la estigmatización y el aislamiento socialmente del condenado y, por lo tanto, se trataría de una medida frontalmente inconstitucional” (106). MATA Y MARTÍN, por su parte, pone de manifiesto la ampliación del concepto “*violencia*”, el cual puede ir referido a un acto físico, psicológico, sexual y, en el caso que nos ocupa, también se incluye la “*violencia económica*”. Además, MATA Y MARTÍN analiza la Ley Orgánica 1/2004, como receptora del concepto de violencia de género y los problemas que se derivan de esta nueva regulación. El ámbito penal lo cierra JAVATO MARTÍN mediante una exposición del funcionamiento práctico de la protección de la víctima, centrándose en la prohibición de acercamiento.

Tras el análisis penal de la Ley Orgánica 1/2004, se inicia el propio de la repercusión de la violencia de género en el ámbito civil, comenzando con un capítulo que hace las veces de introducción de esta materia, de la mano de GARCÍA RUBIO. Para esta autora, la Ley Orgánica 1/2004 se queda pobre a la hora de regular los aspectos civiles, si se tienen en cuenta las expectativas manifestadas en la Exposición de Motivos de la Ley, por lo que considera necesario estudiar, junto con esta norma, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica; la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; así como las Leyes autonómicas aprobadas en materia de igualdad y de violencia de género. A partir de aquí, los capítulos que siguen van desentramando las consecuencias que la denuncia de malos tratos supone, debido a que lo normal será que vaya acompañada o que se realice al poco tiempo la demanda de separación o divorcio y se deben solucionar importantes temas como la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores, la atribución de la vivienda...

y, colateralmente, surgen problemas civiles relacionados con la protección de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de los menores en caso de violencia de género. El desarrollo de estos aspectos abarca de los capítulos siete al doce.

Este bloque lo abre GUILARTE GUTIÉRREZ, evaluando las consecuencias patrimoniales a las que se enfrenta la víctima al intentar separarse del agresor. El autor ofrece una definición de violencia económica que “no tiene nada que ver con la legislación de violencia de género [...] no es debida, como en la de género, a una pauta cultural, arcaicamente cultural, derivada de un entendimiento sobre la desigualdad de la pareja que sirve de guía y quizás de justificación interna al actuar del violento” (184). GUILARTE GUTIÉRREZ habla de la violencia económica derivada de la propia normativa y, aclarado este concepto, repasa las instituciones jurídico-familiares de las que surge dicha violencia.

Un asunto muy espinoso en un proceso de separación o divorcio, y más si estamos ante un caso de violencia de género, es la atribución de la guarda y custodia de los hijos. De ello se ocupará GUILARTE MARTÍN-CALERO en “La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género”.

TORIBIOS FUENTES se encarga de desarrollar el capítulo dedicado a “La protección de datos de la víctima de violencia de género”, destacando el caso de los datos sanitarios de la víctima y la relación de los datos de ésta con los medios de comunicación. El autor analiza las dificultades que entraña compatibilizar la protección de los datos clínicos de un sujeto con la actual normativa contra la violencia de género donde se convierte en un delito público, así como la información del estado de salud del paciente a los familiares, cuando entre el agresor y la víctima aún no media separación o divorcio.

El capítulo once: “La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar”, es desarrollado por ÁLVAREZ ÁLVAREZ. La autora valora positivamente la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer debido a que permiten tomar medidas vitales en una situación de agresión de forma ágil y coordinada. Así, este Juzgado, junto con la orden de protección podrá determinar la medida de atribución del uso de la vivienda familiar, evitando de este modo que se den situaciones ridículas como que exista una orden de alejamiento pero que ambos cónyuges tengan derecho a permanecer en la misma vivienda.

Dentro de la violencia de género que se produce contra la mujer, no se debe olvidar, y no se ha hecho en esta obra, la existencia de unas víctimas colaterales: los menores. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS analiza en el capítulo doce “Los derechos a la intimidad y a la propia imagen de los menores en los casos de violencia de género”.

Visto la regulación sustantiva tanto penal como civil, esta obra continúa con el estudio del procedimiento a través del cual se materializan las normas penales y civiles descritas. A esta labor se dedican los capítulos trece al veinti-

cuatro. Comienza la regulación procesal JIMENO BULNES con: “Violencia de género: aspectos orgánicos y competenciales”. El autor muestra los cambios que la Ley 1/2004 introduce con la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los problemas competenciales que la asunción de competencias civiles y penales por un mismo Juzgado han supuesto.

A través de las aportaciones de LIBANO BERISTAIN en “Consideraciones críticas acerca de la especialización judicial en la Ley Orgánica 1/2004”, y de LAUCES GUTIÉRREZ en “Cuestiones controvertidas en torno a la competencia penal de los juzgados de violencia sobre la mujer”, se analizan las críticas que sobre la creación de los Juzgados de Violencia contra la Mujer se han manifestado, concluyendo, sin embargo, la constitucionalidad de éstos.

En la lucha contra la violencia de género es crucial la labor llevada a cabo por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. De la mano de DÍAZ SERRANO se analiza la normativa específica que rige al Cuerpo Nacional de Policía, la cual está inspirada en las directrices establecidas por la Ley Orgánica 1/2004: prevención, asistencia, protección e integración y rehabilitación.

Dentro del procedimiento judicial, para que éste llegue a término de un modo satisfactorio, también es imprescindible llevar a cabo una exhaustiva tarea de investigación de los hechos presuntamente delictivos, debido a que en numerosas ocasiones la víctima no está preparada para denunciar el maltrato o, una vez que lo hace, decide no seguir adelante. DE HOYOS SANCHO se encarga de poner de manifiesto la importancia de la tarea de obtención de pruebas, el uso de nuevas técnicas, así como de analizar los supuestos de silencio y de retractación del testimonio prestado. En esta línea, MIRANDA ESTRAMPES se encarga de la elaboración del capítulo dedicado a las “Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género” y NAVARRO VILLANUEVA, por su parte, analizará, dentro del ámbito de la prueba, “La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género”. Este autor destaca la victimización a la que se ve sometida la mujer maltratada que decide poner fin a su calvario pero que, lejos de poder olvidarlo, tiene la obligación de recordarlo una y otra vez ante distintas instancias policiales y judiciales, apuntando que sería conveniente un cambio en la toma de declaración asimilando su situación a la de los menores que han sufrido abusos sexuales. Siguiendo con el testimonio de la víctima, PELAYO LAVÍN se cuestiona en el capítulo veinte: “¿Es necesaria una reforma del artículo 416 de la LECrim. para luchar contra la violencia de género?”. Este precepto dispensa de la obligación de declarar entre parientes, lo cual puede hacer que la mujer maltratada se acoja a él para no tener que declarar contra su agresor (marido). La autora concluye que es necesaria la reforma de este precepto, aunque con algunas cautelas, y propone algunas vías que permitan continuar con el proceso a pesar de que la mujer se acoja al mencionado artículo 416 de la LECrim.

Otro elemento fundamental en la lucha contra la violencia de género es la orden de protección de la víctima. DE HOYOS SANCHO dedica el capítulo

veintiuno a ésta. La orden de protección de la víctima es una medida muy ambiciosa que puede abarcar diversas acciones, derechos y garantías pero que precisa del acompañamiento de medios materiales que la hagan efectiva, los cuales, es notorio que hoy en día no son suficientes. Si bien esta autora aborda la orden de protección, en el capítulo siguiente, ARANGÜENA FANEGO de un modo general tratará las “Medidas cautelares personales en los procesos por violencia de género: especial consideración de la prisión provisional”, cuya regulación, considera, precisa una reforma que otorgue claridad y que complete de un modo sistemático el proceso cautelar, “y un catálogo suficiente y variado de medidas que puedan en él ser adoptadas, constituyen una de las herramientas idóneas a tal fin” (615).

DEL POZO PÉREZ será la encargada de sopesar “Ventajas e inconvenientes de los juicios rápidos para la lucha contra la violencia de género”, considerando indudable lo positivo de la rapidez en la adopción de medidas, el incremento del sentimiento de seguridad que sienten los ciudadanos al darse una respuesta casi inmediata a una agresión de tal gravedad así como la mayor protección de la víctima, entre otras. Sin embargo, la autora considera que también existen importantes inconvenientes en torno a los juicios rápidos en materia de violencia de género, y es que al fin y al cabo no se consigue que las muertes disminuyan. Además de no alcanzar este objetivo, los derechos del imputado disminuyen y se potencia el Derecho Procesal Penal represivo. A modo de conclusión, DEL POZO PÉREZ considera que el principal defecto de la lucha contra la violencia de género es la falta de medios materiales, lo cual se quiere suplir con un enjuiciamiento rápido de los hechos. Existen medios para proteger a la mujer sin necesidad de un juicio rápido, pero es imprescindible el aumento de medios económicos para que éstos funcionen.

Como alternativa al procedimiento judicial, MARÍN DIZ se plantea la posibilidad de aplicar “Mediación en materia de violencia de género: análisis y argumentos”, concluyendo que hoy en día no se dan las condiciones ni el marco legal necesarios para que se pueda establecer la mediación en el ámbito de la violencia de género.

Como no podía ser de otra manera, en esta obra hay también un espacio para el análisis de las medidas que desde la Unión Europea se han puesto en marcha en relación con la violencia de género. Así, los capítulos veinticinco a veintisiete se ocuparán de esta materia. Abre el estudio de la regulación europea VIDAL FERNÁNDEZ: “Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea”. En este capítulo, sin entrar en casos de violencia de género, se expone la situación de los matrimonios denominados “mixtos” (cada uno pertenece a un Estado diferente) cuando se quieren separar o divorciar. Es importante determinar qué normativa se debe aplicar tanto para la disolución de la sociedad marital como para la determinación de la guarda y custodia de los hijos. La autora hace una especial referencia al supuesto de sustracción de menores, donde la cooperación internacional es fundamental.

Ya en el ámbito de la violencia de género, SERRANO MASIP se encargará del “Análisis del Estatuto de la Víctima de la normativa de la Unión Europea desde la perspectiva de la violencia de género”, partiendo de las Declaraciones de las Naciones Unidas sobre la mujer víctima de la violencia de género y las Resoluciones del Consejo de Europa. La autora considera que las bases de este estatuto las sentó la Declaración sobre Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder de 1985, ya que fue más allá de una mera declaración programática y analiza realmente las necesidades y los principios por los que se debe regir la Justicia. Hoy es la Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal la que ha pretendido dar cierta uniformidad al Derecho Procesal Penal de la Unión Europea.

El bloque dedicado a la Unión Europea lo cierra SAN JOSÉ GONZÁLEZ dedicando su aportación a la cooperación judicial en la Unión Europea: “Violencia de género y cooperación judicial en la Unión Europea”. Dicha cooperación se ha mostrado básica a la hora de luchar contra la violencia de género debido, sobre todo, al fenómeno de la inmigración y a la existencia de territorios transfronterizos.

Los últimos capítulos de esta obra analizan la violencia de género dentro del ámbito laboral. SEGOVIANO ASTABURUAGA tratará sobre “Incidencia en el ámbito laboral de la violencia de género”, mostrando los antecedentes en nuestro ordenamiento, así como la regulación protectora internacional y, en concreto, los aspectos que la Ley Orgánica 1/2004 ha modificado del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. La Ley Orgánica 1/2004, dedica un capítulo entero a los derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social de las mujeres víctimas de violencia de género. Por su parte, SERRANO ARGÜELLO se encargará de poner de manifiesto “Las insuficiencias en la protección a las víctimas de violencia contra las mujeres para quienes ejercen un trabajo por cuenta propia”, destacando las diferencias existentes entre una mujer víctima de violencia de género trabajadora por cuenta ajena y otra que sea autónoma.

Así se pone fin a esta obra, en la que el objetivo principal es mostrar la realidad jurídica actual de la violencia de género, con sus defectos y sus virtudes, desde un punto de vista crítico y, lo que es más importante, constructivo. Esto ha sido posible gracias a la selección de los autores que participan en la obra quienes aportan una visión teórico-práctica de la violencia de género y su regulación.

Patricia Tapia Ballesteros
Personal Docente Investigador
de Derecho Penal
de la Universidad de Valladolid