ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- El ser o no ser de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Jesús Martínez Ruiz* 11
- La tutela judicial en la Ley Gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia. *Raquel Castillejo Manzanares* 43

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 75
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 83
- **Sentencia 230/2007 (Sala 1.^a), de 5 de noviembre:** Intervenciones telefónicas 83
- **Sentencia 235/2007 (Pleno), de 7 de noviembre:** Justificación del genocidio 85
- **Sentencia 256/2007 (Sala 2.^a), de 17 de diciembre:** Condena en apelación. Prueba de indicios. Delitos contra la seguridad vial . 103
- **Sentencia 258/2007 (Pleno), de 18 de diciembre:** Derecho a la última palabra. Juicio de faltas 105
- **Sentencia 29/2008 (Sala 2.^a), de 20 de febrero:** Cómputo de la prescripción 112
- TRIBUNAL SUPREMO 127
- **Acuerdos de 27 de noviembre de 2007** 127

	Página
— Acuerdo de 29 de enero de 2008	128
— Acuerdos de 26 de febrero de 2008	128
— Sentencia 600/2007, de 11 de septiembre: Prescripción del delito continuado. Participación a título lucrativo y responsabilidad civil	129
— Sentencia 783/2007, de 1 de octubre: Prueba pericial (informes de inteligencia). Valor probatorio de las declaraciones policiales	136
— Sentencia 784/2007, de 2 de octubre: Introducción de droga en centro penitenciario	139
— Sentencia 767/2007, de 3 de octubre: Difusión de pornografía infantil y delito continuado	142
— Sentencia 782/2007, de 3 de octubre: Visionado de grabaciones	145
— Sentencia 812/2007, de 8 de octubre: Circunstancia agravante de parentesco	147
— Sentencia 817/2007, de 15 de octubre: Tentativa de violación .	148
— Sentencia 834/2007, de 22 de octubre: Condena en costas ...	150
— Sentencia 861/2007, de 24 de octubre: Tentativa inidónea punible.	152
— Sentencia 894/2007, de 31 de octubre: Entrada y registro ...	156
— Sentencia 886/2007, de 2 de noviembre: Pertenencia a banda armada	159
— Sentencia 887/2007, de 7 de noviembre: Intervenciones telefónicas	163
— Sentencia 951/2007, de 12 de noviembre: Entrada y registro. Hallazgo casual	165
— Sentencia 950/2007, de 13 de noviembre: Estafa continuada .	169
— Sentencia 924/2007, de 14 de noviembre: Entrada y registro .	175
— Sentencia 925/2007, de 15 de noviembre: Entrada y registro .	177
— Sentencia 937/2007, de 21 de noviembre: Impago de pensiones	178
— Sentencia 959/2007, de 23 de noviembre: Blanqueo de dinero	180
— Sentencia 1007/2007, de 23 de noviembre: Principio de oficialidad. Prueba	182
— Sentencia 970/2007, de 26 de noviembre: Incongruencia omisiva	184

	Página
— Sentencia 1062/2007, de 27 de noviembre: Análisis de ADN .	186
— Sentencia 922/2007, de 28 de noviembre: Impago de pensiones por quien resulta después no ser padre biológico	188
— Sentencia 960/2007, de 29 de noviembre: Conformidad y confesión	192
— Sentencia 1021/2007, de 3 de diciembre: Incendio	194
— Sentencia 1094/2007, de 27 de diciembre: Principio acusatorio. Homogeneidad entre tentativa de homicidio y amenazas	199
— Sentencia 1030/2007, de 4 de diciembre: Atentado a médico del Servicio Público de Salud	203
— Sentencia 1061/2007, de 13 de diciembre: Objeto del proceso. Congruencia	212
— Sentencia 1070/2007, de 14 de diciembre: Error de prohibición en delito de abuso sexual	216
— Sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre: Límites del ejercicio de la acción popular en el procedimiento abreviado	219
— Sentencia 11/2008, de 11 de enero: Principio acusatorio. Imposición de pena de multa no solicitada	226
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	 229
— Sentencia 2/2007, de 6 de febrero (AP Palencia): Maltrato familiar. Inclusión de las costas de la acusación particular	229
— Sentencia 676/2007, de 4 de julio (AP Barcelona): ¿Homicidio o lesiones? “Animus necandi”	230
— Sentencia 471/2007, de 6 de julio (AP Barcelona): Drogas: legalidad de la prueba de reconocimiento radiológico	232
— Sentencia 669/2007, de 12 de julio (AP Barcelona): Escuchas telefónicas: nulidad de actuaciones por no constar el testimonio del auto autorizándolas	235
— Sentencia 84/2007, de 13 de julio (AP Madrid): Prueba ilícita: escuchas telefónicas	237
— Auto 324/2007, de 13 de julio (AP Valladolid): Impago de las prestaciones: interpretación de la expresión “cualquier tipo de prestación económica”. Pago de la hipoteca	239

	Página
— Sentencia 30/2007, de 16 de julio (AP Murcia): Introducción en el juicio oral, como prueba de cargo, de declaraciones prestadas en el sumario	242
— Sentencia 465/2007, de 23 de julio (AP Alicante): Delitos relativos a la prostitución: ciudadanas búlgaras	244
— Sentencia 537/2007, de 23 de julio (AP Barcelona): Imprudencia laboral con resultado de muerte: examen de la figura	246
— Sentencia 289/2007, de 24 de julio (AP Madrid): Incumplimiento del régimen de visitas	248
— Sentencia 323/2007, de 24 de julio (AP Madrid): Tentativa de homicidio: arrepentimiento espontáneo	250
— Sentencia 381/2007, de 25 de julio (AP Madrid): Asociación ilícita: ñetas	252
— Sentencia 871/2007, de 31 de julio (AP Madrid): Quebrantamiento de medida de alejamiento: error de prohibición	254
— Sentencia 120/2007, de 1 de agosto (AP Orense): Dar dos azotes a su hija. Maltrato familiar	257
— Sentencia 291/2007, de 3 de septiembre (AP Barcelona): Sobre la aplicación de la continuidad delictiva al delito fiscal	259
— Sentencia 384/2007, de 20 de septiembre (AP Castellón): Violencia en el ámbito familiar: sobre la necesidad de que dé una situación de discriminación	264
— Sentencia 680/2007, de 27 de septiembre (AP Barcelona): Responsabilidad patrimonial del propietario del vehículo por culpa “in vigilando”	270
— Sentencia 430/2007, de 23 de octubre (AP La Coruña): Medida de alejamiento y posterior reconciliación. Absolución por el quebrantamiento de medida cautelar	271
— Sentencia 704/2007, de 29 de octubre (AP Barcelona): Delitos contra la Hacienda Pública: idoneidad del informe de las funciones del fisco como prueba de cargo	272
— Sentencia 350/2007, de 7 de noviembre (AP Lérida): Prevaricación: Subdelegado del Gobierno que otorga exenciones de visado a extranjeros	274
— Sentencia 400/2007, de 7 de noviembre (AP Madrid): Denegación de emisión de auto de cuantía máxima	275

	Página
— Sentencia 642/2007, de 7 de noviembre (AP Gerona): Absolución por negativa a someterse a prueba de alcoholemia	276
— Sentencia 495/2007, de 8 de noviembre (AP Madrid): Absolución en alcoholemia por caducidad de la validación del etilómetro .	277
— Sentencia 810/2007, de 19 de noviembre (AP Barcelona): La copia defectuosa de la grabación de un juicio no determina su nulidad	278

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

— Instrucción 2/2008, de 10 de marzo, sobre las funciones del fiscal en la fase de instrucción	283
--	-----

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Crónica Legislativa	295
---------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal	299
— Derecho Procesal Penal	301

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL SER O NO SER DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

JESÚS MARTÍNEZ RUIZ

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho penal de la Universidad de Granada

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.
 - II. CONSIDERACIONES CRÍTICAS AL VIGENTE ARTÍCULO 31.2 DEL CP.
 - III. LAS DENOMINADAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS ACCESORIAS DEL VIGENTE ARTÍCULO 129 DEL CP.
 1. **Análisis de las características generales predicables de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del CP.**
 2. **El enigma de su naturaleza jurídica.**
-

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La entrada en vigor del Código Penal de 1995 supuso, sin duda, un verdadero paso adelante en lo que afecta a la problemática, aún irresuelta en el plano doctrinal, de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y, por tanto, de la derogación del viejo principio *societas delinquere non potest*⁽¹⁾.

⁽¹⁾ De esta opinión: BAJO, M. y BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 145 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.C., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2000, págs. 191 y ss.; PERIS RIERA, J.M. y PLÀ NAVARRO, C., “Artículo 129”, en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios al Código Penal*, T. IV, Edersa, Madrid, 1999, págs. 1010 y ss.; FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Artículo 129”, en COBO DEL ROSAL, M.: *Comentarios...*, op. cit., págs. 1026 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Artículo 129”, en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios...*, op. cit., págs. 1048 y ss.

En este sentido, puede afirmarse que con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Texto punitivo, existía un sólido acuerdo doctrinal⁽²⁾ en torno a la *irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas*, las cuales quedaban relegadas a sufrir exclusivamente la responsabilidad civil subsidiaria o, en su caso, directa, derivada de los delitos perpetrados por las personas físicas que actuaban a su amparo.

Un giro en el *status questionis* se produjo, ciertamente, en el año 1995, cuando el legislador adoptó la decisión político-criminal de introducir, con carácter general, en su Libro I, Título VI, el **artículo 129**, rubricado con el ecléctico *nomen iuris* de “De las consecuencias accesorias”, precepto encaminado a contrarrestar los efectos del principio *societas delinquere non potest*⁽³⁾, el cual, nos guste o no, mantiene al día de la fecha⁽⁴⁾ todo su esplendor en nuestro Ordenamiento jurídico-penal, precepto que, además, si bien ciertamente ha servido para avivar la discusión doctrinal sobre la conveniencia o no del

(2) Vid, MIR PUIG, S., “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *RECPC*, n.º 6 (2004), pág. 1.

(3) En sentido contrario, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el art. 129 del Código Penal)”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coordinadores), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 885 y ss. En opinión de este autor, “es lícito concluir que el CP español de 1995 ha derogado la fórmula tradicional *societas delinquere non potest* y ha consagrado justamente la contraria (*societas delinquere potest*)”. En la misma línea, vid. BACIGALUPO, S.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 286. De la misma autora: “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995”, en BACIGALUPO, E. (Director), *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 72. Recientemente, vid. CUADRADO RUIZ, M.ª A. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 12, 2007, págs. 121 y ss.

(4) Para un pronóstico de futuro, vid. ROXIN, C., *Dogmática penal y política criminal*. Trad., por Abanto Vázquez, M., Idemsa, Perú, 1998, págs. 440 y ss. A juicio de este autor, “en el futuro las sanciones a los entes colectivos jugarán un gran papel”. Ello, en el convencimiento de que las formas sociales dañosas de la criminalidad económica, y también ambiental, “tienen su origen en empresas grandes y poderosas” y, sobre todo, porque “estas sanciones, cuya elaboración jurídica está todavía en sus inicios, no requieren de una acción y una culpabilidad humana, sino de una acción y una culpabilidad de la propia persona jurídica distintas a aquéllas, por lo que resulta necesario elaborar para las personas jurídicas unas reglas especiales de imputación”.

mantenimiento de la irresponsabilidad penal de la personas jurídicas, en la praxis judicial ha pasado, por decirlo en términos expresivos, “de puntillas”⁽⁵⁾.

Con la cobertura normativa que confiere el mencionado precepto del Texto punitivo, el Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en el Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) *la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.* b) *la disolución de la sociedad, asociación o fundación;* c) *la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años;* d) *la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, y,* e) *la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.*

Un nuevo paso o, si se prefiere, un genuino traspiés, dio el legislador en la **LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal**, texto que viene a incorporar *ex novo*, un **apartado 2 al artículo 31 del texto punitivo**. De momento, nos interesa llamar la atención en torno a los grandilocuentes términos empleados sobre el tema que nos ocupa en su **Exposición de Motivos**; a saber: Se aborda —nos afirma nuestro Legislador— “la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria”.

Finalmente, para cerrar este apartado de consideraciones generales, no podemos silenciar que, aunque a decir del Legislador penal de la LO 15/2003, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya era problema “resuelto”, no obstante, ese mismo Legislador, vuelve a sorprendernos, ahora, con el

(5) Para una visión exhaustiva en torno a la aplicación judicial del artículo 129 del texto punitivo, vid. MIRÓ LLINARES, F., “Reflexión sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del Código penal. (Al hilo de su décimo aniversario y de su escasa aplicación jurisprudencial)”, SOLER PASCUAL, L.A. (Director), *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro*, CGPJ, Madrid, 2007, págs. 189 y ss. También, SILVA SÁNCHEZ, J.M.³, “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, en *INDRET*, n.º 342, 2006, págs. 1 y ss. Un amplio y detallado estudio doctrinal en torno a las consecuencias jurídicas accesorias, vid. DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, aprobado por la Mesa de la Cámara del Congreso de los Diputados el 15 de enero de 2007 (BOCG, de 15 de enero de 2007 n.º 119-1) ⁽⁶⁾.

Tampoco la Exposición de Motivos de este Proyecto de Ley —cuya andadura parlamentaria ha quedado frustrada, al menos de momento— tiene cortas miras; así, tras reconocer que “la reforma incide en el importante problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, reconoce que “su regulación penal encierra importantes dificultades generadas, por el que hasta ahora pareciera infranqueable principio *societas delinquere non potest*”.

Prosigue este Prelegislador reconociendo que “en este delicado problema convergen, además, unas dificultades de carácter técnico o dogmático, que se enfrentan a una palpable necesidad político-criminal”, por lo que, para no tirar piedras sobre el propio tejado, si se nos permite la expresión, “se ha excluido del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los partidos políticos y a los sindicatos”.

En consecuencia, se alude en este mismo Preámbulo a “la introducción de una nueva especie de responsabilidad que, había que dotarla, como es lógico, de especiales garantías”, “descartando la posibilidad genérica de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas en cualquier clase de delito, en favor de un sistema de incriminación específica, indicándose una serie de figuras delictivas que se admite la eventual comisión por una persona jurídica”.

Finalmente, la Exposición de Motivos concluye con una aclaración: “Muy claro ha de quedar entendido que esa responsabilidad no pretende, ni puede sustituir, ocultar o empañar o diluir la de las personas físicas. El sistema que se presenta tiene unas características marcadas, cuya primera condición es no reducir la responsabilidad de la persona jurídica a simple pagadora de la multa impuesta a los administradores, respuesta llena de dificultades procesales que venía dando el párrafo segundo del artículo 31, que por eso se suprime. La responsabilidad de las personas jurídicas se concibe como propia aunque nacida de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que las gobiernen o por quienes, estando sometidos a la autoridad de esas personas físicas realicen los hechos porque así se les indique o por no haber ejercido sobre ellos el debido control. Por tanto, la fuerza del factor humano en la configuración de la imputación del hecho a la persona jurídica permite, además, vencer adecuadamente la objeción referente a su llamada

⁽⁶⁾ Proyecto de Ley que, no obstante, y por los avatares propios de la Legislatura, ha sido declarado caducado, con fecha 15 de enero de 2008.

incapacidad de culpabilidad o de conducta dolosa o imprudente, pues esas dimensiones personales y subjetivas continúan residenciadas en la persona física”.

Éstas son las razones, las justificaciones más sobresalientes empleadas por el Prelegislador, y la regulación que nos propone, en síntesis, gira en torno a los siguientes aspectos:

1.º En primer lugar, la derogación expresa del **apartado 2 del artículo 31 del CP** vigente que, recordemos, estaba llamado a resolver “**la responsabilidad penal de las personas jurídicas**”, a decir del Legislador penal.

2.º La incorporación de un **nuevo artículo 31 bis** en el Código Penal, precepto que vendría a tener el siguiente tenor:

“En los supuestos previstos en este Código Penal, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, **por cuenta o en provecho de las mismas**, por las **personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad**, bien para **tomar decisiones en su nombre**, bien **para controlar el funcionamiento de la sociedad**. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también responsables de los delitos cometidos, **en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta o provecho de las mismas**, por quienes, **estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control**.

- 2.º La responsabilidad de las personas jurídicas **no excluirá la de las personas físicas** a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas. Cuando como consecuencia de **los mismos hechos** se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o Tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.
- 3.º La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal o de circunstancias que la atenúen o agraven no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.
- 4.º Serán **circunstancias atenuantes** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:
- Haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
 - Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran decisivas para declarar su responsabilidad.

- c) Haber reparado o disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral el daño ocasionado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, normas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medio o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5.º Las disposiciones relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas se aplicarán a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades.”

3.º Imprescindible es igualmente citar el contenido del proyectado nuevo **artículo 33. 7 del CP**, que se encarga de regular el catálogo de **penas** aplicables a las personas jurídicas, con el siguiente tenor:

Art. 33. 7. “Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o de llevar cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuera temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que estime necesario que no podrá exceder de cinco años.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, las suspensiones de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.”

4.º El Proyecto de Código Penal, además de este nuevo artículo 33.7, mantiene la previsión de las consecuencias jurídicas accesorias en el artículo 129 del Texto punitivo, con ligeras variaciones a la realidad normativa hoy vigente.

Aunque nos gustaría dedicar más tiempo a esta nueva “ocurrencia” de nuestro Prelegislador, concluiremos estas referencias generales, colacionando de las interesantes reflexiones contenidas sobre esta cuestión en el **Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica** referenciado, elaborado por el **Pleno del CGPJ en fecha 27 de octubre de 2006, al menos, su conclusión final:**

“El Consejo considera que el virtual efecto contaminante de estos cuerpos extraños, en cuanto puede desembocar en un retroceso de las garantías del Derecho penal, hace aconsejable que toda esta materia, en gran parte novedosa, polémica doctrinalmente, no asentada en las legislaciones de nuestro entorno y necesitada de un tratamiento integral acerca de todas las materias a las que ha dedicado su atención la dogmática penal, se plasme, de considerarse preciso, en una Ley especial independiente del Código Penal, como sucede en Alemania e Italia, que recoja lo que se ha dado en llamar ‘Derecho penal accesorio de personas jurídicas’ —como sucede, *mutatis mutandis*, con el Derecho penal de menores—, sin que sea necesario revisar a fondo las categorías dogmáticas de acción y culpabilidad ni reformular la teoría de la pena; bastaría con que la relación de la persona jurídica con el hecho delictivo legitime la pena en virtud de categorías particulares aplicables a la persona jurídica.”

II. CONSIDERACIONES CRÍTICAS AL VIGENTE ARTÍCULO 31.2 DEL CP

Una vez expuesto el ámbito de la presente reflexión, con independencia de otras cuestiones a las que ulteriormente nos referiremos, quisiéramos subrayar ya que la **LO 15/2003**, al adicionar el **apartado 2 del artículo 31 del CP**, a pesar de lo que dijera el Legislador en la Exposición de Motivos, ni derogó el principio *societas delinquere non potest*, ni lo abordó, ni lo resolvió, por más que entrase en vigor tal precepto el 1 de octubre de 2004.

Antes al contrario, como ha tenido ocasión de indicar MIR PUIG ⁽⁷⁾, introdujo en nuestro Ordenamiento punitivo, una “extraña fórmula que recuerda las modalidades de responsabilidad solidaria y directa que en materia de responsabilidad civil derivada del delito se prevén para los distintos autores o cómplices y para los aseguradores del daño”; una cláusula que, en cambio, “carece de precedentes en el campo de la responsabilidad penal”, cláusula que, como ha afirmado DE LA FUENTE HONRUBIA ⁽⁸⁾, con palabras a las que no podemos por menos que adherirnos, es “absolutamente criticable”, por

⁽⁷⁾ Vid, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2004, pág. 201.

⁽⁸⁾ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias jurídicas accesorias del artículo 129...*, op. cit., págs. 70 y ss.

cuanto el Legislador digamos penal, “confunde las reglas de la responsabilidad civil con las de la responsabilidad criminal”.

No menos tajante ha sido CHOCLÁN MONTALVO⁽⁹⁾ quien, en palabras que no podemos sino suscribir, declara que “la imposición de una pena de multa a la persona jurídica por la actuación de su administrador —de hecho o de derecho—, se presenta como una responsabilidad por hecho ajeno, poco compatible con el principio jurídico penal de culpabilidad y, sobre todo, respecto del principio de personalidad de las penas, axiomático en nuestra disciplina”. Parecidos, más no menos rotundos, son los términos empleados por BAJO⁽¹⁰⁾, quien postula abiertamente que “la regla del art. 31.2 no es más que una modalidad de responsabilidad civil o el aseguramiento de una deuda de Derecho público”, concluyendo que, “no existe, pues, en Derecho penal español responsabilidad colectiva”.

En la lucha por encontrar la naturaleza jurídica de esta extraña disposición, por lo demás, afectada de una muerte anunciada por el propio Proyecto de reforma del CP, merece la pena subrayar el esfuerzo exegético realizado por SILVA SÁNCHEZ e ÍÑIGO DE URBINA⁽¹¹⁾, quienes sin perjuicio de tildar este precepto como “un entuerto causado por la pobre labor legislativa”, y de reconocer a las claras que la voluntad del legislador ha sido la de establecer un “régimen de responsabilidad objetiva con el fin de asegurar el cobro de la pena de multa”, en realidad, postulan estos autores que nos encontramos ante una medida de **“aseguramiento de una deuda de Derecho público que trae causa de una sanción penal”**, en cuya aplicación en la praxis, cabe exigir cuando menos que:

1.º No pueda concebirse este artículo 31.2 del CP como una **responsabilidad objetiva de la persona jurídica**, por los argumentos inferibles al menos de la STC 146/1994, de 12 de mayo⁽¹²⁾. Consecuentemente, su aplica-

(9) CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “La responsabilidad de la persona jurídica y de los administradores por la actuación en su nombre”, en SOLER PASCUAL, L.A.: *Responsabilidad de las personas jurídicas...*, op. cit., pág. 45.

(10) BAJO FERNÁNDEZ, M., “La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro”, en *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI. Liber amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González Cuéllar García*, Colex, 2006, pág. 70.

(11) Vid, ampliamente: SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª y ORTIZ DE URBINA, Í., “El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad de las personas jurídicas o mero aseguramiento de la pena de multa?”, en *INDRET*, n.º 343, 2006.

(12) Parecidos argumentos pueden encontrarse en la STC 76/1990, de 24 de abril.

ción deberá conllevar la cumplida acreditación de un mínimo de negligencia, al menos, respecto de la propia persona jurídica, salvo que queramos vulnerar abiertamente el **principio de personalidad de las penas**⁽¹³⁾ y el **principio de culpabilidad**.

2.º Siendo como es la responsabilidad de la persona jurídica una **responsabilidad por un hecho ajeno**, ha de admitirse en todo caso la posibilidad de una **acción de repetición civil de la persona jurídica frente al condenado**, a fin de evitar un enriquecimiento injusto de la persona física penalmente condenada.

3.º Pero por encima de su discutible naturaleza y de sus eventuales requisitos para su aplicación, nos interesa sobremanera llamar la atención a que la torpeza del legislador llega a tales extremos con este artículo 31.2 del CP que, en realidad, y de forma indiscutible, dada su ubicación sistemática, **tan sólo resultará aplicable cuando devenga igualmente aplicable el artículo 31.1 del CP**; en consecuencia, tal y como reconoce expresamente la **Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2004, su ámbito de aplicación** queda circunscrito tan sólo a los **delitos especiales**⁽¹⁴⁾, esto es, delitos en los que al exigirse una especial condición objetiva de la autoría (por ejemplo: el delito tributario), dicha condición recaiga sobre la persona jurídica y no en el administrador de derecho o de hecho o en el representante legal o voluntario de la persona que materialmente ejecuta la acción típica. Y, si se nos permite la expresión, *¡para tan corto viaje, no hacían falta tantas alforjas!*

(13) En esta misma línea, vid. DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias jurídicas accesorias...*, op. cit., pág. 71.

(14) En ese sentido, vid. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “La responsabilidad...”, op. cit., pág. 45. SILVA SÁNCHEZ, J.M.º; ORTIZ DE URBINA, Í.: “El art. 31.2 del Código...”, op. cit., págs. 4 y ss. Circular 2/2004, de la Fiscalía General del Estado. FERNÁNDEZ TERUELO, G.J., “¿Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del art. 31 del Código penal derivado de la reforma 15/2003)”, en *Revista de Derecho y proceso penal*, n.º 13, págs. 33 y ss. También, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. —(Director)— PÉREZ ALONSO, E.J. (coordinador), *Derecho penal*, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 959. Hasta este último autor citado, uno de los grandes convencidos del principio *societas delinquere potest*, no puede sino reconocer expresamente que “la aplicación del artículo 31.2 exige como *príus* lógico, y de ahí la expresión ‘en estos supuestos’, la previa aplicación del n.º 1 del mismo precepto”.

III. LAS DENOMINADAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS ACCESORIAS DEL VIGENTE ARTÍCULO 129 DEL CP

Respecto de las consecuencias jurídicas accesorias aplicables de *lege lata* a las personas jurídicas se ha discutido todo o, al menos, casi todo. Obviamente ha sido objeto de polémica, aparte del eterno debate en el que se encuentra inmersa su **propia naturaleza jurídica**, la cuestión esencial de **determinar respecto a qué sean accesorias**.

Sobre este particular, un sector doctrinal encabezado por ZUGALDÍA ESPINAR⁽¹⁵⁾, se ha decantado por defender que su accesoriedad debe entenderse “*en el sentido de la participación criminal*”, bastando, en consecuencia, **una acción u omisión típica y antijurídica** —accesoriedad media o limitada—, sin que sea necesaria la culpabilidad y la imposición de una concreta pena al sujeto o sujetos activos del delito.

(15) En este sentido, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Las penas previstas en el artículo 129 del CP para las Personas Jurídicas”, *Poder Judicial*, n.º 46, 1997, pág. 342. Del mismo: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...”, op. cit., pág. 15. También, BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit., pág. 308. Efectivamente, esta última autora, sumándose a la postura del autor anteriormente citado, mantiene que se puede imponer una consecuencia accesoria a una persona jurídica “si el órgano actuante actúa de forma ilícita pero no culpable, siempre que la persona jurídica haya actuado al menos de forma culpable”. De la misma: “Las consecuencias accesorias aplicables...”, op. cit., págs. 65 y ss. Asimismo, MAPELLI CAFFARENA, B., “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, *Revista Penal*, n.º 1, 1997, pág. 53. Igualmente, GRACIA MARTÍN, L.; BOLDOVA PASAMAR, M.A.; ALASTUEY DOBÓN, M.ª C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 462. Si bien es cierto que la naturaleza afirmada por estos autores respecto de las referidas consecuencias accesorias es diversa al resto de los autores anteriormente citados, sí coinciden a la hora de no exigir la imposición de una pena al sujeto activo individual para su adopción, afirmando inclusive que tal exigencia “sería contraria al fundamento de tales medidas”, el cual debe ser ajeno a la culpabilidad y a la peligrosidad criminal del autor individual del hecho. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Comentario al artículo 129 CP”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dirección); ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. (Jurisprudencia e índices), *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1997, pág. 1563.

Otros autores⁽¹⁶⁾, por el contrario, las consideran como consecuencias “**accesorias de las penas**”, exigiendo consecuentemente la imposición de una pena al sujeto activo del delito.

Ahora bien, siendo cierto que esta última postura cuenta a su favor con el apoyo del elemento gramatical de interpretación extraíble, no tanto directamente de la cláusula general del artículo 129, como de los concretos tipos de la Parte Especial en los que su adopción se prevé —así, en lo que afecta, por ejemplo al ya citado artículo 294 del CP, resulta meridianamente clara tal accesoriadad respecto de la pena, por cuanto literalmente indica el precepto que “además de las penas (...) podrá adoptar algunas de las medidas (...)”—, bajo ningún concepto podemos dejar de subrayar con especial énfasis que, **desde una perspectiva político-criminal**, resultaría más racional no exigir para su adopción tal *relación de accesoriadad respecto de una pena impuesta a un concreto sujeto activo individual*, permitiéndose por el contrario su imposición en aquellas hipótesis en las que, tal y como ha tenido ocasión de subrayar certeramente SILVA SÁNCHEZ⁽¹⁷⁾, podrían resultar desde una perspectiva preventiva, más necesarias; concretamente, nos referimos a *aquellos casos en los que pudiendo constatare la comisión de un delito en el ámbito de la empresa, no obstante no*

(16) De esta opinión: LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, T. I, Universitas, Madrid, 1996, pág. 293. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 233. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Ideas generales sobre la responsabilidad penal del empresario. Consecuencias accesorias para la empresa”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I.; FONTÁN, M.; RODRÍGUEZ, J.L., *El nuevo Código Penal y su aplicación a las empresas y profesionales. Manual teórico práctico (I)*. T. 21, Recoletos cía., Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, Coopers & Lybrand, Madrid, 1996, pág. 48. SILVA SÁNCHEZ, J.M.³, “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, en *Fundamentos de un sistema del Derecho Penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 363. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 330. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.³, *Los delitos societarios*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 93. GUINARTE CABADA, G., “Artículo 129”, en VIVES ANTÓN, T.S. (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 665. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.C., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 212.

(17) SILVA SÁNCHEZ, J. M.³, “Responsabilidad penal de las empresas...”, op. cit., pág. 363. Asimismo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, op. cit., pág. 233. También, BAJO FERNÁNDEZ, M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo español”, en MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D.-M. (coordinadores), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 31.

puedan determinarse, “por problemas de imputación o probatorios”⁽¹⁸⁾, los concretos responsables del mismo.

Tal y como hemos defendido en otro lugar⁽¹⁹⁾ con ocasión del análisis de la paralela problemática del régimen de *corresponsabilidad administrativa entre personas jurídicas y administradores*, contemplado en toda la legislación administrativa aplicable en los mercados financieros (LDIEC, LMV, LOSSP, LIIC, LPFP etc.), una concepción como la expuesta se nos revela como la más respetuosa con todo el conjunto de garantías que no debieran ser minoradas en la argumentación jurídica, máxime cuando nos tememos que los intentos por aplicar el **principio de culpabilidad a las personas jurídicas** en general, resulta una falacia conceptual, lo cual nos obliga a inclinarnos por fundamentar su responsabilidad en simples necesidades preventivas⁽²⁰⁾, para evitar así la degeneración del referido principio con argumentaciones como la sustentada por

(18) En este sentido, BACIGALUPO SAGGESE, S.: *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit. pág. 367. Esta autora, perfecta conocedora de la problemática que rodea a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sostiene que sea cual sea el sistema elegido, la imposición de una sanción a las personas jurídicas “debe permitir establecer un equilibrio a fin de que las personas jurídicas, que sólo pueden actuar por medio de sus órganos o personas competentes, se vean beneficiadas de las ventajas producidas por la comisión de un delito y, a su vez, evitar —ante la falta de posibilidad de imputación del hecho— que no sufran ninguna consecuencia perjudicial que debería tener lugar por no respetar el ordenamiento jurídico, quedando el hecho delictivo impune por falta de determinación de un autor individual concreto”. También, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.C., *Bases para un modelo de imputación...*, op. cit., pág. 212. Pocas dudas ofrecen las afirmaciones de esta última monografista, cuando baticina que “el alcance efectivo de la regulación es bastante limitado, pues precisamente no se puede aplicar cuando más se necesita, cuando no se ha logrado individualizar a los autores del delito”. En la misma línea, vid: PANTOJA FERNÁNDEZ, P., “Artículo 129”, op. cit., pág. 1033; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coordinadores), *El nuevo Derecho penal...*, op. cit., pág. 277.

(19) Vid. MARTÍNEZ RUIZ, J.: *La protección jurídico-penal de las potestades de supervisión e inspección de los mercados financieros. El artículo 294 del Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 73 y ss.

(20) De esta opinión, vid. BAJO FERNÁNDEZ, M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, op. cit., pág. 31.

TIEDEMANN⁽²¹⁾, a través de su “**culpabilidad por defecto de organización**” —*Organisationsverschulden oder Organisationsfehler*—, o, en la **simple necesidad de imponer una pena por exigencia del “restablecimiento de la vigencia de la norma”**, en la línea postulada por BACIGALUPO SAGGESE⁽²²⁾.

Sería, por tanto, una opción de política criminal, limitada a un catálogo cerrado de infracciones penales, en favor de la denominada **autoresponsabilidad de la persona jurídica**⁽²³⁾, situado frente al modelo imperante de **heteroresponsabilidad criminal de la persona jurídica**; modelo cuyo mayor costo se encuentra, en lo que alcanzamos a ver, en dinamitar tanto el **principio de**

(21) TIEDEMANN, K., “Die Behebung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, en *NJW*, 1988, págs. 1174 y ss. En sentido análogo, BRENDER, M., *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Recht-Wirtschaft-Gesellschaft-Recht 25, Freiburg/Berlin, 1989, págs. 110 y ss. Este último autor, asumiendo en esencia la concepción de TIEDEMANN, pretende fundamentar que la culpabilidad por defecto de organización no se trata de una culpabilidad por el hecho ajeno, esto es, de los administradores o personas físicas que actúan por la persona jurídica, sino que nos encontramos frente a una culpabilidad de la propia persona jurídica. Según esta concepción, el fundamento de la imputación a la persona jurídica, se encontraría en aquellos hechos delictivos cometidos por los órganos o representantes de aquélla, que sirven de referencia para determinar una “organización deficiente” y, en consecuencia, la propia culpabilidad de la persona jurídica. En sentido análogo, HIRSCH, H.J., “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”, en *ADPCP*, 1993, pág. 1112. También este último autor considera que en el caso de las asociaciones se da más bien un fenómeno paralelo al de la culpabilidad individual, la “culpabilidad de la asociación”, que a su juicio “es suficiente para el concepto de culpabilidad penal”. En sentido crítico, vid. GRACIA MARTÍN, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *AP*, n.º 39, 1993, págs. 601 y ss. También, ACHENBACH, H., “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª; SCHÜNEMANN, B.; DE FIGUEREIDO DÍAS, J., *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal...*, op. cit. pág. 405.

(22) BACIGALUPO SAGGESE, S.: *La responsabilidad de las personas...*, op. cit., pág. 398.

(23) En este orden de ideas, vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., “La vedada responsabilidad...”, op. cit., págs. 73 y ss. GÓMEZ JARA DÍEZ, C., “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad de las personas jurídicas”, en *RECPC*, n.º 8, 2006. Del mismo: *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 95 y ss.

personalidad de las penas, como el propio **principio de culpabilidad** ⁽²⁴⁾ como, en no menor medida, el **principio non bis in idem**, al exigir siempre y en todo caso un “**hecho de conexión**”, del género “actuaciones en la esfera de la persona jurídica”, “actuaciones en nombre e interés de la persona jurídica”, en virtud del cual imputar ese hecho cometido por la persona física o, si se prefiere, ese hecho ajeno, a la persona jurídica.

Con todo, no quisiéramos que cayese en el olvido que si bien estaríamos dispuestos a aceptar tal conclusión respecto a la **responsabilidad de la persona jurídica**, correlativamente, propugnamos la conveniencia o, incluso, la necesidad de que *cuando se acredite la habilitación en el seno de una de ellas de un sistema razonablemente efectivo, tendente a evitar la infracción de bienes jurídicos en el desarrollo de su actividad*, ésta puede **quedar exenta de responsabilidad** ⁽²⁵⁾, lo que acontecería, principalmente, en aquellas situaciones en las

(24) Merece la pena colacionar sobre este extremo, la reflexión contenida en el Informe del CGPJ de fecha 27 de octubre de 2006, cuando se advierte que “este modelo simple de imputación, como es que la imputación de una acción ajena no es una acción propia de la persona colectiva y la imputación de la culpabilidad ajena tampoco es culpabilidad propia de la persona colectiva; en otras palabras: la culpabilidad de la persona jurídica, al igual que sucede ya con su acción, sigue siendo también una ficción, ya que la organización defectuosa que fundamentaría su imputación no es creación de la propia persona colectiva, sino de quienes la dirigen o gestionan”.

(25) En este sentido, NIETO MARTÍN, A., *Fraudes Comunitarios. Derecho Penal Económico Europeo*, Praxis, Barcelona, 1996, pág. 209. Mantiene este autor, perfecto conocedor de los problemas que estamos abordando, “que el camino correcto estriba en admitir la falta de culpabilidad de la persona jurídica, en aquellos supuestos en los que se demuestre que la empresa ha puesto toda la diligencia necesaria para que no se cometan ilícitos en su interior”. Ahora bien, quisiéramos poner de manifiesto, que este mismo autor, en una publicación ulterior (*El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona, 1996, pág. 143), parece haber variado de opinión, pronunciándose, ahora, en los siguientes términos: “Esta forma de fundamentar el principio de culpabilidad de las personas jurídicas se corresponde, a lo que TIEDEMANN ha denominado ‘culpabilidad de organización’. Este tipo de responsabilidad requiere lo que BRENDER denomina un ‘tipo de contacto’, es decir un hecho ilícito cometido por una persona física. Ambas infracciones están además separadas en el tiempo, ya que el reproche que se le formula a la persona jurídica deriva de una conducta anterior —la falta de organización— a la comisión de la infracción por parte de la persona natural. (...) Basta, por tanto, con constatar una falta de organización, que tenga como fin impedir el tipo de ilícito que se ha cometido, para que pueda entenderse cometido el tipo sancionador que afecta a la persona jurídica. Esta fundamentación, que necesita aún ser perfilada en muchos aspectos, sirve coherentemente para explicar no sólo la existencia de un reproche autónomo a la persona jurídica, sino también para salvar la objeción referente a la violación del principio *non bis in idem*”.

que existieran **personas físicas con cargos de administración o dirección en la entidad** ⁽²⁶⁾ que, por su intervención en los hechos constitutivos de infracción penal, pudieran ser reputados como sus **autores**. En esta última situación, la imputación de la responsabilidad a la persona jurídica debiera ceder respecto a la de los órganos de representación, ya que, en caso contrario, el ente societario **nunca podrá desvirtuar la imputación objetiva de responsabilidad por el hecho necesariamente ajeno** que la ley lleva a cabo, infringiéndose respecto a ella, no ya sólo el **principio de culpabilidad**, inexistente para las personas jurídicas, sino el **principio non bis in idem** ⁽²⁷⁾.

Por el contrario, cuando la lesión de bienes jurídicos producida en el curso de la actividad de la empresa **no fuese directamente imputable a los referidos cargos de administración o dirección**, entendemos que resultaría admisible la imputación directa a la persona jurídica, pero, no porque ésta hubiese demostrado una capacidad de culpabilidad, sino por estrictos motivos de necesidad de defensa de tales bienes jurídicos o, si se prefiere, por la necesidad de restablecer “la vigencia de la norma” ⁽²⁸⁾.

En consecuencia, de cuanto antecede hasta el momento puede inferirse que en una perspectiva de *lege ferenda*, y para concretas figuras delictivas, bajo nuestro personal punto de vista, podría ser ausplicable que el legislador penal acometiera con valentía el apasionante reto de dar un salto cualitativo en el seno de nuestra política criminal; salto cualitativo que supondría un verdadero cambio de paradigma, sin duda necesitado de ulteriores fundamentaciones que ex-

(26) Cfr. artículo 1.4 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

(27) Vid, en sentido análogo, SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, “El Derecho penal bancario en España”, en *AP*, n.º 48, 1995, pág. 915. Participamos íntegramente en la opinión de este último autor, que, comentando la problemática expuesta, ha mantenido que “fundamentar la doble sanción indicando que sólo cabrá en el caso de que tanto la entidad como la persona física hayan faltado a su deber, no deja de ser un eufemismo, pues la única forma que tiene la entidad de faltar a su deber es, precisamente, la conducta contraria a deber de sus directivos o administradores”. De otra opinión, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.C., *Bases para un modelo de imputación...*, op. cit., pág. 226. En el sentido del texto, vid. Informe del CGPJ, de fecha 27 de octubre de 2006 (pág. 27). Aun refiriéndose al denostado artículo 31.2 del CP, advierte el Consejo que con la posibilidad de considerar la multa irrogada a la persona física a la hora de concretar la imponible a la persona jurídica, “con esto se pretende evitar, más que la desproporción entre la pena y la gravedad del hecho, la posibilidad de incurrir en el *bis in idem*”.

(28) BACIGALUPO SAGGESE, S.: *La responsabilidad de las personas...*, op. cit., pág. 398.

ceden el marco del presente trabajo, introduciendo **la responsabilidad penal directa y exclusiva de las personas jurídicas**, respondiendo así, en buena medida, a las modificaciones, si se prefiere a la expansión⁽²⁹⁾, que a nivel de intereses jurídico-penales ha impuesto el legislador en todo ese sector que tiene a bien denominarse “Derecho Penal moderno”.

En una perspectiva tal, vendría a modificarse el tradicional *paradigma de corte antropocéntrico*, aventurándose el legislador en la protección penal de los nuevos intereses supraindividuales, generales, difusos o de nueva generación, bienes jurídicos de amplio espectro o, si se prefiere, bienes jurídicos intermedios espiritualizados, por emplear algunas de las múltiples formulaciones acuñadas a nivel doctrinal⁽³⁰⁾, y dando lugar, tal y como ha subrayado en Alemania

(29) Sobre este particular, vid. ampliamente. SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 21 y ss.

(30) Vid, entre otros: MUÑOZ CONDE, F., “Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos”, en *Revista Penal*, n.º 1, 1997, pág. 73. MORALES PRATS, F., “Técnicas de tutela penal de los intereses difusos”, en BOIX REIG, J. (Director), *Intereses difusos y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 82. DOVAL PAR, A., “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”, en BOIX REIG, J. (Director), *Intereses difusos y Derecho...*, op. cit., págs. 27 y ss. CARBONELL MATEU, J.C., “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, en BOIX REIG, J. (Director), *Intereses difusos y Derecho...*, op. cit., pág. 11. TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos societarios. El Derecho penal en las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Akal/Iure, Madrid, 1987, págs. 37 y ss. MATA Y MARTÍN, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1997, págs. 35 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, “¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”, en *AP*, n.º 23, 1998, pág. 439. TIEDEMANN, K., “Il Diritto penale dell’economia: suo ambito e significato per il Diritto penale e per l’economia”, en *RTDPE*, 1998, pág. 5. Del mismo: *Lecciones de Derecho Penal Económico, (Comunitario Español, Alemán)*, PPU, Barcelona, 1993, págs. 34 y ss. HASSEMER, W., “Il Bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale”, en *DDP*, 1984, n.º 2, págs. 11 y ss. Del mismo: “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *PE*, n.º 1, pág. 32. SCHÜNEMANN, B., “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit-und Gefährungsdelikte”, en *JA*, 1975, pág. 798. PADOVANI, T., “La problematica del Bene giuridico e la scelta delle sanzioni”, en *DDP*, 1984, págs. 117 y ss.

SCHÜNEMANN⁽³¹⁾, a una sustitución de los *contextos de acción individuales* por *contextos de acción colectivos*, en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada.

Ante semejante realidad de la intervención penal, un cambio dogmático y legal en la línea que dejamos apuntada, sería quizás el único camino que nos evitaría la construcción de “ficciones jurídicas generadoras de hipocresías dogmáticas y sofismas en la praxis judicial”, por emplear las afortunadas palabras de RODRÍGUEZ RAMOS⁽³²⁾, permitiéndonos, además, respetar formal y materialmente principios tan fundamentales en el Derecho sancionador como el de presunción de inocencia, la imputación objetiva o la responsabilidad subjetiva de las personas físicas y jurídicas.

Ahora bien, en tanto que a nivel legislativo no se produzca dicho cambio, debemos aceptar y reconocer que la responsabilidad jurídico-penal prosigue siendo reino exclusivo de las personas físicas, constituyendo ésta, en consecuencia, la perspectiva desde la que debe ser examinada la naturaleza jurídica, las características y los presupuestos de aplicación de las mencionadas consecuencias accesorias del artículo 129 del CP.

1. Análisis de las características generales predicables de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del CP

Tal y como intentaremos exponer en los estrechos límites de la presente reflexión, el cúmulo de concepciones sustentadas en el plano doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de las referidas consecuencias, sólo resulta parangonable con las diversas cartas de naturaleza conferidas por parte del legislador a este tipo de “reacciones” del *ius puniendi* estatal frente a las personas jurídicas.

Así, en el **artículo 132 del Proyecto de Código Penal de 1980**⁽³³⁾, la clausura de empresas, locales o establecimientos, con carácter temporal o defi-

(31) SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Trad., por CANCIO MELIA, M., Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colombia, 1996, pág. 31. En la doctrina patria, vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.C., *Bases para un modelo de imputación...*, op. cit., págs. 223 y ss.

(32) RODRÍGUEZ RAMOS, L., “*¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión*”, *La Ley*, 1996, 5, pág. 1491.

(33) Efectivamente, el mencionado artículo 132 del Proyecto de Código Penal de 1980 disponía que “no obstante, podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales aprovechando la organización de tales entes”.

nitivo, la disolución de asociaciones, sociedades o empresas, la suspensión de sus actividades y la prohibición de realizar determinadas actividades, operaciones o negocios, con carácter temporal o definitivo, fueron naturalizadas como **medidas de seguridad**, quedando encuadradas con carácter general⁽³⁴⁾ en su artículo 135.

Tal naturaleza jurídica fue abandonada y sustituida por el actual *nomen iuris* en el resto de los Proyectos de CP⁽³⁵⁾, siendo destacable en este sentido la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992, por cuanto se subrayaba con carácter expreso que “*sin dudar de su carácter represivo*, no tendrían fácil acomodo ni entre las medidas de seguridad ni entre las penas, pues, en ocasiones, son adiciones posibles a las penas o medidas direc-

(34) Téngase en cuenta que ulteriormente tales medidas de seguridad eran concretadas en el artículo 153, al disponer que “los tribunales, en los delitos contra el orden socioeconómico o contra el patrimonio, si el hecho fuera cometido en el ejercicio de la actividad de sociedades o empresas o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo podrán aplicar todas o algunas de las medidas siguientes: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos; b) disolución de la sociedad; c) suspensión de las actividades de la sociedad o empresa; d) prohibición a la sociedad de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio de ha cometido, favorecido o encubierto el delito”.

(35) Así, en el artículo 138 de la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983, este tipo de medidas quedaban encuadradas en su Título VII bajo la rúbrica de “De las consecuencias accesorias”, con el siguiente tenor literal: “11. El Tribunal, si el hecho fuera cometido en el ejercicio de la actividad de asociaciones, fundaciones, sociedades y empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, cuando pueda deducirse fundada y objetivamente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos, podrá imponer todas o algunas de las consecuencias siguientes: a) clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo de clausura no podrá exceder de cinco años; b) disolución de la sociedad, asociación o fundación; c) suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación que no podrá exceder de dos años; d) prohibición a la sociedad, asociación, fundación o empresa de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. En el primer caso, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años. 21— Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores”. Con la misma naturaleza jurídica o, al menos con idéntico *nomen iuris*, fueron previstas este tipo de medidas con ligeras modificaciones en el Proyecto de Código Penal de 1992 (artículo 134), en el Proyecto de Ley orgánica de Código Penal de 1994 (artículo 129) y, finalmente, en el artículo 129 del Proyecto de Ley orgánica de Código Penal de 1995.

tamente derivadas del hecho cometido, y en ocasiones son reacciones frente a quienes, como ocurre con las empresas, no son aptos para soportar las penas o medidas (...).”

Ante este panorama prelegislativo, el Título VI del vigente Texto punitivo acometió su regulación bajo la rúbrica “De las consecuencias accesorias”, previendo en el **artículo 129** un catálogo de consecuencias que obedecen a las siguientes **características generales**:

a) En primer lugar, la adopción de un sistema de *numerus clausus* en su aplicación, en base al cual sólo podrán ser aplicadas en los supuestos expresamente contemplados en el Libro II⁽³⁶⁾.

b) Igualmente conviene resaltar su carácter *potestativo*⁽³⁷⁾, por lo que su imposición resulta contingente, introduciéndose de este modo, a nuestro juicio,

(36) Vid., entre otros: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Artículo 129 del CP”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dirección) y ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., (Jurisprudencia e índices), *Código Penal. Doctrina...*, op. cit., pág. 1564. TERRADILLOS BASOCO, J.; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 30 edic., Civitas, Madrid, 1996, pág. 218. GRACIA MARTÍN, L.; BOLDOVA PASAMAR, M.A.; ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., pág. 460. PRATS CANUT, J.M., “Artículo 129 del CP” en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) y VALLE MUÑIZ, J.M. (coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 625. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal...”, op. cit., pág. 46. BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit., pág. 287. De la misma autora: “Las consecuencias accesorias...”, op. cit., pág. 73. BAJO, M.; BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 153. FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Artículo 129”, op. cit., pág. 1039. PERIS RIERA, J.M.; PLÁ NAVARRO, C., “Artículo 129”, op. cit., pág. 1012 y ss.

(37) Vid. GUINARTE CABADA, G., “Artículo 129”, op. cit., pág. 666. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 40 edic., Barcelona, 1996, pág. 790. PRATS CANUT, J.M., “Artículo 129 del CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. —(Director)— VALLE MUÑIZ, J.M. (coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 627. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico...*, op. cit., pág. 236. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 92. BAJO, M.; BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, op. cit., págs. 155 y ss. FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Artículo 129”, op. cit., pág. 1038.

una concesión al *principio de oportunidad* que, en línea de principio, casa bastante mal con el carácter esencialmente perentorio de las penas⁽³⁸⁾.

c) Como tercera característica general, hemos de referirnos al requisito de la *audiencia previa a los titulares o representantes legales*⁽³⁹⁾ de la entidad a la que, en su caso, serán impuestas las consecuencias accesorias, audiencia previa que, tras la reforma operada por la L.O. 15/2003, también se hace extensiva al Ministerio Fiscal.

Tal requisito procesal, con buen criterio, llegó a tildarse por BACIGALUPO SAGGESE⁽⁴⁰⁾ de superfluo, por constituir tal exigencia una consecuencia directa de la garantía constitucional recogida en el artículo 24.2 de la Constitución. Siendo cierto lo anterior, no obstante cabría todavía subrayar que también en este punto late el disenso entre la doctrina. Así, mientras algunos autores⁽⁴¹⁾ postulan que este último requisito podría entenderse cumplido con el mero ofrecimiento a los interesados, con independencia de que éstos comparezcan o no ante la autoridad judicial, otros, quizás más sensibles a la necesidad de revestir la imposición de estas medidas de las máximas garantías inherentes al proceso penal, estiman necesario que la misma persona jurídica comparezca en el proceso como verdadera “parte”⁽⁴²⁾.

(38) En sentido parcialmente diverso, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal...”, op. cit., pág. 334. En opinión de este último autor, la previsión de las consecuencias accesorias con carácter “facultativo”, no tiene porqué suponer un argumento en contra de la naturaleza de “penas” que, a su juicio, revisten “ya que tampoco (algunas) penas se ejecutan si no resultan necesarias desde el punto de vista preventivo especial (suspensión de la ejecución de la pena)”. Asimismo, BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit. pág. 289.

(39) Vid. entre otros: SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M.^a, *Los delitos societarios*, op. cit. pág. 92. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Artículo 129...”, op. cit., pág. 1565.

(40) BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad de las personas...*, op. cit. págs. 288 y 289. En el mismo sentido: BAJO, M.; BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 155.

(41) GUINARTE CABADA, G., “Artículo 129”, op. cit., pág. 666. También, PANTOJA FERNÁNDEZ, P., “Artículo 129”, op. cit., pág. 1039.

(42) De esta opinión, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal...”, op. cit., pág. 341. También, BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit., pág. 289. Igualmente, BAJO FERNÁNDEZ, M., “La vedada responsabilidad...”, op.cit., pág. 82. Este último autor, en un alarde de claridad, exige la “urgente necesidad de una reforma procesal que disponga la presencia del ente colectivo ante el juez penal —al estilo de lo que sucede ante el órgano administrativo—”.

Bajo nuestro personal punto de vista, sin perjuicio de reputar esta última interpretación como la línea más garantista, entendemos, no obstante, que las exigencias del derecho de defensa, del derecho a ser informado de la acusación formulada y, prioritariamente, del derecho a la presunción de inocencia, contemplados todos ellos en el artículo 24.2 del Texto Constitucional ⁽⁴³⁾, se ven satisfechos ya con la primera comparecencia ante la autoridad judicial, prevista en el artículo 486 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conclusión que podría venir corroborada, en buena medida, por el sentido del artículo 786.1 de la Ley rituaría citada, precepto que, como es sabido, prescribe que “la ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente o en su domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775, no será **causa de suspensión** del juicio oral, si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de *dos años* de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de *seis años*”.

En este orden de ideas, dejando a salvo las medidas de *clausura definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos, la disolución de la sociedad, asociación o fundación*, las restantes podrían, en principio, ser impuestas en la Sentencia, no obstante la situación de rebeldía en que se hallare la asociación, sociedad o fundación en cuestión, toda vez que su duración temporal es siempre inferior a límite de los *seis años*.

Por su parte, otro de los puntos oscuros que convendría despejar en este ámbito problemático en una futura reforma de la LECrim, afecta a **la representación de la propia persona jurídica en el proceso penal**. Sobre este particular, entendemos que habría que habilitarse alguna vía que nos permitiera, en la medida de lo posible, que la misma recayera en *personas diversas a los administradores de derecho o representantes legales o voluntarios personalmente*

(43) Así, por ejemplo, la STC 131/1987, de 20 de julio, en un supuesto análogo en el que al hilo de una condena por delito de prostitución del antiguo artículo 452 bis d) fue decretado “el cierre definitivo del Club Carabelas”, entre otros aspectos en lo que no interesa entrar, estimó el amparo argumentando que “en el caso que nos ocupa, la extensión de la condena penal a la recurrente que no fue parte en el proceso seguido contra la arrendataria y encargados del ‘Club Carabelas’, ni fue condenada por delito alguno, viola el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales, que se contiene en el principio de legalidad, y supone desconocimiento del derecho de presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.”

imputados por idénticos hechos, en el intento de maximizar así las posibilidades de deslindar las responsabilidades entre éstos y aquélla.

A tal efecto, a título meramente ejemplificativo y sin carácter exhaustivo, podría procederse a la celebración, a instancia de la propia autoridad judicial, de una Junta General de accionistas (en el caso de las sociedades anónimas), procediéndose en su seno a la designación de un representante *ad hoc*, que se personara en nombre del ente jurídico en el proceso penal. Es más: tal designación podría estar, incluso, prevista de antemano en los propios Estatutos de la sociedad en favor de quien en cada momento ostentase el cargo de Presidente de la citada Junta, con la salvedad ya indicada de que éste no coincida, a su vez, con el cargo de Presidente del Consejo de Administración.

d) Otra de las características generales que en todo caso ha de revestir la eventual adopción de estas consecuencias accesorias, estriba en su sujeción a las exigencias dimanantes del *principio acusatorio* ⁽⁴⁴⁾, aspecto este que, por su parte, coadyuvará a la materialización del *principio de oportunidad* al que antes hacíamos referencia.

Sobre esta cuestión, interesa subrayar igualmente que la sumisión al principio acusatorio les afectará no sólo cuando sean decretadas en la Sentencia, sino también cuando, al amparo del **párrafo 2 del artículo 129 del CP**, pretendan acordarse “durante la tramitación de la causa”, lo cual será sólo procedente respecto de la *clausura temporal* y de la suspensión para realizar determinadas actividades. Dicho brevemente: el principio acusatorio vincula la adopción judicial de estas medidas tanto si son “consecuencias accesorias” como si adoptan la forma de “medidas cautelares” ⁽⁴⁵⁾, conclusión que, a nuestro entender, no

⁽⁴⁴⁾ En este sentido, vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Ideas generales sobre la responsabilidad penal del empresario. Consecuencias accesorias para la empresa”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I.; FONTÁN, M.; RODRÍGUEZ, J.L., *El nuevo Código Penal y su aplicación a las empresas y profesionales. Manual teórico práctico (I)*, Recoletos cía., Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, Coopers & Lybrand. Madrid, 1996, pág. 49. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal...”, op. cit., pág. 341. BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit., pág. 289.

⁽⁴⁵⁾ Una interpretación como la propuesta, de otro lado, fue seguida en el Auto de 21 de julio de 1998 dictado por el Juzgado Central de Instrucción n.º Cinco de la Audiencia Nacional en el “Caso Egin”.

merece mayor argumentación que la propia remisión a la nueva redacción dada al artículo 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁽⁴⁶⁾.

e) Al hilo de esta última materia, quisiéramos indicar a mayor abundamiento que encontramos una cierta discordancia entre los presupuestos propios de las medidas cautelares penales y la finalidad subyacente a las consecuencias accesorias adoptadas en el transcurso del proceso.

Así, si aquéllas vienen informadas por el *fumus boni iuris*, materializado en el proceso penal, en un juicio de imputación o fundada sospecha de participación del imputado en el hecho punible y, por el *periculum in mora* o peligro de fuga del imputado durante el transcurso de la tramitación del proceso⁽⁴⁷⁾, las consecuencias accesorias adoptadas durante la tramitación de la causa contra una empresa, sus locales o establecimientos, tienden más contundentemente hacia la **neutralización de la misma actividad delictiva**, con lo que corren el riesgo de suponer *una suerte de adelantamiento de una eventual Sentencia*, conforme ha reconocido, sin mayor reparos, algún penalista⁽⁴⁸⁾.

Probablemente sea esta discordancia existente entre los presupuestos y fines propios de las medidas cautelares penales y las referidas consecuencias

(46) Vid. GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1996, págs. 533 y ss. Respecto al mencionado artículo 504 bis 2 de la LECrim, afirman estos autores que ahora resulta necesaria la instancia del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora para la adopción de medidas cautelares (prisión provisional), exigencia que supone “un tributo al principio acusatorio y al principio de contradicción, así como una paulatina redefinición del papel del juez en la investigación penal”. Asimismo, MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A., *Derecho jurisdiccional*, vol. III, *Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 443 y ss. Estos últimos autores, en la línea mantenida en el cuerpo de nuestro escrito, si bien entienden que puede resultar dudoso “si los nuevos principios que derivan de esta nueva norma deben afectar también al régimen de adopción otras medidas cautelares penales”, concluyen afirmando que por coherencia sistemática la respuesta debería ser afirmativa.

(47) Sobre este particular, vid., ampliamente. GIMENO SENDRA, V., “La prisión provisional y el derecho a la libertad”, *La Ley*, 1996, T. 6, págs. 1644 y ss. También, BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit., págs. 291 y ss. Asimismo, PRATS CANUT, J.M., “Artículo 129...”, op. cit., págs. 630 y ss. También, BAJO, M. y BACIGALUPO, S.: *Derecho penal económico*, op. cit., págs. 157 y ss.

(48) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, en *Revista Penal*, n.º 1, 1997, pág. 53. Efectivamente, este autor estima que de cara a “una mayor eficacia y agilidad” se dispone también la intervención con anterioridad al fallo condenatorio-firme.

accesorias acordadas en el *interin* del proceso, la causa que ha conducido al reducido sector de la doctrina procesalista⁽⁴⁹⁾ que se ha pronunciado respecto del artículo 129.2 del CP, a negarles el carácter de medidas cautelares, considerando que las consecuencias accesorias previstas en este precepto, siendo aparentemente próximas a las medidas cautelares, en puridad, no lo son, encontrando tan dudosa justificación que, en su caso, se limitaría a cumplimentar una “función preventiva de futuros delitos”.

A la vista de lo anterior, por nuestra parte entendemos que ante tanta “niebla”, extremar el celo y la prudencia en la adopción de estas medidas se torna en una necesidad perentoria, y tal cautela sólo podrá materializarse por la vía de la proporcionalidad y la motivación, en un intento de preservar todos los derechos y garantías patrimonio de la propia persona jurídica potencialmente afectada y, primordialmente, su derecho a la presunción de inocencia. Ello, nos conduce, a mayor abundamiento, a propugnar la viabilidad de que contra el Auto en el que sean adoptadas, no sólo medidas cautelares contra las personas físicas presuntamente responsables del delito en cuestión, sino, también, la clausura temporal o la suspensión de las actividades de la sociedad al amparo del referido artículo 129.2 del CP, aquélla tenga la posibilidad de instar la revisión de tal resolución no sólo mediante los *recursos de reforma y subsidiaria apelación* (artículo 504 de la LECrim) o, de *queja* (artículo 787.1 de la LECrim), si nos hallásemos en el procedimiento abreviado, sino también el propio *recurso de amparo directo*, sin esperar a la firmeza de la Sentencia, en la medida en que hayan podido verse conculcados derechos fundamentales de la propia persona jurídica.

f) En lo que atañe a la adopción durante el proceso de las consecuencias accesorias, conviene subrayar que a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 129 del CP, tal posibilidad podrá ejercitarse exclusivamente respecto de **dos de las cinco medidas legalmente previstas**; concretamente, respecto de la **clausura temporal de la empresa, sus locales o establecimientos**, del apartado a) del artículo 129.1 y de la **suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por plazo no superior a cinco años**, del apartado c), quedando, en consecuencia, excluidas las restantes, entre las que se encuentran la disolución de la sociedad, asociación o fundación, la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito y, por último, la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores por el tiempo necesario, que no podrá

(49) MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A., *Derecho jurisdiccional...*, op. cit., pág. 475.

exceder de los cinco años, cuya no inclusión en el párrafo 2 del artículo 129 del CP ha sido especialmente lamentada⁽⁵⁰⁾.

g) Por último, en esta referencia sumaria a las características generales de todas las consecuencias accesorias hay que atender a **su fundamento**, aspecto que entendemos estrechamente vinculado a la exigencia legal y, sobre todo, constitucional⁽⁵¹⁾, relativa a la motivación de su imposición por parte de la autoridad judicial. A este respecto, el único dato legal lo constituye el apartado 3 del referido artículo 129, en cuya virtud el legislador indica que las consecuencias accesorias “*estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma*”.

Ahora bien, a partir de esta previsión, nuevamente puede detectarse una más que preocupante división de pareceres en el seno de la doctrina. Así, mientras algunos consideran que la fundamentación estriba en las “*razones de prevención especial*”, delimitadas en referido apartado 3 del artículo 129 del CP, constituyendo al unísono el objeto de la motivación de su imposición⁽⁵²⁾,

(50) Vid. JORGE BARREIRO, A., “Artículo 129...”, op. cit., pág. 366. Este último autor, apelando al artículo 138.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 en el que, por el contrario, sí se preveía la posibilidad de que el Tribunal propusiera a la Administración que dispusiera la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores, concluye lamentando que el artículo 129.2 del CP de 1995 no haya incluido la posibilidad de acordar en el curso del proceso la medida prevista en el apartado e) del artículo 129.

(51) En este sentido, vid. GUINARTE CABADA, G., “Artículo 129...”, op. cit., pág. 667. También, PRATS CANUT, J.M., “Artículo 129...”, op. cit., pág. 630. Asimismo, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Artículo 129...”, op. cit., pág. 1565. Finalmente, BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit., pág. 290. Esta última autora que la necesidad de motivación constituye un *requisito procesal* que “parece estar de más”, dado que toda resolución judicial ha de estar debidamente motivada, como derivación del reconocimiento constitucional de la tutela judicial efectiva en los artículos 24 y 120.3 de la Constitución Española.

(52) Vid. GUINARTE CABADA, G., “Artículo 129...”, op. cit., pág. 667. Reconociendo este autor la necesidad de motivación específica de la adopción de estas consecuencias accesorias en la Sentencia, afirma que “esa motivación ha de pivotar sobre el fundamento que debe orientar su imposición, y que en el n.º 3 de la propia norma se resume en razones de prevención especial”. Asimismo, PRATS CANUT, J.M., “Artículo 129...”, op. cit., pág. 627. También, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Artículo 129...”,

otros⁽⁵³⁾, en cambio, defienden que el contenido de la motivación consiste en poner de relieve la peligrosidad objetiva de la persona jurídica, basada en un defecto de organización propiciador de la comisión de delitos en su seno.

Por nuestra parte, entendemos que el juez o tribunal que pretenda imponer alguna de las consecuencias jurídicas accesorias, de conformidad con el artículo 129.3 del CP, deberá motivar cumplidamente el **nexo causal** existente entre la **adopción de la concreta medida de que se trate y la prevención de la continuidad delictiva en el seno de la actividad de la persona jurídica, empresa, asociación, fundación** etc., en una línea análoga a la indicada en el artículo 138. 1 de la PANCP de 1983, texto en el que se reconocía, expresamente, que la aplicación de aquélla procedería “si el hecho fuera cometido en el ejercicio de la actividad de asociaciones, fundaciones, sociedades y empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, cuando pueda deducirse fundada y objetivamente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos”, con lo que deviene a un primer plano su **verdadera ratio legis**; a saber: **privar a las personas físicas que dirigen o controlan el instrumento delictivo que pueda suponer la misma persona jurídica, empresa, asociación o fundación**⁽⁵⁴⁾.

Y, si nuestra última afirmación resulta ser certera, la única conclusión factible pasa por reconocer abiertamente la imposibilidad de afirmar, hoy por hoy, que se haya incorporado a nuestro Ordenamiento jurídico-penal el principio *societas delinquere potest*, tal y como reiteradamente insiste algún sector de la doctrina.

op. cit., pág. 1565. Este último autor dado que la imposición de las consecuencias accesorias deben orientarse a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma, concluye que en la motivación de la resolución habrá de quedar fundado “el nexo entre el funcionamiento de la empresa o persona jurídica, y la posibilidad de ejecución de delitos futuros”. En sentido análogo: MAPELLI CAFFARENA, B., “Las consecuencias accesorias...”, op. cit., pág. 53. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Ideas generales sobre la responsabilidad penal del empresario...”, op. cit., pág. 49.

⁽⁵³⁾ Por todos, vid. GRACIA MARTÍN, L.; BOLDOVA PASAMAR, M.A.; ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., pág. 463.

⁽⁵⁴⁾ En esta línea, vid. JORGE BARREIRO, A., “Artículo 124 del CP”, op. cit., pág. 365. También, MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 789. En sentido análogo, SILVA SÁNCHEZ, J.M.³, “Responsabilidad penal de las empresas...”, op. cit., págs. 362 y ss. Igualmente, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios...*, op. cit., pág. 92. En opinión de este último autor, el juez deberá ponderar la aplicación de estas consecuencias accesorias y reservarlas para aquellas situaciones de naturaleza crimi-nógena; esto es, “cuando se enfrente a estructuras societarias creadas para delinquir”.

2. El enigma de su naturaleza jurídica

Una vez esbozadas las características generales que debe revestir la adopción de las “consecuencias accesorias”, procede ahora hacer referencia a un aspecto que en el actual marco legal consideramos de importancia secundaria: *su naturaleza jurídica*.

Ésta es, sin duda, la cuestión más discutida y discutible, en torno a la que han sido barajadas a nivel doctrinal todas las opciones posibles. Así, hay autores que defienden que nos encontramos ante auténticas **penas**, siendo destacable a este respecto la opinión de ZUGALDÍA ESPINAR⁽⁵⁵⁾, quien afirma que las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP deben ser tratadas como si fuesen penas, “porque, en realidad, son penas”, punto de vista al que inicialmente se adhirió BACIGALUPO SAGGESE⁽⁵⁶⁾, siendo, no obstante, abandonado en sus publicaciones más recientes⁽⁵⁷⁾ en favor de la concepción que expondremos a continuación.

Efectivamente, otro sector doctrinal⁽⁵⁸⁾, alejándose de la anterior solución, opta por considerar que las medidas a las que hacemos referencia constituyen verdaderas **medidas de seguridad**, apelando a tal efecto al apartado 3 del artículo 129 del CP que, como sabemos, prescribe su *orientación a la prevención en la continuidad delictiva y los efectos de la misma*.

Junto a estas dos posiciones, nos encontramos con una tercera línea interpretativa que partiendo de la propia incapacidad de acción o de omisión, en el sentido del Derecho Penal, de las personas jurídicas, defiende la naturaleza de

(55) ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal...”, op. cit., pág. 331. Del mismo: “Artículo 129”, op. cit., págs. 1051 y ss. En sentido análogo, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.C., *Bases para un modelo de imputación...*, op. cit., págs. 213 y ss.

(56) BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit., pág. 286.

(57) BAJO, M. y BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 152. Ciertamente, en esta última y reciente publicación, ambos autores se adhieren a la corriente doctrinal que concibe las consecuencias accesorias objeto de nuestra atención, como “medidas de seguridad, en función de la **peligrosidad objetiva de la cosa**”.

(58) En este sentido, vid. CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., “Artículo 129...”, op. cit., pág. 1563.

medidas de carácter administrativo ⁽⁵⁹⁾ respecto de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP, sin que sea óbice a tal naturaleza el que las mismas traten de “prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma” o, como afirman MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN ⁽⁶⁰⁾, porque esta pretensión de evitar futuros delitos “no se corresponde con la función contramotivadora sobre el responsable con que se entiende la tradicional orientación preventivo especial de las penas”.

Cercana a esta última concepción se encuentran aquellos que, como GRACIA MARTÍN ⁽⁶¹⁾, consideran que las medidas a adoptar frente a la “peligrosidad objetiva de las personas jurídicas y agrupaciones” constituyen **medidas preventivas**, bien de carácter asegurativo, bien de carácter coercitivo.

Por último, frente a las concepciones anteriores, que podrían ser calificadas como “puras”, en el sentido de decantarse por naturalezas jurídicas preexistentes

⁽⁵⁹⁾ En este sentido, vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. T. II. Teoría jurídica del delito/1*, 50 edic., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 69. También, DÍEZ ECHEGARAY, J.L., *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Montecorvo, Madrid, 1997, pág. 57. Respecto a las medidas previstas en el artículo 129 del CP sostiene este autor que se trata de “medidas graves” que pueden adoptarse contra las personas jurídicas, como consecuencias accesorias del delito; afirmado lo anterior, concluye que “no se trata de penas, ni de medidas de seguridad, sino de medidas de carácter administrativo que pueden imponer los jueces penales, si se dan las circunstancias previstas para ello”. En la misma línea, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios...*, op. cit., pág. 92. Este último autor, tras propugnar que tales consecuencias son, a la postre, “medidas de carácter civil o administrativo”, concluye afirmando que, quizás debieran ser objeto de regulación en los textos legislativos de esas otras ramas del derecho.

⁽⁶⁰⁾ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*. 20 edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 631. Estos últimos autores consideran que las consecuencias accesorias recogidas en el artículo 129 del CP no son penas, “porque no guardan proporción ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor”; a su vez, entienden que tampoco pueden considerarse medidas de seguridad, toda vez que “no se asientan en un juicio sobre la peligrosidad personal del responsable”; de ahí que se suman a la línea interpretativa que propugna una naturaleza “próxima a las sanciones administrativas”.

⁽⁶¹⁾ GRACIA MARTÍN, L.; BOLDOVA PASAMAR, M.A.; ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., págs. 456 y ss. También, GRACIA MARTÍN, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias...”, op. cit., págs. 607 y ss. En la concepción de este autor las “medidas de carácter asegurativo”, son aquellas que sobre la base de fundamentos objetivos de peligrosidad de la propia persona jurídica en cuanto instrumento apto para la realización de ilícitos, pretenden impedir que se consuma una determinada violación del ordenamiento jurídico; a su juicio —no compartido por nosotros—, “la efectiva realización del hecho antijurídico por la persona física

tes en nuestro Ordenamiento jurídico, se sitúa la mayoría de la doctrina⁽⁶²⁾, quienes, sin desconocer lo discutible que puede resultar su naturaleza jurídica, dan por válida la nomenclatura de **consecuencias jurídicas accesorias** empleada por el legislador en la rúbrica del Título VI del CP de 1995, afirmándose, incluso, que estamos en presencia de una “tercera categoría de consecuencias derivadas del delito”⁽⁶³⁾, situada junto a las penas y las medidas de seguridad. En favor de esta concepción aboga el convencimiento, de una parte, de que tales medidas no son penas, por cuanto no guardan proporción ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor y, de otra, de que tampoco constituyen medidas de seguridad, ya que no se fundamentan en un juicio de la peligrosidad personal del responsable, argumentos que se adicionan al más genérico de la propia incapacidad de acción, en sentido jurídico-penal, de las personas jurídicas, aspecto este que cercena *ab initio*, no sólo la posibilidad de imponerles penas por la realización de un hecho típico y antijurídico, sino, también, de aplicarles medidas de seguridad, desde el momento en que éstas tienen que

que actúa para la persona jurídica (como hecho de conexión) no debe formar parte del supuesto de hecho de estas medidas”, sin perjuicio de que normalmente aquélla constituirá por lo general “un síntoma del peligro objetivo de la realización de futuras infracciones”. En este primer grupo se incluiría medidas tales como el cierre de locales y establecimientos, la prohibición o suspensión de actividades, comiso de los instrumentos, cauciones y la intervención judicial o gubernativa de la empresa. En segundo lugar, considera este autor las denominadas “medidas coercitivas”, entre las que se encontrarían las multas *coercitivas*, que serían las adecuadas para hacer frente a la situación objetiva de peligro basada en el defecto de la organización de la empresa y que, a su juicio, “no son sanciones, pues su finalidad no es represiva”. En sentido contrario, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, en *CPC*, n.º 53, 1994, pág. 622. Del mismo: “Las penas previstas en el artículo 129...”, op. cit., pág. 332.

(62) Vid, entre otros: SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Ideas generales sobre la responsabilidad penal del empresario...”, op. cit., pág. 48. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, op. cit., pág. 330. LUZÓN PENA, D.M., *Curso de Derecho Penal...*, op. cit., pág. 58. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “*Los administradores y altos directivos en el Nuevo Código Penal*”, en *AP*, n.º 13/24, 1997, pág. 280. GUINARTE CABADA, G., “Artículo 129...”, op. cit., pág. 665. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 789. MAPELLI CAFFARENA, B.; TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 219. JORGE BARREIRO, A., “Artículo 129...”, op. cit., pág. 364. FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Artículo 129”, op. cit., pág. 1037. FERNÁNDEZ TERUELLO, J.G., “Las consecuencias accesorias...”, op. cit., págs. 280 y ss.

(63) Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; FERRÉ OLIVE, J.C.; SERRANO PIEDECASAS, J.R.; GARCÍA RIVAS, N., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Praxis, Barcelona, 1996, pág. 361.

basarse necesariamente en una peligrosidad criminal⁽⁶⁴⁾ o, si se prefiere, en la previa comisión de un delito por parte del sujeto peligroso, lo que precisamente en el actual sistema normativo no puede ser predicado de las personas jurídicas.

Pues bien, sin perjuicio de la proposición de *lege ferenda* anteriormente expresada, debemos reconocer que en el marco de los actuales parámetros de nuestro sistema jurídico-penal resulta ciertamente difícil la legitimación de las medidas previstas en el artículo 129 del CP. De ahí que, desde una perspectiva general, nos adhiramos a la corriente doctrinal mayoritaria que, forzada por el mandato del principio de legalidad, las reconoce como una “**tercera categoría de consecuencias derivadas del delito**”, con alma y cuerpo de verdaderas sanciones administrativas, que deberán ser aplicadas por los jueces y tribunales penales en base a los criterios expuestos en el presente apartado, quedando tendencialmente orientadas y limitadas a privar a las personas físicas condenadas por un delito del instrumento peligroso que representa la persona jurídica o asociación en la que se insertan o de la que se benefician, sea patrimonialmente, sea para ocultar o dificultar la comisión de sus propios hechos delictivos⁽⁶⁵⁾, cuando, además, sea objetivo y racionalmente fundado el pronóstico de que, en el futuro, el ente societario seguirá sirviendo a tales fines.

Es más: debemos concluir la presente reflexión reconociendo abiertamente que las consecuencias jurídicas accesorias articuladas en el precitado artículo 129 del CP, constituyen, de una parte, una primera aproximación del legislador

(64) Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Las penas previstas en el artículo 129...”, op. cit., pág. 333. En este sentido reconoce este autor que considerar que las consecuencias accesorias son medidas de seguridad obligaría a redefinir, “no el concepto de culpabilidad, pero sí el concepto de peligrosidad pasando del biosicológico de la persona física a otro ‘objetivo’ —no recogido en el CP— para la persona jurídica”. En la misma línea: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico...*, op. cit., pág. 231. FARRALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, op. cit., pág. 324. MAPELLI CAFFARENA, B.; TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., pág. 219. LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal...*, op. cit., pág. 58. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español...*, op. cit., pág. 70. SILVA SÁNCHEZ, J.M.³, “Responsabilidad penal de las empresas...”, op. cit., pág. 363. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 789. BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas...*, op. cit., pág. 285.

(65) En este sentido, vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 789. También, SILVA SÁNCHEZ, J. M.³, “Responsabilidad penal de las empresas...”, op. cit., págs. 363 y ss. En términos análogos, DÍEZ ECHEGARAY, J.L., *La responsabilidad penal de los socios...*, op. cit., pág. 57.

penal a lo que ya ROXIN⁽⁶⁶⁾ ha baticinado como uno de los puntos neurálgicos del Derecho Penal de los próximos cien años: las sanciones contra los entes colectivos. Este debate es, con mucho, uno de los más sugerentes problemas en los que la Ciencia del Derecho Penal deberá centrar sus esfuerzos, porque, tal y como sugiere la intitulación del presente trabajo, en el momento actual, todo lo más que puede afirmarse es “societas delinquere quasi potest”, debate que como reconoce dicho autor “se encuentra todavía en sus inicios”.

Frente a tal reto o, mejor aún, frente a lo que no es sino una verdadera revolución de este sector del Ordenamiento jurídico, estas “consecuencias jurídicas accesorias” no pueden lograr confundirnos, ya que bien pueden ser un magnífico exponente de los que SILVA SÁNCHEZ⁽⁶⁷⁾ reputa como “la sociedad de la ‘inseguridad’ (o la sociedad del miedo)”, que pretende buscar las soluciones (todas las soluciones), no en su, por así decirlo, clásico “lugar natural” —el Derecho de policía—, sino en el Derecho Penal, pretensión que a buen seguro desborda los límites de lo eficaz, para adentrarse en el terreno de lo meramente simbólico.

⁽⁶⁶⁾ ROXIN, C., “Dogmática penal y política...”, op. cit., págs. 461 y ss. En la misma línea, entre otros: PERIS RIERA, J.M. y PLÁ NAVARRO, C., “Artículo 129”, op. cit., pág. 1008. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.C., *Bases para un modelo de imputación...*, op. cit., págs. 191 y ss.

⁽⁶⁷⁾ SILVA SÁNCHEZ, J. M.³: *La expansión del Derecho Penal...*, op. cit., págs. 24 y ss.

LA TUTELA JUDICIAL EN LA LEY GALLEGA PARA LA PREVENCIÓN Y EL TRATAMIENTO INTEGRAL DE LA VIOLENCIA

RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES

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

SUMARIO

- I. LA DEFENSA DE LA MUJER EN EL MARCO NORMATIVO.
 - II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY.
 - 1. **Ámbito objetivo.**
 - 2. **Ámbito subjetivo.**
 - III. CARÁCTER INTEGRAL DE LA LEY. INCIDENCIA EN EL ÁMBITO JUDICIAL.
 - 1. **Asistencia jurídica.**
 - 2. **Asistencia letrada.**
 - 3. **El ejercicio de la acción popular por la Administración de la Xunta de Galicia en el proceso por violencia de género.**
 - 4. **La personación de Administración de la Xunta de Galicia como parte perjudicada civilmente en los procesos por violencia de género.**
 - IV. INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.
 - V. LA MEDIACIÓN EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO.
-

I. LA DEFENSA DE LA MUJER EN EL MARCO NORMATIVO

Desde la Constitución Española⁽¹⁾, en su artículo 14, se prevé que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón del nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, siendo obligación de los poderes públicos, según su artículo 9.2, el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de las agrupaciones en las que se integra sean reales y efectivas. A raíz de semejante declaración, y a la vista de las numerosas situaciones de violencia sobre la mujer⁽²⁾ que se han venido produciendo en nuestro país, han surgido normas con la pretensión de atajarlas, así la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, que introdujo en el artículo 425 del Código Penal de 1973 un tipo penal específico para incriminar la violencia intrafamiliar; el Código Penal de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre), que reguló el delito de malos tratos habituales en el art. 153, y la falta de malos tratos en el art. 617.2, II; la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre; la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código

(1) En muy diversos instrumentos internacionales se exhorta a los Estados a reforzar la protección de la mujer, así la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que en su artículo 5 obliga a los Estados parte a tomar todas las medidas apropiadas para la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que están basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. La Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/44, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 57.^a sesión, en la que se alienta a los Estados a reforzar en la legislación nacional sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar cualquier forma de violencia infligida a mujeres y niñas, y además les recuerda que las obligaciones que les impone la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer deben aplicarse plenamente en relación con la violencia de género.

(2) La mujer se ha venido entendiendo a lo largo de la historia como un ser inferior. Así Kant (*Los principios metafísicos de la doctrina del derecho*, 1797), manifestó en su obra como la mujer es “naturalmente” inferior al hombre, no considerándola una ciudadana activa, sino pasiva pues carecía de capacidad para ser autosuficiente, para poder desarrollar alguna función en el Estado.

Por su parte Rousseau (*Libro V del Emilio o de la educación*, 1762) afirmó que la mujer está hecha para someterse al hombre, y que en todo caso, toda la educación de las mujeres debe ser relativa a los hombres: complacerles, serles útiles, cuidarlos...

Por último Hegel (*Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Madrid: *Libertarias-Prodhufi*, 1993) sentenció que “*El Estado donde gobiernan las mujeres y jóvenes está echado a perder*”.

Penal de 1995, en materia de Protección a las Víctimas de Malos Tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido e Inmediato de determinados Delitos y Faltas y de modificación del Procedimiento Abreviado; la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, por la que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, modificando el art. 13 de la LECrim. y añadiendo el nuevo art. 544 ter de la LECrim., la orden de protección; la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Prisión Provisional; la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que también reforma determinados delitos de violencia de género; el RD 355/2004, de 5 de marzo (BOE del 25), por el que se regula el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, y la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En el estricto ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, el art. 4 del Estatuto de Autonomía señala que corresponde a los poderes públicos gallegos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de las gallegas y los gallegos en la vida política, económica, cultural y social. En este contexto de defensa de la libertad e igualdad, ve la luz la Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres, en la que se dedican dos artículos a la regulación de la violencia contra las mujeres, tras lo cual nace la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia, en la que se prevén medidas conducentes a coordinar y planificar los recursos necesarios a través de una red que integre medidas de información, de recuperación psicológica, de apoyo económico, de inserción laboral y de acceso a la vivienda.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

1. Ámbito objetivo

La violencia de género⁽³⁾ es entendida en la Ley 11/2007 de una manera muy amplia, englobando cualquier forma extrema de desigualdad, tal es la

⁽³⁾ La expresión violencia de género es la traducción del inglés *gender-based violence* o *gender violence*.

amplitud del concepto y tratamiento de la violencia de género que, desde un punto de vista objetivo, según el artículo 1 de la ley, la violencia de género es comprensiva de “cualquier acto violento o agresión, basados en una situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de dominación de los hombres sobre las mujeres que tenga o pueda tener como consecuencia un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas de tales actos y la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si ocurren en el ámbito público como en la vida familiar o privada”. La definición tal y como se halla prevista ha sido tomada de la IV Conferencia Mundial sobre el avance de las mujeres, celebrada en Pekín en 1995⁽⁴⁾, en la que se definió la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psíquico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada...”. En ambos casos se acoge todo tipo de violencia fruto de la desigualdad, y así se pone de manifiesto en la citada Conferencia, en la que se sigue diciendo que “es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, que han conducido a la dominación de la mujer por el

(4) En la actualidad la Comunidad internacional ha reconocido que la Violencia de género constituye una violación de los derechos humanos. Instrumentos internacionales fundamentales a este respecto son la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979; la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia sobre la Mujer, proclamada en 1993 por la Asamblea General con motivo de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos celebrada en Viena; y las Resoluciones de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín en 1995, donde se obtuvo el reconocimiento de que cualquier forma de violencia que se ejerza contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos.

También para el Consejo de Europa la lucha contra la Violencia de género constituye una de sus prioridades, aprobando varias Recomendaciones, entre las que cabe destacar la Recomendación 2002/05 adoptada por el Comité de Ministros el 30 de abril de 2002 sobre la Protección de las mujeres contra la violencia.

Por su parte el Parlamento Europeo promovió en el año 1997 la Campaña de Tolerancia Cero frente a la violencia contra las mujeres, que comenzó en el mes de marzo de 1999, con objeto de movilizar a la opinión pública a favor de una actitud de no permitir la violencia. En el mismo año, 1997, puso en marca la iniciativa DAPHNE con objeto de promover medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre las/los niñas/os, los/as adolescentes y las mujeres.

hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo”⁽⁵⁾.

Pues bien, el artículo 1 de la Ley gallega ha de enlazarse con el artículo 3, en el cual se regulan las formas de violencia⁽⁶⁾, conteniéndose la violencia

(5) La expresión “violencia de género” se usa en los años 70 en EEUU por asociaciones de defensa de los derechos de la mujer (“movimiento de liberación de la mujer”), pero es en el art. 1 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Resolución de la Asamblea General ONU 48/104, de 20 de diciembre de 1993, donde se utiliza como concepto jurídico la violencia de género, definiéndola como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

(6) La Fiscalía General del Estado en su Circular núm. 4/2005, de 18 de julio, de la Fiscalía General del Estado, relativa a los “Criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, págs. 15 y 16, ya agrupó en categorías las diversas formas que puede adoptar la violencia contra la mujer, “Dicho art. 1.3 agrupa en dos categorías las formas que puede adoptar la violencia contra la mujer, la física y la psicológica, sin que ello suponga restricción de la aplicación legal a otras eventuales manifestaciones de la violencia de género si tienen cabida en la definición del apartado primero de dicho artículo. De modo, que siguiendo otras clasificaciones más detalladas como la del Consejo de Europa, las contenidas en algunas leyes especiales latinoamericanas contra la Violencia Familiar surgidas a raíz de la Convención Interamericana de la Organización de Estados Americanos para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer de 9 de junio de 1994, o las de nuestra legislación autonómica (leyes de Cantabria y Canarias), cabría afirmar, sin ánimo exhaustivo, que las distintas manifestaciones de violencia contra la mujer que tienen cabida en esta Ley pueden reconducirse a las siguientes:

— Violencia física: relativa a cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño en la víctima.

— Violencia sexual: referida a la imposición por la fuerza de relaciones o prácticas sexuales que atenten contra su libertad sexual.

— Violencia psicológica: comprensiva de toda conducta que produzca en la víctima desvalorización o sufrimiento, sea a través de insultos, amenazas, control, aislamiento, anulación, humillaciones o vejaciones, limitación de la libertad, exigencia de obediencia o sumisión. La violencia psicológica, entendida en un sentido amplio, comprende también aquellas manifestaciones de la violencia contra la mujer que, en algunas clasificaciones, son objeto de conceptualización autónoma, tales como las llamadas violencia económica —entendida como abuso económico o la privación o discriminación intencionada y no justificada de recursos— o espiritual, comprensiva de aquellas conductas dirigidas a obligar a aceptar un sistema de creencias cultural o religioso determinado o destruir las creencias de otro”.

física, entendiéndose por tal, cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño; violencia psicológica, toda conducta, verbal o no verbal, que produzca en la mujer desvaloración o sufrimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción, insultos, aislamiento, culpabilización o limitaciones de su ámbito de libertad; la violencia económica que incluye la privación intencionada, y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijas e hijos o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la convivencia de pareja; la violencia sexual y los abusos sexuales como cualquier acto de naturaleza sexual forzada por el agresor o no consentida por la mujer, abarcando la imposición, mediante la fuerza o con intimidación, de relaciones sexuales no consentidas, y el abuso sexual; el acoso sexual que engloba todas aquellas conductas consistentes en la solicitud de favores de naturaleza sexual, para sí o para una tercera persona, prevaleciendo el sujeto activo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito a la mujer de causarle un mal relacionado con las expectativas que la víctima tenga en el ámbito de dicha relación, o bajo la promesa de una recompensa o premio en el ámbito de la misma; el tráfico de mujeres y niñas con fines de explotación, cualquiera que fuera la relación que una a la víctima con el agresor y el medio utilizado; y en definitiva, cualquier otra forma de violencia recogida en los tratados internacionales que lesione o sea susceptible de lesionar la dignidad, la integridad o la libertad de las mujeres⁽⁷⁾.

(7) En otras Comunidades el elenco de formas de violencia de género es más amplio, así la Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la Violencia Contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas, que en su artículo 3 prevé que “Se consideran, a los efectos de esta Ley, formas de violencia de género en función del medio empleado y el resultado perseguido, y con independencia de que las mismas estén o no tipificadas como delito o falta penal o infracción administrativa por la legislación vigente en cada momento, las consistentes en las siguientes conductas:

- a) Malos tratos físicos, que incluyen cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño en la víctima.
- b) Malos tratos psicológicos, que incluyen toda conducta que produce en la víctima desvalorización o sufrimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, insultos, aislamiento, culpabilización, limitaciones de su ámbito de libertad y cualesquiera otros efectos semejantes.
- c) Malos tratos económicos, que incluyen la privación intencionada y no justificada legalmente de recursos para el bienestar físico o psicológico de la víctima y de sus hijos e hijas o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito familiar, en la convivencia de pareja o en las relaciones posteriores a la ruptura de las mismas.

Lo que el legislador pretende haciendo tan extensa enumeración, es dejar meridianamente claro, que toda forma de violencia o agresión sobre la mujer, basada en una situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de dominación de los hombres sobre las mujeres, se entiende violencia de género, y como tal la mujer será objeto de todos los mecanismos de protección previstos legalmente.

d) Agresiones sexuales, que incluyen cualquier acto de naturaleza sexual forzada por el agresor o no consentida por la víctima, abarcando la imposición, mediante la fuerza o con intimidación, de relaciones sexuales no consentidas y el abuso sexual, con independencia de que el agresor guarde o no relación conyugal, de pareja, afectiva o de parentesco con la víctima.

e) Abusos sexuales a niñas, que incluye las actitudes y comportamientos, incluida la exhibición ante ellas y la observación de las mismas realizada por un adulto para su propia satisfacción sexual o la de un tercero, bien empleando la manipulación emocional, el chantaje, las amenazas, el engaño o la violencia física.

f) Acoso sexual, que incluye aquellas conductas consistentes en la solicitud de favores de naturaleza sexual, para sí o para una tercera persona, prevaleciendo el sujeto activo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito a la víctima de causarle un mal relacionado con las expectativas que la víctima tenga en el ámbito de dicha relación, o bajo la promesa de una recompensa o premio en el ámbito de la misma. Se incluye el acoso ambiental que busque la misma finalidad o resultado.

g) El tráfico o utilización de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, prostitución y comercio sexual, cualquiera que fuere el tipo de relación que una a la víctima con el agresor y el medio utilizado.

h) Mutilación genital femenina, que comprende el conjunto de procedimientos que implican una eliminación parcial o total de los genitales externos femeninos o lesiones causadas a los órganos genitales femeninos por razones culturales, religiosas o, en general, cualquier otra que no sea de orden estrictamente terapéutico, aun cuando se realicen con el consentimiento, expreso o tácito, de la víctima.

i) Violencia contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, que comprende cualquier tipo de actuación que impida o restrinja el libre ejercicio por las mujeres de su derecho a la salud reproductiva y, por tanto, que afecte a su libertad para disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos para su salud, a su libertad para acceder o no a servicios de atención a la salud sexual y reproductiva, anticonceptivos, y para ejercer o no su derecho a la maternidad.

j) Cualesquiera otras actuaciones o conductas que lesionen o sean susceptibles de lesionar la dignidad o integridad de la mujer”.

En igual sentido, el artículo 3 de la Ley de Comunidad Autónoma de Canarias 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género, según el cual “En función del medio empleado y el resultado perseguido, y con independencia de que las mismas estén o no tipificadas como delito o falta penal o infracción administrativa por la legislación vigente en cada momento, se considerarán, a los efectos de esta Ley, formas de violencia contra las mujeres las consistentes en las siguientes conductas:

2. **Ámbito subjetivo**

Por otro lado, se prevé en la Ley 11/2007, con mayor amplitud que en la Ley estatal, el ámbito subjetivo sobre el que incide la violencia de género. Así bien, para que ésta se produzca habrá de manifestarse sobre una mujer, pudien-

a) Malos tratos físicos, que incluyen cualquier acto intencional de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño en la víctima.

b) Malos tratos psicológicos, que incluyen toda conducta intencional que produce en la víctima desvalorización o sufrimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, insultos, aislamiento, culpabilización, limitaciones de su ámbito de libertad y cualesquiera otros efectos semejantes.

c) Malos tratos sexuales, que incluyen cualquier acto de intimidación sexual forzada por el agresor o no consentida por la víctima, abarcando la imposición, mediante la fuerza o con intimidación, de relaciones sexuales no consentidas, el abuso sexual, con independencia de que el agresor guarde o no relación conyugal, de pareja, afectiva y de parentesco con la víctima.

d) Abusos sexuales a menores, que incluye las actitudes y comportamientos, incluida la exhibición y la observación, que un adulto realiza para su propia satisfacción sexual, con una niña o adolescente, empleando la manipulación emocional, el chantaje, las amenazas, el engaño o la violencia física.

e) Acoso sexual, que incluye aquellas conductas consistentes en la solicitud de favores de naturaleza sexual, para sí o para una tercera persona, prevaleciendo el sujeto activo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito a la víctima de causarle un mal relacionado con las expectativas que la víctima tenga en el ámbito de dicha relación, o bajo la promesa de una recompensa o premio en el ámbito de la misma.

f) El tráfico o utilización de mujeres con fines de explotación sexual, prostitución y comercio sexual, cualquiera que fuere el tipo de relación —conyugal, paterno-filial, laboral, etc.— que une a la víctima con el agresor.

g) Mutilación genital femenina, que comprende el conjunto de procedimientos que implican una eliminación parcial o total de los genitales externos femeninos y/o lesiones causadas a los órganos genitales femeninos por razones culturales, religiosas o, en general, cualquier otra que no sea de orden estrictamente terapéutico, aun cuando se realicen con el consentimiento, expreso o tácito, de la víctima.

h) Violencia contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, que comprende cualquier tipo de actuación que impida o restrinja el libre ejercicio por las mujeres de su derecho a la salud reproductiva y, por tanto, que afecte a su libertad para disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos para su salud, así como a su libertad para decidir o no la procreación y para acceder o no a servicios de atención a la salud sexual y reproductiva y anticonceptivos.

i) Maltrato o malos tratos económicos, que consiste en la privación intencionada y no justificada legalmente de recursos para el bienestar físico o psicológico de la víctima y de sus hijos, así como la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito familiar o de pareja.

j) Cualesquiera otras formas análogas que lesionen o sean susceptibles de lesionar la dignidad, integridad o libertad de la mujer”.

do ser el sujeto activo-agresor, cualquier hombre que ejerza una relación de poder sobre la mujer, no requiriendo, como en la legislación estatal, que sea su cónyuge o ex cónyuge, o esté ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. De hecho, será considerada igualmente violencia de género, con independencia de la existencia o no de esa relación de afectividad:

- a) La violencia física o psicológica ejercida por hombres del entorno familiar o del entorno social y/o laboral de la mujer.
- b) También la violencia sexual y los abusos sexuales con independencia de que el agresor guarde o no la relación conyugal, de pareja, afectiva o de parentesco con la víctima.
- c) O bien el acoso sexual siempre y cuando el sujeto activo tenga una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito a la mujer de causarle un mal relacionada con las expectativas que la víctima tenga en el ámbito de dicha relación, o bajo la promesa de una recompensa o premio en el ámbito de la misma.
- d) El tráfico de mujeres y niñas con fines de explotación, cualquiera que fuera la relación que una a la víctima con el agresor y el medio utilizado.

Sólo se requerirá una determinada relación en la violencia económica, en cuanto supone la privación intencionada, y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijas e hijos o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la convivencia de pareja.

A este respecto considero que la relación de afectividad hubiera sido conveniente también exigirla en el ejercicio de la violencia física y psíquica, a modo de como lo ha regulado la Comunidad de Madrid⁽⁸⁾. No obstante, y

(8) La Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, en su artículo 2.3, prevé “En particular, se entienden incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las siguientes acciones o conductas, en la forma en que quedan definidas en el Código Penal:

- a) Las agresiones físicas o psíquicas a la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad aun sin convivencia. En el caso de mujeres con discapacidad, también las agresiones físicas o psíquicas ejercidas por hombres de su entorno familiar o institucional, aunque no tengan la condición de cónyuge o persona con la que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad aun sin convivencia.
- b) Las agresiones y abusos sexuales contra la mujer.

aunque hubiera sido deseable que no se hubiera producido la actual dispersión en la conceptualización de la violencia de género por las diversas leyes autonómicas y la estatal, la regulación de la ley gallega, en cuanto amplía el ámbito de aplicación respecto del contenido en la legislación estatal, merece una valoración positiva, pues mejora la decisión de este último respecto a acotar por razón de los sujetos la violencia de género, al hombre que ejerce violencia sobre la mujer con ocasión de las relaciones de pareja. Restricción esta que no responde al contenido real del concepto de violencia de género, pues éste es un concepto más amplio que engloba todas las formas de violencia contra la mujer por razón de su sexo, en la familia y en la sociedad; ni siquiera el contenido dado por el legislador estatal engloba toda la violencia intrafamiliar contra la mujer, pues queda excluida la violencia que pueda ejercerse por razón de sexo contra otros miembros femeninos del grupo familiar.

Así bien, el sentido acogido por el legislador gallego resulta coincidente con el de la Conferencia Mundial sobre las mujeres celebrada en Beijing (China) en 1995, en cuanto la nueva definición que entonces se dio permitió ver la violencia hacia las mujeres como una violencia que se produce por razón del género y que no necesariamente tiene que estar vinculada a las relaciones familiares, conyugales o de pareja.

Por último, cabe hacer mención a que en esa idea del legislador de lograr la efectiva protección de la víctima de violencia de género, hace extensiva la aplicación de las medidas previstas en la ley, junto a las mujeres que vivan, residan o trabajen en Galicia, a sus hijas e hijos y a otras personas dependientes de ellas, víctimas directas e indirectas. Con la utilización de estos términos, “víctimas directas e indirectas”, tan poco técnicos, parece que el legislador trata de hacer alusión, por un lado, a aquellos que sufren junto a la mujer los actos de maltrato; y por otro, a los que padecen sus consecuencias, no soportando directamente la acción delictiva, pues no recae de modo inmediato y directo sobre su persona u otros bienes jurídicos atacados, pero sí experimentan un daño moral o patrimonial como consecuencia del delito.

En cualquier caso, si las hijas o hijos u otras personas dependientes sufren ellos mismos los actos de maltrato del agresor o únicamente sus consecuencias,

-
- c) La mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones.
 - d) La inducción a una mujer a ejercer la prostitución, empleando violencia, intimidación o engaño, o con abuso de la situación de inferioridad, de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.
 - e) El acoso sexual en el ámbito laboral.
 - f) Las detenciones ilegales, amenazas y coacciones.
 - g) El tráfico o el favorecimiento de la inmigración clandestina de mujeres con fines de explotación sexual”.

en el estricto ámbito de la tutela penal de los mismos, la competencia para conocer no siempre corresponderá al órgano judicial especializado creado para ello, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Y ello atendiendo a que en el orden penal conocerán cuando los delitos de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, se produzcan 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, esto es, cuando sean víctimas directas. Con esta expresión “cuando se haya producido un acto de violencia de género”, se está exigiendo 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 de Violencia sobre la mujer. 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. Esto es, resulta posible el enjuiciamiento conjunto si los dos hechos punibles, aquél en el que es víctima la madre y aquél en el que es víctima el hijo se cometen al mismo tiempo o dentro de la misma unidad temporal. Si se trata de un hecho aislado contra el menor sólo, o de dos hechos en espacio temporal claramente diferenciado, habría que enjuiciar al hijo separadamente de la madre, pues falta la conexidad que exige el artículo 17 de la LECrim⁽⁹⁾.

De modo que, por un lado, produciéndose el acto de violencia contra los descendientes, menores o incapaces serán competencia del Juzgado de Instrucción ordinario si constituyen actos aislados y del Juzgado de Violencia sobre la Mujer si van unidas a actos de violencia de género. Por otro, no produciéndose acto de violencia alguno sobre los descendientes, menores o incapaces, esto es, no siendo los titulares del bien jurídico protegido por la norma penal transgredida o sujeto pasivo del delito o falta, no serán competentes los Juzgados especializados, sino el Juzgado de Instrucción, pues otra interpretación sería disorde con la atribución competencial del art. 87.1.a) de la LOPJ que exige que los delitos sean cometidos contra la esposa o mujeres asimiladas o sobre los des-

⁽⁹⁾ GOMÉZ COLOMER, J.L., *Violencia de género y proceso*, Valencia, 2006, pág. 5.

cendientes, menores o incapaces. Ello no es óbice para que las “víctimas indirectas”, puedan personarse en el proceso penal en su calidad de perjudicados, y por tanto, ejercitando la acción civil.

Lo conveniente, cuando los actos violentos se han producido sobre la mujer y el descendiente, menor o incapaz sin unidad de acto, en todo caso sería, por razones de economía procesal y no dividir la continencia de la causa, juzgar al hombre por los dos hechos violentos según lo previsto en el artículo 300 de la LECrim., dándose la conexión del artículo 17.5.^a de la LECrim., conexión análoga, lo que conforme a lo previsto en el artículo 17 bis de la LECrim. hace posible el enjuiciamiento conjunto; además de que la protección frente al delito o falta de violencia de género que se ha producido en un ambiente familiar será menos efectiva si se sustrae a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, ya que, aunque la mujer no haya sido sujeto pasivo conjuntamente con el menor en el mismo acto, es el ambiente familiar el que ha propiciado el propio acto, luego el Juzgado de Violencia sobre la Mujer está en mejor disposición de instruir la causa que el Juez de Instrucción.

En todo caso, la ampliación del círculo de sujetos más allá de lo que es violencia de género sobre la mujer, no está exento de problemas, pero el legislador ha creído necesaria esta protección especial para no dejar desamparados a los otros sujetos que directamente se ven afectados por esta lacra, y así luchar desde un frente común contra ella, lo cual como petición de principio puede ser admisible y además, de paso, puede resolver ciertos problemas procesales, como los relativos a la conexión en la vía judicial⁽¹⁰⁾.

III. CARÁCTER INTEGRAL DE LA LEY. INCIDENCIA EN EL ÁMBITO JUDICIAL

La ley tiene un carácter integral⁽¹¹⁾, lo que supone implicar de forma coordinada a las diferentes instancias y administraciones que tienen un papel destacado en la prevención y tratamiento de la violencia de género, para así, con ello,

(10) GÓMEZ COLOMER, J.L., *Violencia de género y proceso*, Valencia, 2006, pág. 93.

(11) Amnistía Internacional se hace eco de la falta de una regulación integral en muchos países de Europa, así en el Informe sobre Derechos Humanos 2005, señala cómo en Europa “muchos gobiernos seguían considerando la violencia ejercida en el ámbito familiar como algo perteneciente a la esfera privada, lo que en muchos casos constituía un pretexto cómodo para no definir la violencia doméstica como una cuestión de derechos humanos y para no proporcionar los recursos pertinentes... algunos Estados no promulgaron o no aplicaron de forma adecuada disposiciones básicas como la protección integral y las órdenes de alejamiento contra los autores de abusos, ni crearon centros de acogida apropiados para las supervivientes de la violencia”.

lograr adoptar las medidas que sirvan al fin de atajar la totalidad de daños que las mujeres sufren como consecuencia de la violencia de género, asegurando con ello un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios y recursos.

A fin de que se adopten las medidas necesarias para atajar la situación de violencia de género, bastará con que ésta se acredite a través de documentación de diversa índole y peso acreditativo, así⁽¹²⁾: la certificación de la orden de protección o de la medida cautelar, o testimonio o copia autenticada por la secretaria o el secretario judicial de la propia orden de protección o de la medida cautelar; la sentencia de cualquier orden jurisdiccional que declare que la mujer sufrió violencia en cualquiera de las modalidades definidas en la presente ley; la certificación y/o informe de los servicios sociales y/o sanitarios de la Administración Pública autonómica o local; la certificación de los servicios de acogida de la Administración pública autonómica o local; el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia; el informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social; y cualesquiera otras que se establezcan reglamentariamente.

1. Asistencia jurídica

A las mujeres víctimas de violencia de género se les reconoce el derecho a recibir toda la información jurídica que sea necesaria con relación a su situa-

(12) Resulta un elenco muy amplio el que el legislador gallego hace de los documentos que sirven a fin de acreditar la situación de violencia. Menor es el previsto en el **artículo 31** de la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, “Título habilitante. 1. Las situaciones que dan lugar al ejercicio de los derechos reconocidos en esta Ley para los cuales se requiera título habilitante, se acreditarán con resolución judicial otorgando la Orden de Protección a favor de la víctima, sentencia condenatoria, medida cautelar a favor de la víctima o cualquier otra en que el órgano judicial estime, aun indiciariamente, la existencia de cualquiera de los delitos o faltas que constituye el objeto de esta Ley, así como mediante resolución administrativa correspondiente, en el caso de acoso sexual.

2. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de Violencia de Género hasta tanto se dicte la orden de protección o resolución judicial equivalente.

3. Igualmente, con carácter excepcional, podrá reconocerse el ejercicio de estos derechos a las mujeres que, aun sin título habilitante de los mencionados en los apartados anteriores, se encuentren en una situación notoria de necesidad por causa de Violencia de Género, siempre previa la denuncia correspondiente y en tanto recae resolución judicial. En el caso de los dispositivos de acogimiento temporal recogidos en el artículo 16.1.a) y b) de esta Ley, se accederá a los mismos conforme a lo establecido en dicho precepto”.

ción. Para ello el Servicio de Atención 24 horas⁽¹³⁾, ofrecerá, entre los servicios de atención e información integral sobre los recursos públicos y privados a su alcance, la atención jurídica permanente, todos los días y horas del año⁽¹⁴⁾.

Ya en el concreto ámbito de información y atención jurídica especializada en materia de violencia de género, serán los servicios de orientación jurídica de los colegios profesionales de la Abogacía de Galicia, los obligados a garantizar-

(13) “Artículo 51. Servicio de Atención 24 horas.

1. El Servicio de Atención 24 horas, dependiente del departamento competente en materia de igualdad, ofrecerá atención e información integral sobre los recursos públicos y privados al alcance de las mujeres en situaciones de violencia de género.

2. Serán funciones del Servicio de Atención 24 horas:

a) Escuchar las demandas de las mujeres e informar sobre las medidas a adoptar y los recursos disponibles.

b) Proporcionar asistencia adecuada frente a situaciones de vulnerabilidad emocional y psicológica.

c) Prestar asistencia y, en su caso, derivar al recurso más adecuado.

d) Colaborar y coordinarse con la red de información a las mujeres, con los servicios de acogida temporal y con todos los servicios de urgencia en los casos necesarios.

El Servicio de Atención 24 horas funcionará todas las horas del día y todos los días del año.

3. Las mujeres podrán acceder al Servicio de Atención 24 horas sin necesidad de aportar ningún tipo de acreditación de su situación de violencia de género, conservando asimismo su anonimato, sin necesidad de facilitar sus datos de identificación personal.”

(14) Semejante previsión también se contiene en la Ley Foral de Navarra, 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista, en su artículo 12, según el cual “Medidas de asesoramiento y asistencia jurídica.

1. El asesoramiento y asistencia jurídica a las personas víctimas de maltrato o agresión sexual se llevará a cabo mediante un servicio de atención jurídica, que se prestará en régimen de guardia permanente localizada.

2. La asistencia comprenderá, como mínimo, la orientación y el acompañamiento de las víctimas a cuantas instancias o actuaciones sean necesarias, tales como servicios sanitarios, dependencias policiales, judiciales y centros de acogida.

3. La entidad responsable de este servicio realizará las actuaciones precisas para una adecuada difusión de la existencia del mismo y de su contenido”.

Así como en su artículo 13 “Servicio de urgencia. El Servicio de urgencia prestará asistencia de emergencia a las mujeres víctimas de malos tratos y menores a su cargo durante las 24 horas del día, a través de un teléfono único para toda Navarra.

Dicho Servicio pondrá en marcha los diversos recursos de atención, apoyo y acogida que se precisen según las circunstancias del caso concreto, facilitando de manera inmediata protección y ayuda a las víctimas”.

la. Para que dicha orientación se lleve a cabo con el mejor criterio y preparación, los profesionales que presten su asistencia en dichos servicios, habrán de efectuar cursos de formación específica en materia de violencia contra las mujeres como requisito para su adscripción a esos servicios.

2. Asistencia letrada

Las mujeres en situación de violencia de género tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita, tal y como prevé la Ley 1/1996, pero a la vista de que el reconocimiento del derecho, tal y como está regulado en dicha ley —art. 3—, exige que los recursos económicos se acrediten computándose los percibidos en el seno de la unidad familiar, y ésta incluye a los cónyuges no separados legalmente, se opta por que la regla general sea la excepción recogida en el número 3 de dicho artículo, según la cual los medios económicos de las mujeres que acrediten que se hallen en situación de violencia de género serán valorados individualmente.

Cabe aludir a varias cuestiones en lo relativo al reconocimiento del derecho a asistencia jurídica gratuita a la víctima de violencia de género. Por un lado, al reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las mujeres en situación de violencia de género, se incluye a las mujeres inmigrantes, con las que ha existido un gran problema en lo relativo al reconocimiento del derecho tal y como se hallaba previsto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica y que fue objeto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo, según la cual “toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario. Como hemos dicho en otras ocasiones, corresponde al legislador, dentro del amplio margen de libertad de configuración que es propio de su potestad legislativa, la concreción de este concepto normativo. “Puede, por ejemplo, fijarlo a partir de criterios objetivos, como el de una determinada cantidad de ingresos, u optar por un sistema de arbitrio judicial dejándolo a la decisión discrecional de los Jueces o de éstos y otras instancias, o puede utilizar fórmulas mixtas limitándose a establecer las pautas genéricas que debe ponderar el Juez al conceder o denegar las solicitudes de gratuidad (número de hijos o parientes a cargo del solicitante, gastos de vivienda, características del proceso principal, etc.)”. (STC 16/1994, de 20 de marzo). Ahora bien, una vez que el concepto “insuficiencia de recursos para litigar” empleado por el art. 119 de la CE resulta concretado por el legislador, todas las personas físicas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva habrán de poderse beneficiar del derecho prestacional a la gratuidad de la justicia (insistimos: del modo y manera en que lo configura el legislador) si en ellas concurre tal insuficiencia de recursos.

Dicho de otro modo, la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al que, de forma instrumental, ha de servir el desarrollo legislativo del art. 119 de la CE, pues si no se les reconociese el derecho a la gratuidad de la justicia su derecho a la tutela judicial efectiva resultaría meramente teórico y carecería de efectividad”.

Por otro lado, hacer mención al olvido del legislador gallego de regular la extensión de este derecho a los perjudicados en caso de fallecimiento de la víctima, tal y como se halla previsto en la ley estatal, aunque es plenamente aplicable la LAJG (art. 20.2), teniendo en cuenta que el beneficio se extiende a los herederos de la víctima si hubiera fallecido como consecuencia del acto de violencia de género (art. 20.1).

En última instancia, y con el fin de hacer uso de uno de los derechos comprendidos en el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita, el derecho a la asistencia letrada, la totalidad de los colegios profesionales de la abogacía de Galicia dispondrán de un turno de oficio en materia de violencia de género. El turno de oficio para la defensa de la mujer víctima de violencia de género se dibuja como específico, en cuanto deberá superarse, para el acceso al mismo, cursos de formación o perfeccionamiento⁽¹⁵⁾.

Una vez formado este turno, prevé la ley autonómica, que será necesario, como así lo exige la ley estatal de violencia de género, que se establezcan procedimientos ágiles de designación urgente de letrada o letrado de oficio. Esta previsión es importante, pero hubiera sido conveniente una mayor precisión exigiendo que la asistencia letrada haya de tener lugar desde la denuncia, así las víctimas serían conscientes de las consecuencias de iniciar el correspondiente proceso, a fin de tomarse todas las garantías para la protección de todos sus intereses. Por lo que debería haberse exigido como preceptiva la asistencia letrada desde el momento de la denuncia, así evitaremos que las mujeres en el momento de complementar la orden de protección, no sean debidamente informadas de la conveniencia de la presencia de un abogado de oficio o de avisar a uno de su libre designación.

(15) *Es la Xunta de Galicia, a través del departamento competente en materia de justicia, la que ha de garantizar que las abogadas y abogados, y si procede, procuradoras o procuradores, que asistan a las mujeres víctimas de violencia de género, posean la formación especializada en esta materia.*

3. El ejercicio de la acción popular por la Administración de la Xunta de Galicia en el proceso por violencia de género

El ordenamiento procesal penal español, a diferencia de otros⁽¹⁶⁾, no otorga el monopolio de la acción penal al Ministerio Fiscal, sino que pueden ejercitarla todos los ciudadanos españoles, pues la acción penal es pública. De tal forma que, junto al Ministerio Fiscal, el ofendido por el delito podrá ejercitar la acción penal como acusador particular, así como cualquier ciudadano aunque no sea directamente perjudicado por el delito, se trata del actor popular⁽¹⁷⁾.

Pues bien, precisamente se le reconoce a la Administración de la Xunta de Galicia, al igual que se ha hecho en otras Comunidades, la posibilidad de personarse en el proceso seguido por violencia de género, en calidad de acusación popular. Tomada la decisión de personarse en el procedimiento como actor popular, deviene imprescindible que su personación sea aceptada por la mujer víctima de violencia de género, o por quien, en su caso, ostente su representación legal, pues su negativa expresa impide su ejercicio. Esta exigencia resulta un presupuesto de indiscutible valor a fin de evitar la revictimización de la mujer que sufre violencia de género. Sin embargo, al reducirse la exigencia de consentimiento al momento inicial, esto es, el consentimiento es exigible para ejercitar la acción, una vez personada la Administración, ésta proseguirá el curso del proceso como acusación popular. Algo que parece tan de sentido común, plantea problemas en el marco de la violencia de género, pues la deci-

(16) El monopolio de la acción penal la tiene el Ministerio público en el ordenamiento alemán, francés e italiano.

(17) Recuerda MORENO CATENA, V., *El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma*, Cuadernos de Derecho Judicial “Sistemas penales europeos”, vol. 4/2002, págs. 38 y ss., cómo nuestro Código Procesal adoptó en su momento alguna institución que distorsiona toda la concepción del proceso penal. Así sucede con la acción popular que surgió con la Constitución de 1812 para la persecución de los delitos cometidos por los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones: el soborno, el cohecho y la prevaricación (art. 255). Posteriormente se generaliza para todos los delitos públicos con la aprobación de la vigente LECrim. de 1882, tal vez por un movimiento de reacción frente al oscurantismo de siglos anteriores y frente al peso de la Inquisición española y su propia dinámica procesal, y así se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos “se otorga una acción pública y popular para acusar, en vez de limitarla al ofendido y sus herederos”.

Así bien, en Europa no existen más supuestos de acción popular que en el Reino Unido y en España, habiendo sido rechazada en el resto de los países, entre otras poderosas razones porque abre la puerta al interés individual en un proceso, como el penal, absolutamente marcado por el interés público, donde públicos son los delitos y el *ius puniendo*; pública la política criminal; público el sentido, fundamento y fin de la pena, y pública la ejecución penal.

sión de la mujer víctima sufre diferentes devenires a lo largo del proceso judicial, de hecho no es raro que la víctima mantenga una actuación procesal poco uniforme durante la tramitación del proceso, por diversas causas, su dependencia económica, social o psicológica del agresor, o bien por un inadecuado trato a la víctima, por miedo a represalias, o por falta de asesoramiento técnico jurídico. Incluso se producen actuaciones obstaculizadoras del proceso como la voluntad de retirar la denuncia, la no comparecencia cuando es llamada por el órgano jurisdiccional, los cambios de contenido de la declaración para lograr la absolución del agresor, o la utilización de la dispensa prevista en la LECrim. para no declarar contra su agresor⁽¹⁸⁾. Todas estas manifestaciones son muestra del cambio de voluntad de la mujer, que seguro en ese otro momento se negaría a la intervención de la Administración como acusación popular, a pesar de haberle dado en un primer momento su consentimiento expreso.

Por otro lado, resulta poco preciso el precepto al dejar abierta la posibilidad a la Xunta de Galicia de optar entre ejercer la acción popular o no, sin darle criterio alguno. Resulta más acertado, atendiendo a la diversidad de hechos delictivos que comprende la violencia de género, el establecer un elenco tasado de ilícitos por los que la Administración puede ejercitar la acción popular, a modo de como lo hace la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, que impone a la Comunidad de Madrid ejercitar la acción popular en los procedimientos penales por causa de muerte, lesiones graves o mutilación genital de la víctima; o bien la Ley de la Comunidad de Canarias 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la violencia de género, según la cual la Comunidad Autónoma ejercerá la acción popular en los procedimientos penales por violencia de género, en los casos de muerte o incapacitación definitiva de la víctima por las secuelas de la violencia. En este caso, ante la imposibilidad de la víctima de dar su consentimiento para el ejercicio de la acción, será necesario el consentimiento de la familia. Mas imprecisa es, sin embargo, la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de prevención de malos tratos de Castilla La Mancha, por la que se posibilita el ejercicio de la acción penal por la Administración Regional, en los procedimientos penales por malos tratos, siempre que la víctima lo solicite o cuando las especiales circunstancias lo aconsejen.

En todo caso, la posibilidad de actuar en el proceso penal como acusación popular por una persona jurídica pública no está exento de problemas, y ello en atención al artículo 125 de la CE según el cual “los ciudadanos podrán ejercer la

(18) Vid. SSTS de 2 de octubre de 1989 (RA 7526); de 22 de enero de 1990 (RA 471); de 21 de enero de 1992 (RA 285); de 26 de septiembre de 1995 (RA 6589); de 22 de mayo de 1995 (RA 3908); de 19 de diciembre de 1995 (RA 9379); y de 5 de noviembre de 1996 (RA 8047).

acción popular, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine”, texto que se transcribe casi literalmente en el artículo 19.1 de la LOPJ “Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley”. Esto mismo lo ha reconocido la LECrim. aun antes de existir la Constitución, de hecho en su artículo 101 se afirma que la acción penal es pública, y todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley.

Pues bien, como resulta de los citados preceptos, el ejercicio de la acción popular se configura como un derecho cívico ligado a la personalidad de las personas físicas, por lo que su reconocimiento a las personas jurídicas resulta en principio superfluo puesto que los sujetos que las representan siempre pueden ejercerlas por sí mismos. Sin embargo, en la actualidad la jurisprudencia⁽¹⁹⁾ también considera legitimadas a las personas jurídicas. Se estima que el término ciudadano no se puede circunscribir a las personas físicas, ya que las jurídicas también son titulares de derechos e intereses legítimos para cuya tutela puede postularse ante los jueces y tribunales también el artículo 53 cuando prevé que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2.º ante los tribunales ordinarios y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Así bien, el problema no se halla en las personas jurídicas, pero sí en las jurídicas públicas, pues en nuestro Estado de Derecho ya existe un órgano, el Ministerio Fiscal, al que corresponde constitucionalmente la función de perseguir los delitos. De forma tal que el artículo 124 de la CE dispone que el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. En definitiva, no resulta necesario que otros órganos de la Administración ejerciten la acción penal si no son los directamente perjudicados por el delito.

En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en Sentencia 129/2001, de 4 de junio, al estimar que el Gobierno Vasco no había resultado directamente perjudicado en el delito de calumnias contra la Policía Autónoma Vasca y por ende, carecía de legitimación para ejercitar la acción particular; además no podía tampoco ejercitar la acción popular porque ésta no puede ser ejercitada por el Estado, ya que la Constitución Española y la LECrim. se la

(19) SSTC 34/1994, de 31 de enero; 50/1998, de 2 de marzo; 79/1999, de 26 de abril, entre otras.

reconocen única y exclusivamente a los ciudadanos, esto es, en sus propias palabras “La pretensión ejercitada por el demandante de amparo tiene por objeto —previa declaración de que se vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva— el reconocimiento de que se halla legitimado para ser parte como acusador en el proceso penal de referencia, sea como acusador particular, sea mediante el ejercicio de la acción popular.

El demandante de amparo fundamenta el derecho a ejercitar la acción popular, con referencia a la pretensión mencionada en segundo lugar, en que el interés legítimo que defiende —el prestigio de la Policía vasca— es ajeno al ejercicio de sus potestades públicas.

Es claro, en todo caso, que, dados los términos del artículo 125 de la CE, no puede estimarse dicha pretensión. En efecto, este precepto constitucional se refiere explícitamente a los ciudadanos, que es concepto atinente en exclusiva a las personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas, tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública y, más concretamente de los órganos de poder de la comunidad política”.

Hoy, el Tribunal Constitucional ha dado un cambio de rumbo a esta doctrina por él sentada y ha reconocido expresamente la legitimación para el ejercicio de la acción popular a la Administración, en concreto a la Generalitat Valenciana, la que se personó como parte acusadora popular en una causa por delito de violencia de género, acusando al varón (STC 311/2006, de 23 de octubre). En este caso se basa el Tribunal en que la regulación legal que permite o no acceder a la vía penal a la Administración en el caso concreto del que se trata, no es sólo la general para todos los procesos penales, sino que a ella se ha de unir las previsiones específicas sobre el ejercicio de la acción popular por las Administraciones públicas en los procesos penales sustanciados para el enjuiciamiento de hechos que se enmarcan en la denominada violencia de género. Así dice que “El artículo 36 de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre hombres y mujeres, dictada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Valencia, constituye muestra de ello al establecer que la Consellería con competencias en materia de mujer podrá proponer al Consell de la Generalitat el ejercicio de la acción popular, a través del Gabinete Jurídico de la Generalitat o de abogadas/os colegiadas/os, en los supuestos de agresiones físicas domésticas en los que se cause la muerte o lesiones graves a mujeres residentes en la Comunidad Valenciana. La Ley prevé, por tanto, la posibilidad de que la Generalitat Valenciana se persone ejerciendo la acción popular en algunos procesos penales seguidos por violencia de género, esto es, en aquéllos en los cuales la víctima sea residente en la Comunidad Autónoma y siempre que se haya producido muerte o lesiones graves”.

Es claro que el Tribunal Constitucional no podía decidir de otra forma, pues en ningún caso se puso en tela de juicio ante él la constitucionalidad abstracta de la ampliación de la acción popular a las personas públicas, con base en la invasión de la legislación estatal. De tal manera que, existiendo en la Comunidad Autónoma que fuere una norma tal, el juzgador habrá de aplicarla, pues una disposición de ley aplicable no puede dejar de serlo, sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad. Por tanto, lo que cabe sin duda alguna, es que el órgano judicial plantee una cuestión de inconstitucionalidad por entender invadidas las competencias estatales, al configurar una forma de acusación no prevista en la legislación común. La cuestión no está exenta de dificultad, en cuanto en principio, la legislación procesal es competencia del Estado, pero “sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se derivan de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas” (art. 149. 1.ª y 6.ª de la CE), con lo que se reconoce competencia a estas últimas para legislar sobre materia procesal, aunque dentro de unos límites muy difíciles de precisar, pues resulta común que esas necesarias especialidades se produzcan en aquellos aspectos en que en cualquier sistema jurídico existe una mayor dificultad de deslinde entre lo procesal y lo material, como es el tema que nos ocupa de legitimación.

En todo caso, no considero precisa la atribución de esta legitimación en las diferentes leyes de las Comunidades Autónomas, y en particular, en la nuestra, a las Administraciones Públicas, pues aunque es cierto que es esencial lograr la más efectiva tutela de los intereses de la víctima de violencia de género, no resulta necesario probar la inquietud colectiva que suscita el incremento numérico y su creciente intensidad de hechos de esta naturaleza, a través de la intervención de más actores en el proceso que lo único que hacen es ralentizarlo, más aún cuando el interés público ya está defendido a través del Ministerio Fiscal⁽²⁰⁾. En todo caso, esta legitimación extraordinaria no es sino el resultado de lo ya previsto en la ley integral estatal, en la que se regula entre los casos de legitimación extraordinaria, la legitimación del Delegado Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer para intervenir ante los órganos jurisdiccionales en defensa de los derechos y de los intereses tutelada en la ley integral, en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencia en la materia —art. 29.2—.

(20) En este sentido se pronuncia la SAP de Madrid de 27 de enero de 2005.

4. La personación de Administración de la Xunta de Galicia como parte perjudicada civilmente en los procesos por violencia de género

Por otro lado, no sólo se prevé la constitución por parte de la Administración de la Xunta de Galicia como actor popular, sino que podrán personarse en los procedimientos penales instados por causa de violencia de género en calidad de parte perjudicada civilmente⁽²¹⁾. Sin embargo, esta personación resulta dudosa en cuanto difícilmente a la Administración de la Xunta de Galicia se le puede considerar perjudicada por el delito o falta, tal y como exige el artículo 110 de la LECrim. para el ejercicio de la acción civil⁽²²⁾. Así si partimos de que el concepto de perjudicado engloba a aquellos sujetos que sufren un menoscabo patrimonial o moral evaluable económicamente como consecuencia directa del ilícito penal⁽²³⁾, coincidiremos en que la Administración no es perjudicada en un delito de violencia de género, todo ello a pesar de que la legitimación para la deducción de pretensiones civiles en el proceso penal se extienda, por ministerio de la ley, al Ministerio Fiscal y a otros sujetos que, por disposición legal o por interpretación jurisprudencial puedan intervenir como sustitutos del perju-

(21) Esta misma posibilidad de personación en calidad de parte perjudicada civilmente se prevé en la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, según la cual “En los casos en que proceda, la Comunidad de Madrid se personará en los procedimientos penales instados por tales causas, en calidad de parte perjudicada civilmente, conforme a lo establecido en el artículo 110 de la LECr”.

(22) Artículo 10 “Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan o solamente unas u otras, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones.

Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo menester que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera expresa y terminante.

Cuando el delito o falta cometida tenga por finalidad impedir u obstaculizar a los miembros de las corporaciones locales el ejercicio de sus funciones públicas, podrá también personarse en la causa la Administración local en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho punible”.

(23) Manifiesta el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de enero de 1980 que “Agravado o sujeto pasivo del delito es el ofendido que ha sufrido el daño criminal, mientras que el perjudicado es el sujeto pasivo del daño civil indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el acto ilícito civil generador de obligaciones que, además es delito, cualidades ambas que pueden coincidir o no”.

dicado mediante el ejercicio de acciones subrogatorias en atención a la especial naturaleza del bien⁽²⁴⁾. Así es el supuesto de la atribución de legitimación a las entidades gestoras de la Seguridad Social, en cuanto el artículo 127.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, según el cual en aquellos supuestos en que la asistencia médica a la víctima de un delito hubiese sido prestada por alguna de las entidades gestoras de la Seguridad Social, es decir, por el Instituto Nacional de la Salud o, en su caso, por alguna Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades de la Seguridad Social, éstas podrán personarse en el proceso para exigir como objeto civil acumulado en el proceso penal el pago de los gastos devengados en concepto de prestaciones sanitarias⁽²⁵⁾; o la atribución al Estado para la concesión de ayudas a las víctimas de delitos violentos, en tal forma que el artículo 13 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, prevé que “el Estado se subrogará de pleno derecho, hasta el total importe de la ayuda provisional o definitiva satisfecha a la víctima o beneficiarios en los derechos que asistan a los mismos contra el obligado civilmente por el hecho delictivo... El Estado podrá mostrarse parte en el proceso penal o civil que se siga, sin perjuicio de la acción civil que ejercite el Ministerio Fiscal”.

(24) Vid. ARNAIZ, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Valencia, 2006, págs. 140 y ss.

(25) Según explica JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Madrid, 2004, págs. 283/4, En el caso de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y de las mutualidades laborales y profesionales que prestan una asistencia sanitaria al perjudicado por el delito, se plantea el debate sobre su legitimación *ope legis* como demandantes civiles en el proceso penal en virtud de lo previsto en el último párrafo del art. 127.3 de la LGSS, que les permite promover el proceso penal o personarse en el mismo conforme al art. 104 del CP 73, hoy artículo 113 del CP, para resarcirse del coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho.

La jurisprudencia tradicionalmente sólo les ha permitido una comparecencia testimonial, sin derecho a obtener una sentencia favorable a sus intereses, remitiéndose para ello a los tribunales civiles. En cambio la jurisprudencia posterior ya no lo entiende así, pues aunque es cierto que su derecho no se deriva directamente del hecho criminal, no puede desconocerse la norma que expresamente habilita a estas entidades a actuar como actor civil en el proceso penal. Se trata de un supuesto especial de legitimación, o mejor, de protección de intereses privados en el proceso penal, basado probablemente en la función pública que dichas entidades desempeñan. Es precisamente la norma que se ha citado la que permite establecer un diferente tratamiento en el proceso civil acumulado entre estos aseguradores laborales y los aseguradores de responsabilidad civil, permitiendo la personación de los primeros y no, en cambio, de los segundos, pues aunque ambos tengan sus diferencias estructurales, no resulta menos cierto que tanto en un caso como otro no podemos sino hablar de perjudicados indirectos o reflejos que, por regla general, no deben ser tutelados por los tribunales penales.

Pero en el caso que nos atañe, no podemos entender que se trata de un efecto de la subrogación en aquellos gastos que se ha ocasionado a la Administración tras el acto de violencia de género, pues no se prevé así legalmente como sí se hace en las leyes anteriormente mencionadas, tan sólo se permite su personación en el proceso en calidad de parte perjudicada civilmente tal y como prevé el artículo 110 de la LECrim., y éste no hace mención alguna a los supuestos de legitimación extraordinaria, tan sólo habla de perjudicados haciendo referencia a los que hayan sufrido algún tipo de daño o perjuicio como consecuencia del delito, y no a aquellos que, como la Administración, pueden entenderse como perjudicados indirectos o reflejos pues su derecho no deriva directamente del hecho criminal, sino de la implementación de las medidas previstas legalmente a fin de procurar la protección integral de la víctima de violencia de género, esto es, el perjuicio nace del conjunto de gastos satisfechos para prestar un servicio público previsto legalmente para los supuestos en los que se produzca un hecho delictivo de violencia de género. Esto es, como perjudicado, y por tanto, legitimados para solicitar un resarcimiento en el proceso penal, únicamente lo están los que hallan resultado dañados por el hecho delictivo, excluyéndose los que hubieran podido verse afectados por el mismo como consecuencia de la existencia de relaciones jurídicas conexas a aquél⁽²⁶⁾.

Por otro lado, resulta claramente contradictorio que ejercitando la acción penal se le denomine acusador popular, y al mismo tiempo se le atribuya legitimación para ejercitar la civil, por cuanto el actor popular es una parte que no guarda relación alguna con los hechos delictivos, debiendo interpretarse su actuación en el proceso penal de una forma restrictiva.

Por último, esta legitimación extraordinaria de la Administración, si se trata de fundamentar en el interés público de los actos que implican violencia de género, puede llevar a situaciones tan ininteligibles como que la acción sea mantenida por tres sujetos diversos, el perjudicado como titular del bien, el Ministerio Fiscal y la Administración.

(26) Según el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 13 de febrero de 1991 y en su auto de 18 de junio de 1997 “Es jurisprudencia de esta Sala la doctrina que define al ‘tercero’, al lado del ‘agraviado’ y de su ‘familia’, para lo cual atiende a la causalidad directa del perjuicio sufrido por las personas distintas al sujeto pasivo de la acción delictiva. Al respecto hay que entender que se dé, además, la condición de perjudicado, pues si ambas cualidades suelen coincidir no siempre son concurrentes. A su vez, el agraviado es el titular de alguno de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro por la infracción. En definitiva, terceros sólo son los que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo y no los titulares de una acción de repetición ni los que estén enlazados con la víctima con relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible y que, en realidad, no derivan de él sino de la sentencia condenatoria”.

IV. INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La orden de protección es uno de los mecanismos más adecuado y satisfactorio frente a la violencia de género. Para que su funcionamiento sea más eficaz se prevé la creación del Punto de Coordinación de las Órdenes de Protección, el cual dependerá del departamento competente en materia de igualdad, y será el encargado de recibir la comunicación de la totalidad de las órdenes de protección que se dicten en el territorio de Galicia.

La finalidad que se persigue con la creación de este Instrumento es la de llevar a cabo un seguimiento individualizado de cada caso de violencia de género, poniéndose en comunicación con las mujeres que posean una orden de protección, con la finalidad de facilitarles cuanta información demanden y articular una actuación ordenada de los servicios asistenciales y de protección.

Una de las medidas que incluye la orden de protección es el alejamiento del agresor, para que el mismo tenga efectivo cumplimiento, resulta totalmente satisfactoria la implantación de los diversos dispositivos de alarma que se puedan poner a disposición de las mujeres que sufren violencia de género. Por ello, la Xunta de Galicia, a través del departamento competente en materia de políticas de igualdad, debe coordinar la implantación de los mismos, así como su unificación.

El diseño y la implantación de estos sistemas especiales de protección para las mujeres que estando en situación de riesgo los necesiten, correrá a cargo de los departamentos competentes en materia de políticas de igualdad, de justicia, de interior, de protección civil y de investigación, innovación y desarrollo.

Por otro lado, es bien conocido el desmembramiento que sufre la familia que en su seno tiene una situación de violencia de género, por ello se potencia la intervención de los puntos de encuentro⁽²⁷⁾, como servicio que facilite y preserve la relación entre las y los menores y las personas de sus familias en situación de crisis, y que permita y garantice la seguridad y el bienestar de las niñas y los niños, facilitando el cumplimiento del régimen de visitas.

Siendo el menor aquel cuyo interés tiene que primar en todo caso, se prevé la existencia de personal cualificado para el seguimiento de la evolución de las relaciones de las niñas y los niños con sus familias.

La existencia de puntos de encuentro, tan necesaria en cualquier Comunidad, nace a principios del año 2000 cuando en el Juzgado Decano de Valencia se elabora un proyecto para el establecimiento de un lugar destinado a facilitar

(27) Actualmente hay punto de encuentro en: A Coruña, Santiago de Compostela, Ferrol, Lugo, Ourense, Pontevedra y Vigo.

la reunión de los miembros de las familias en situación de crisis o ruptura de la convivencia. En el mes de mayo del 2000 el proyecto “Punto de Encuentro” llegó a la Concejal Delegada de Bienestar Social y Solidaridad del Ayuntamiento de Valencia y, en fecha de 6 de julio de 2000, la Alcaldesa de la Capital asumió públicamente el compromiso de impulsar y promover la creación de un punto de encuentro familiar para la ciudad de Valencia. La iniciativa culminó el 20 de julio de 2001 con la firma del Convenio en colaboración para la creación y desarrollo del programa Punto de Encuentro celebrado entre la Consejería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, el CGPJ, el Ayuntamiento de Valencia y los Colegios Oficiales de Abogados, Psicólogos y Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales de Valencia. Dicho Convenio, publicado en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana núm. 4116, de 29 de octubre de 2001, entró en vigor el día 1 de octubre de 2001 y fijó su vigencia en un año con la posibilidad de prórroga por otro período igual. El objeto del Convenio firmado en Valencia es la puesta en marcha y desarrollo de un programa que posibilite la utilización de un lugar neutral para la ejecución de los regímenes de visitas en las situaciones de ruptura del núcleo familiar que favorezca, básicamente, el derecho fundamental del menor a mantener la relación con ambos progenitores u otros parientes o allegados legalmente autorizados, estableciendo los vínculos necesarios para su buen desarrollo físico, afectivo y emocional, a la vez que preparar a los padres para que, en un futuro, puedan mantener la relación con sus hijos con plena autonomía. Concretamente entre sus objetivos se señala el empleo de la mediación como instrumento para el logro de acuerdos sobre la forma de ejercer la coparentalidad y, en concreto, en lo que afecta a la relación con sus primeros hijos⁽²⁸⁾.

V. LA MEDIACIÓN EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, introduce por primera vez en el proceso civil español la posibilidad de acudir a mediación, la intención es, según la Exposición de Motivos: “con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral”.

(28) ROSA TORNER, F./MARTÍNEZ LLUESMA, J., “Punto de encuentro: una nueva experiencia”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 5652, 2002, pág. 1.

En concreto su regulación se halla en el seno del proceso matrimonial, por dos razones, por un lado, la naturaleza evolutiva de los litigios de familia, que cambian en el tiempo a consecuencia de múltiples factores de diversa índole; y por otro, el desvanecimiento del mito justicia, alcanzándose una imagen más real de la incompleta respuesta que ofrece el sistema legal frente a los conflictos que tienen básicamente componentes extrajurídicos⁽²⁹⁾.

De tal forma, que hoy se prevé expresamente la posibilidad de someterse a mediación en el art. 770 regla 7.^a de la LEC, según el cual “Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”. Este tipo de mediación es intrajudicial, pues se desenvuelve en el seno de un litigio sustanciado ante los Tribunales.

En este marco, la LEC exceptúa la posibilidad de acudir a mediación en aquellos procesos matrimoniales en los que se revelen situaciones de violencia de género⁽³⁰⁾. Y en esta misma línea se halla la ley gallega, en cuanto modifica

(29) ORTUÑO MUÑOZ, P., *Mediación familiar*, Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales, Madrid, 2005, pág. 1125.

(30) Con respecto a dicha exclusión opina GÓMEZ COLOMER, J.L., *Violencia de género y proceso*, Valencia, 2006, págs. 173/4, que la disposición por la que se prohíbe la mediación “es fácilmente interpretable pero difícilmente comprensible.”

En este sentido, lo que se pretende con esta prohibición es fácil de interpretar como decía: Una mediación, es decir, en el sentido más amplio posible y no en el técnico, que creo que es lo más apropiado, haciéndolo equivalente a conciliación, arreglo, transacción, autocomposición en suma, en un proceso civil ya en desarrollo, o a punto de comenzar mediante la presentación de la correspondiente demanda, pues ambos supuestos deben ser posibles, habiendo de por medio un acto de violencia de género, sería un acto viciado, y por tanto nulo, porque sería imposible demostrar que no ha sido lograda la conciliación o el acuerdo de la pareja a la fuerza, o si se prefiere, sería imposible demostrar que se llega a un acuerdo libre y sincero entre ambas partes, dados los antecedentes existentes.

Esto afecta tanto a los casos contemplados en las leyes procesales civiles, v. gr., la conciliación extraprocésal (art. 460 y ss. de la LEC de 1881, en vigor por la Disposición Derogatoria única 1.2.^a de la LEC de 2000), o la intraprocésal (art. 415 de la LEC), como a aquellos casos en los que habiéndose desarrollado una mediación por órganos de las comunidades autónomas pudiera ésta tener consecuencias procesales civiles.

Sin embargo, es posible que se haya producido realmente una conciliación sincera después de iniciado el proceso civil. ¿Qué pasaría entonces? No está resuelto más que la exclusión de la mediación, por consiguiente habrá que acudir a otras vías legales para que al menos los más importantes de los efectos se puedan conseguir, por ejemplo, reanudar la vida en común tras el divorcio (lo que como veremos eliminaría prácticamente todos los efectos de la orden de protección si se hubiera acordado), o no oponerse a las medidas provisionales solicitadas por la mujer, etc. En cualquier caso, es posible que la realidad nos lleve a pensar, lo que sería muy triste porque significaría que no hay cabida para un arrepentimiento sincero o para un perdón verdadero, que cometándose un acto de violencia de género contra la mujer parte en el proceso civil, o bien la mediación no es ni siquiera imaginable o bien se ha obtenido de forma torticera.

la Ley de mediación familiar para excluir aquélla en los supuestos de violencia de género.

Así, y en cuanto sigue manteniendo que los programas de mediación familiar⁽³¹⁾ tienen como finalidad el asesoramiento, orientación y búsqueda del acuerdo mutuo o la aproximación de las posiciones de las partes en conflicto a favor de regular, de común acuerdo, los efectos de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, o bien la ruptura de la unión, así como en conflictos de convivencia, en beneficio de la totalidad de los miembros de la unidad familiar⁽³²⁾; excluye expresamente cualquier proceso de mediación familiar que se halle en curso cuando en él esté implicada una mujer que sufriera o sufra violencia de género.

A sensu contrario, se prevé también expresamente que los programas de mediación tendrán como objeto prioritario la prevención de situaciones de violencia de género, por tanto, se trata de que su actuación se lleve a cabo de manera previa a que se produzca la situación, una vez que se conozca la existencia de una situación de deterioro de convivencia familiar.

No cabe sino elogiar la regulación de la Ley gallega en cuanto a la utilización de la mediación como mecanismo de prevención, en cuanto la mediación se revela como un antídoto de especial relevancia para prevenir situaciones de violencia doméstica, como es un hecho que las agresiones psíquicas o físicas se presenten precisamente con motivo de la crisis conyugal. Sin embargo creemos que es muy radical, al igual que lo ha sido el legislador estatal, al establecer la prohibición expresa de la mediación cuando exista violencia de género, puesto que se enuncia sin ninguna matización la inhabilidad de este sistema en todas las relaciones marcadas y condicionadas por la violencia de género. Así pues,

(31) También lo hace así la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de prevención de malos tratos de Castilla la Mancha.

“Artículo 10. Mediación familiar.

La Administración Regional, cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar, ofrecerá gratuitamente programas de mediación familiar dirigidos a todos los miembros de la familia, de forma individual y en su conjunto.”

(32) La redacción anterior a la ley de violencia de género variaba escasamente, así se preveía que “1. La intervención en los conflictos objeto de la mediación familiar tendrá como finalidad el asesoramiento, la orientación y la consecución de un acuerdo mutuo o la aproximación de las posiciones de las partes en conflicto en orden a regular, de común acuerdo, los efectos de la separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, o bien la ruptura de su unión, así como en conflictos de convivencia en beneficio de la totalidad de los miembros de la unidad familiar”.

me hallo de acuerdo con CARBALLO CUERVO⁽³³⁾, en cuanto no puede entenderse que no sea legalmente admisible que en casos de violencia de género pueda admitirse la presentación de un convenio regulador en el que las partes de mutuo acuerdo fijen las consecuencias de la ruptura de pareja, teniendo en cuenta que en la ratificación personal y por separado del convenio y a través de informe preceptivo del Ministerio Fiscal podrá descartarse todo posible vicio de consentimiento de la víctima pudiendo darse además la circunstancia de que el convenio no sea finalmente aprobado por el juez.

En conclusión, utilizando las palabras de GÓMEZ COLOMER⁽³⁴⁾, me preocupa mucho que la sociedad quiera a toda costa que existan soluciones autocompositivas, mediaciones, conciliaciones, conformidades, en temas generales, y que en estos más concretos o los prohíba o los limite sustancialmente, de manera que se apliquen en toda su plenitud los viejos principios penales retributivos, o sea, quien la hace, la paga. Creo que valdría la pena profundizar en la idea de que avanzar en la lucha contra la violencia de género de manera plenamente satisfactoria para la mujer víctima, lo que incluye la reparación, debería ser, no castigar más y más duramente en cualquier caso sin excepción al varón autor de tan execrable hecho, sino en buscar para ciertos casos alternativas al proceso o condenas distintas a las privativas de libertad, mediante la adopción de medidas que garanticen su no reincidencia y su auténtico arrepentimiento. Dicen quienes saben de esto que a los varones violentos la pena por matar o lesionar a su mujer no les asusta en absoluto, más bien les trae sin cuidado por muy dura que sea.

(33) CARBALLO CUERVO, M.A., “Violencia doméstica”, *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2005, pág. 1092.

(34) GÓMEZ COLOMER, J.L., *Violencia de género y proceso*, Valencia, 2006, pág. 4.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Abuso sexual:

— STS 1070/2007, de 14 de diciembre 216

Acción popular:

— STS 1045/2007, de 17 de diciembre 219

Agravantes.

• *Parentesco:*

— STS 812/2007, de 8 de octubre 147

Asociación ilícita:

— SAP Madrid 381/2007, de 25 de julio 252

• *Banda armada:*

— STS 886/2007, de 2 de noviembre 159

Atentado:

— STS 1030/2007, de 4 de diciembre 203

Atenuantes:

• *Arrepentimiento:*

— SAP Madrid 323/2007, de 24 de julio 250

B

Blanqueo de capitales:

— STS 959/2007, de 23 de noviembre	180
--	-----

C

Confesión:

— STS 960/2007, de 29 de noviembre	192
--	-----

Conformidad:

— STS 960/2007, de 29 de noviembre	192
--	-----

Corrupción de menores:

• *Pornografía:*

— STS 767/2007, de 3 de octubre	142
---------------------------------------	-----

Costas procesales:

• *De la acusación particular:*

— STS 834/2007, de 22 de octubre	150
— SAP Palencia 2/2007, de 6 de febrero	229

D

Defraudaciones:

• *Estafa:*

— STS 950/2007, de 13 de noviembre	169
--	-----

Delito continuado:

— STS 600/2007, de 11 de septiembre	129
— STS 767/2007, de 3 de octubre	142
— STS 950/2007, de 13 de noviembre	169

Delitos contra la Hacienda Pública:

- SAP Barcelona 291/2007, de 3 de septiembre 259
- SAP Barcelona 704/2007, de 29 de octubre 272

Delitos contra la seguridad del tráfico:

- STC 256/2007, de 17 de diciembre 103

Delitos contra los derechos de los trabajadores:

- SAP Barcelona 537/2007, de 23 de julio 246

Delitos:

• *Tentativa:*

- STS 817/2007, de 15 de octubre 148
- STS 861/2007, de 24 de octubre 152

Derecho a la intimidad:

- STS 782/2007, de 3 de octubre 145

Derecho a la tutela judicial efectiva:

- STS 1061/2007, de 13 de diciembre 212

Derecho a la última palabra:

- STC 258/2007, de 18 de diciembre 105

Desobediencia:

- SAP Madrid 495/2007, de 8 de noviembre 277
- SAP Gerona 642/2007, de 7 de noviembre 276

E

Entrada y registro:

- STS 894/2007, de 31 de octubre 156
- STS 951/2007, de 12 de noviembre 165
- STS 924/2007, de 14 de noviembre 175
- STS 925/2007, de 15 de noviembre 177

Entrega vigilada:

- STS 861/2007, de 24 de octubre 152

Error de prohibición:

— STS 1070/2007, de 14 de diciembre	216
— SAP Madrid 871/2007, de 31 de julio	254

F

Faltas:

— SAP Madrid 289/2007, de 24 de julio	248
---	-----

G

Genocidio:

— STC 235/2007, de 7 de noviembre	85
---	----

H

Homicidio:

— SAP Barcelona 676/2007, de 4 de julio	230
— SAP Madrid 323/2007, de 24 de julio	250

I

Impago de pensiones:

— STS 937/2007, de 21 de noviembre	178
— STS 922/2007, de 28 de noviembre	188
— AAP Valladolid 324/2007, de 13 de julio	239

Incendio:

— STS 1021/2007, de 3 de diciembre	194
--	-----

Incongruencia omisiva:

— STS 970/2007, de 26 de noviembre	184
--	-----

Incumplimiento del régimen de visitas:

— SAP Madrid 289/2007, de 24 de julio 248

Intervención de las comunicaciones:

— STC 230/2007, de 5 de noviembre 83
 — STS 887/2007, de 7 de noviembre 163
 — SAP Barcelona 669/2007, de 12 de julio 235
 — SAP Madrid 84/2007, de 13 de julio 237

Intervenciones corporales:

— SAP Barcelona 471/2007, de 6 de julio 232

J

Juicio de faltas:

— STC 258/2007, de 18 de diciembre 105

Juicio oral:

— SAP Murcia 30/2007, de 16 de julio 242
 — SAP Barcelona 810/2007, de 19 de noviembre 278

L

Lesiones:

— SAP Barcelona 676/2007, de 4 de julio 230

P

Prescripción:

— SAP Barcelona 291/2007, de 3 de septiembre 259
 • *Prescripción del delito:*
 — STC 29/2008, de 20 de febrero 112
 — STS 600/2007, de 11 de septiembre 129
 — SAP Barcelona 291/2007, de 3 de septiembre 259

Prevaricación:

— SAP Lérida 350/2007, de 7 de noviembre 274

Principio “non bis in idem”:

— STS 886/2007, de 2 de noviembre 159

Principio acusatorio:

— STS 1094/2007, de 27 de diciembre 199

— STS 11/2008, de 11 de enero 226

Procedimiento abreviado:

— STS 1045/2007, de 17 de diciembre 219

Prostitución:

— SAP Alicante 465/2007, de 23 de julio 244

Prueba:

— STS 1007/2007, de 23 de noviembre 182

— SAP Murcia 30/2007, de 16 de julio 242

• *Prueba alcoholimétrica:*

— SAP Madrid 495/2007, de 8 de noviembre 277

— SAP Gerona 642/2007, de 7 de noviembre 276

• *Prueba biológica:*

— STS 1062/2007, de 27 de noviembre 186

• *Prueba indiciaria:*

— STC 256/2007, de 17 de diciembre 103

• *Prueba pericial:*

— STS 783/2007, de 1 de octubre 136

Q

Quebrantamiento de medida de alejamiento:

— SAP Madrid 871/2007, de 31 de julio 254

— SAP La Coruña 430/2007, de 23 de octubre 271

R

Recursos.

• *Apelación:*

— STC 256/2007, de 17 de diciembre 103

Responsabilidad civil derivada del delito:

— STS 600/2007, de 11 de septiembre 129

• *Subsidiaria:*

— SAP Barcelona 680/2007, de 27 de septiembre 270

• *Vehículos a motor:*

— SAP Madrid 400/2007, de 7 de noviembre 275

S

Salud pública:

• *Tráfico de drogas:*

— STS 784/2007, de 2 de octubre 139

— SAP Barcelona 471/2007, de 6 de julio 232

T

Tentativa:

— SAP Madrid 323/2007, de 24 de julio 250

Terrorismo:

— STS 886/2007, de 2 de noviembre 159

V

Violación:

— STS 817/2007, de 15 de octubre 148

Violencia doméstica:

— SAP Palencia 2/2007, de 6 de febrero	229
— SAP Orense 120/2007, de 1 de agosto	257
— SAP Castellón 384/2007, de 20 de septiembre	264

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 230/2007 de la Sala 1.^a del TC de 5 de noviembre de 2007
(BOE 10 de diciembre de 2007) (Recurso de amparo 6409/2004)**

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

Arts. 18.3 y 24.2 CE; 579 LECrim. y 11.1 LOPJ

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

SÍNTESIS

El acceso policial al registro de llamadas del teléfono móvil intervenido al recurrente, sin su consentimiento ni autorización judicial, vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones y debe quedar excluido del material probatorio apto para desvirtuar la presunción de inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto de este recurso es determinar si se han vulnerado los derechos del recurrente al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). El primero, por haberse accedido al listado de llamadas telefónicas efectuadas desde su teléfono móvil sin que hubiera prestado su consentimiento ni se hubiera obtenido la necesaria autorización

judicial. El segundo, por haber sido condenado sin una actividad probatoria de cargo apta para enervar la presunción de inocencia, pues no lo es la declaración de los coimputados.

2. (...)

En el presente caso, como se ha expuesto en los antecedentes y ha quedado acreditado en las actuaciones, los guardias civiles que procedieron a la detención del recurrente y los otros dos coimputados intervinieron en

poder de éstos sendos teléfonos móviles, accediendo, entre otros, al registro de llamadas memorizado en el terminal hallado en posesión del recurrente, sin contar con su consentimiento ni con la debida autorización judicial, confeccionando un listado de llamadas recibidas, enviadas y perdidas. Igualmente, queda acreditado que en las resoluciones judiciales se desestimó que se exigiera el consentimiento de los titulares de los teléfonos móviles o autorización judicial para acceder a los registros de llamadas de dichos terminales al no suponer una afectación del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE sino, en su caso, al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), toda vez que no afectaba al proceso de comunicación mismo sino a la identificación de los intervinientes en ella.

Con los antecedentes expuestos, debe concluirse, conforme también interesa el Ministerio Fiscal, que se ha vulnerado al recurrente el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), en tanto que, acreditado y reconocido por las resoluciones judiciales el presupuesto fáctico del acceso policial al registro de llamadas del terminal móvil intervenido al recurrente sin su consentimiento ni autorización judicial, dicho acceso no resulta conforme a la doctrina constitucional reiteradamente expuesta sobre que la identificación de los intervinientes en la comunicación queda cubierta por el secreto de las comunicaciones garantizado por el art. 18.3 CE y, por tanto, que resulta necesario para acceder a dicha información, en defecto de consentimiento del titular del terminal telefónico móvil intervenido, que se recabe la debida autorización judicial. Ello supone la imposibilidad de valoración de dicha prueba al tener que quedar excluida del material probatorio apto para enervar la presunción de inocencia, en tanto que obtenida con vulneración de derechos fundamentales del recurrente.

3. En lo relativo a la invocación del derecho a la presunción de inocencia, este Tribunal ha reiterado que las declaraciones de

los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente, se ha afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración —como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna— carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también se ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (por todas, STC 34/2006, de 13 de febrero, FJ 2)

En el presente caso, según ha quedado expuesto con más detenimiento en los antecedentes, en la Sentencia de instancia se argumentó que la actividad probatoria en virtud de la cual se condenó al recurrente estaba constituida por las declaraciones de los otros dos coimputados en el acto del juicio oral, corroboradas por el testimonio de los agentes actuantes, (...)

En atención a lo expuesto, debe concluirse, como también interesa el Ministerio Fis-

cal, que, incluso excluyendo del acervo probatorio el listado de llamadas efectuadas entre los teléfonos móviles de los tres

condenados, no cabe entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

**Sentencia 235/2007 del Pleno del TC de 7 de noviembre de 2007
(BOE 10 de diciembre de 2007) (Cuestión de inconstitucionalidad)**

JUSTIFICACIÓN DEL GENOCIDIO

Arts. 20.1 CE y 607.2 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Eugeni Gay Montalvo**

SÍNTESIS

Interpreta el Tribunal Constitucional el tipo recogido en el artículo 607.2 del Código Penal, concluyendo que la conducta de “negar” el genocidio está amparada por la libertad de expresión, no así la de “justificarlo”, por lo que anula aquella primera variante del precepto examinado. Recogemos también alguno de los votos particulares presentados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona ha promovido cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del artículo 607 del Código penal, a cuyo tenor “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de uno a dos años”.

Los delitos a los que se refiere el citado precepto son los de genocidio, definidos por el art. 607.1 CP como conductas guiadas por el propósito de destruir total o parcialmente

a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetrando alguno de los actos siguientes: 1) matar a alguno de sus miembros; 2) agredir sexualmente a alguno de sus miembros o producirle alguna de las lesiones previstas en el art. 149 CP; 3) someter al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud u ocasionen alguna de las lesiones previstas en el art. 150 CP; 4) llevar a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptar cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o trasladar por la fuerza individuos de un grupo a otro; y 5) producir cualquier otra lesión distinta de las anteriormente señaladas.

Sostiene el órgano judicial proponente que el párrafo cuestionado podría resultar contrario al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [art. 20.1 a) CE]. Por el contrario, tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal consideran, a partir de distintos argumentos, que el mencionado derecho no ofrece cobertura a conductas como las tipificadas como delito en el referido precepto penal y que, por consiguiente, no puede considerarse inconstitucional ni lesivo del principio de intervención mínima del Derecho penal, toda vez que las conductas que con él se intentan prevenir son peligrosas para el bien jurídico protegido.

(...)

4. Desde la primera ocasión en que este Tribunal tuvo que pronunciarse sobre el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, venimos afirmando que “el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder” (STC 6/1981 de 16 de marzo, FJ 3, recogido, entre otras, en las SSTC /1990, de 15 de febrero; 336/1993, de 15 de noviembre; 101/2003, de 2 de junio; 9/2007, de 15 de enero). En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la Sentencia *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, reitera que la libertad

de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno (SSTEDH *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992, § 42, y *Fuentes Bobo c. España*, de 29 de febrero de 2000, § 43).

Los derechos garantizados por el art. 20.1 CE, por tanto, no son sólo expresión de una libertad individual básica sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático. Así, “el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas” (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6).

Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe “sociedad democrática”” (por todas, STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4). Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que “es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege tam-

bién a quienes la niegan” (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2). Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (STEDH *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, de 24 de febrero de 1997, § 49).

Por circunstancias históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema —a diferencia de otros de nuestro entorno— no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 10) pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas.

De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución —y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista

de la dignidad humana constitucionalmente garantizada— a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. Para la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda idea que se exprese será, sin más, digna de respeto. Aun cuando la tolerancia constituye uno de los “principios democráticos de convivencia” a los que alude el art. 27.2 CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo. El problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos.

En ocasiones anteriores hemos concluido que “las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean — y en realidad lo son al negar la evidencia de la historia— quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos” (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8). Esta misma perspectiva ha llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en diversas ocasiones en las que se ponía en duda la colaboración con las atrocidades nazis durante la segunda guerra mundial, a señalar que “la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión” y estimar que no le corresponde arbitrar la cuestión histórica de fondo (Sentencias *Chauvy y otros c.*

Francia, de 23 de junio de 2004, § 69; *Monnat c. Suiza*, de 21 de septiembre de 2006, § 57).

5. Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; 160/2003, de 15 de septiembre, FJ 4). En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, hemos concluido que el art. 20.1 CE no garantiza “el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)” (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8).

De este modo, el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5). Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el

pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 13/2001, de 29 de enero, FJ 7). Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). En concreto, viene considerando (por todas, Sentencia *Ergogdu e Ince c. Turquía*, de 8 de julio de 1999) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH *Gündüz c. Turquía* de 4 de diciembre de 2003, § 41; *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006).

Junto a ello, la regla general de la libertad de expresión garantizada en el art. 10 CEDH puede sufrir excepciones en aplicación del art. 17 CEDH, que no tiene parangón en nuestro ordenamiento constitucional. En su virtud, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que no puede entenderse amparada por la libertad de expresión la negación del Holocausto en cuanto implicaba un propósito “de difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio hacia ellos” (Decisión *Garaudy c. Francia*, de 24 de junio de 2003). En concreto, en esa ocasión se trató de diversos artículos dedicados a combatir la realidad del Holocausto con la declarada finalidad de atacar al Estado de Israel y al pueblo judío en su conjunto, de modo que el Tribunal tuvo en cuenta decisi-

vamente la intención de acusar a las propias víctimas de falsificación de la historia, atentando contra los derechos de los demás. Posteriormente, ha advertido, *obiter dicta*, de la diferencia entre el debate todavía abierto entre historiadores acerca de aspectos relacionados con los actos genocidas del régimen nazi, amparado por el art. 10 del Convenio y la mera negación de “hechos históricos claramente establecidos” que los Estados pueden sustraer a la protección del mismo en aplicación del art. 17 CEDH (SSTDH *Lehideux e Isorni c. Francia*, de 23 de septiembre de 1998; *Chauvy y otros c. Francia*, de 23 de junio de 2004, § 69).

En este punto resulta adecuado señalar que, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para invocar la excepción a la garantía de los derechos prevista en el art. 17 CEDH no basta con la constatación de un daño, sino que es preciso corroborar además la voluntad expresa de quienes pretenden ampararse en la libertad de expresión de destruir con su ejercicio las libertades y el pluralismo o de atentar contra las libertades reconocidas en el Convenio (STEDH *Refah Partisi y otros c. Turquía*, de 13 febrero 2003, § 98; Decisión *Fdanoka c. Letonia*, de 17 junio 2004, § 79). Sólo en tales casos, a juicio del Tribunal europeo, los Estados podrían, dentro de su margen de apreciación, permitir en su Derecho interno la restricción de la libertad de expresión de quienes niegan hechos históricos claramente establecidos, con el buen entendimiento de que el Convenio tan sólo establece un mínimo común europeo que no puede ser interpretado en el sentido de limitar las libertades fundamentales reconocidas por los ordenamientos constitucionales internos (art. 53 CEDH).

De esta manera, el amplio margen que el art. 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas, acrecentado, en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos (STC 43/2004, de 23 de marzo), encuentra su límite en las ma-

nifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables. Como dijimos en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8, “el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”. Fundamentada en la dignidad (art. 10.1 y 2 CE) es, pues, el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo que, de no ser por ello, podría encuadrarse en el ámbito constitucionalmente garantizado por el art. 20.1 CE.

6. El precepto cuestionado es el primer inciso del art. 607.2 CP, cuyo tenor literal ya ha sido reseñado anteriormente. Como ponen en evidencia el Auto de planteamiento de la cuestión y el Abogado del Estado y el Fiscal en sus alegaciones, este precepto debe entenderse en el contexto de otros que vienen a dar cumplimiento, en el ámbito penal, a los compromisos adquiridos por España en materia de persecución y prevención del genocidio; entre ellos, el apartado segundo del artículo 22 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos que establece que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley” y el art. 5 del Convenio de Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, por el que Espa-

ña se compromete a establecer, con arreglo a su Constitución, “sanciones penales eficaces” para castigar a las personas culpables de genocidio o de “instigación directa y pública” a cometerlo.

Entre ellos, dada la cercanía de las conductas perseguidas, ha de tomarse en cuenta el art. 615 CP, que establece que la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos contra la comunidad internacional se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos. Junto a él, el art. 510.1 CP, introducido en el Código penal de 1995 como consecuencia directa de la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses a quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. Finalmente, los títulos dedicados a los delitos contra el honor y los relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas vienen a completar el ámbito penal de protección en el que se inserta también el precepto cuestionado. A través de estos tipos nuestro Derecho penal se alinea con las obligaciones internacionales contraídas por España en la materia. Sin perjuicio de ello, otros países que padecieron especialmente el genocidio cometido durante la época nacionalsocialista, han introducido también en su elenco de delitos, en razón de estas trágicas circunstancias históricas, el consistente exclusivamente en la mera negación del holocausto.

El primer apartado del art. 607 CP cierra el sistema específico de protección exigido por los instrumentos internacionales en la materia que vinculan a nuestro Estado, castigando las diversas modalidades de comisión de este delito y exigiendo, en todo caso,

un dolo específico concretado en el propósito de destruir a un grupo social. Complementariamente, en su apartado segundo el legislador ha venido a añadir un tipo penal independiente, en el que ya no se incluye dicho dolo específico y que castiga la difusión de determinadas ideas y doctrinas. Con independencia de su objeto, la incidencia de este tipo punitivo previsto en el art. 607.2 CP sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) viene determinada por la inicial descripción de las conductas perseguidas, consistentes en difundir por cualquier medio ideas o doctrinas ya que, puesto que no se exige expresamente elemento suplementario alguno, hay que considerar que en principio se trata de una difusión en cierto modo “neutra”, con independencia de la repulsión que determinadas afirmaciones puedan causar.

Aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznales que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución. La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad

de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal.

En tal sentido, no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional. Más allá del riesgo, indeseable en el Estado democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, del que hemos advertido en otras ocasiones (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; STEDH caso *Castells*, de 23 de abril de 1992, § 46), a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político.

7. Conforme reiteradamente hemos venido manteniendo, en virtud del principio de conservación de la ley sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos “cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma” (por todas, SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8; 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6; 131/2006, de 27 de abril, FJ 2). Por ello será preciso “explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución” (SSTC 138/2005, de

26 de mayo, FJ 5; 76/1996, de 30 de abril, FJ 5) habiendo admitido desde nuestras primeras resoluciones la posibilidad de dictar sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. No podemos, en cambio, tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza “a ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos” (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2; y 341/1993, de 18 de noviembre). En definitiva, como señalamos en la STC 138/2005, de 26 de mayo, “la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7)”.

Nuestro cometido habrá pues de ceñirse en este caso a confrontar el texto cuestionado del art. 607.2 CP con el ámbito protegido al derecho a la libertad de expresión en los términos reseñados en los anteriores fundamentos jurídicos. Un análisis meramente semántico del contenido del precepto legal permite distinguir en su primer inciso dos distintas conductas tipificadas como delito, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. A simple vista, la negación puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo

que puedan ser calificados de genocidio. La justificación, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuridicidad partiendo de cierta identificación con los autores. De acuerdo con los anteriores fundamentos jurídicos, el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio. El legislador ha dedicado específicamente a la apología del genocidio una previsión, el art. 615 CP, a cuyo tenor la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos de genocidio será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la que les correspondiese. El hecho de que la pena prevista en el art. 607.2 CP sea sensiblemente inferior a la de esta modalidad de apología impide apreciar cualquier intención legislativa de introducir una pena cualificada.

8. Procede, por tanto, determinar si las conductas castigadas en el precepto sometido a nuestro control de constitucionalidad pueden ser consideradas como una modalidad de ese “discurso del odio” al que, como ha quedado expuesto anteriormente, alude el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión.

En lo que se refiere a la conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio la conclusión ha de ser negativa ya que dicho discurso viene definido —en la ya citada STEDH *Ergogdu e Ince c. Turquía*, de 8 de julio de 1999— como aquél que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias, lo que, como también ha quedado dicho, no es el supuesto contemplado en ese punto por el art. 607.2 CP. Conviene desta-

car que la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra b) del art. 20.1 CE. Como declaramos en la STC 43/2004, de 23 de marzo, la libertad científica goza en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto a las de expresión e información, cuyo sentido finalista radica en que “sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática” (FJ 4).

La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente —como sugiere el Ministerio Fiscal— puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 12), la constitucionalidad, *a priori*, del precepto se

estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. Forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del art. 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal. En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE).

9. Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE.

Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. Debe subrayarse que la incitación indirecta a la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el art. 607.1 CP como delito de genocidio —entre las que se incluyen entre otras el asesinato, las agresiones sexuales o los desplazamientos forzados de población— cometidas con el propósito de exterminar a todo un grupo humano, afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales. Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal.

El entendimiento de la difusión punible de conductas justificadoras del genocidio como una manifestación del discurso del odio está, además, en absoluta consonancia con los textos internacionales más recientes. Así, el art. 1 de la Propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Consejo de la Unión Europea en reunión de 20 de abril de 2007, limita la obligación de los Estados

miembros de adoptar medidas para garantizar que se castigue la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio a los casos en los que “la conducta se ejecute de tal manera que pueda implicar una incitación a la violencia o al odio” contra el grupo social afectado.

Por lo demás, el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el art. 20.1 CE, que no protegen “las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas” (por todas SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8).

De ese modo, resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución.

Quedan así resueltas las dudas del órgano judicial proponente de la cuestión de in-

constitucionalidad, que llamaba la atención de este Tribunal sobre el hecho de que el tenor literal del art. 607.2 CP en ningún momento contempla un elemento de incitación directa a la comisión de un delito de genocidio y sobre el dato de que la pena que en él se establece de prisión es de uno a dos años, por lo que no guardaría proporción, dada su levedad, con la modalidad delictiva definida con carácter general en el art. 18 CP ni con la castigada en el art. 615 CP con la pena inferior en uno o dos grados al delito provocado.

Efectivamente, la referida interpretación del art. 607.2 CP conforme a la Constitución no puede entenderse como desvirtuadora de la voluntad del legislador, pues dota al precepto de un ámbito punible propio y específico que, en aplicación del principio de proporcionalidad puede entenderse adaptado razonablemente en cuanto a las penas a la gravedad de las conductas perseguidas.

No es desde luego cometido de este Tribunal depurar técnicamente las leyes, evitar duplicidades o corregir defectos sistemáticos, sino sólo y exclusivamente velar por que no vulnere la Constitución. Debe sin embargo subrayarse que esta interpretación constitucionalmente conforme del art. 607.2 CP en absoluto desvirtúa la voluntad del legislador de sancionar de determinado modo la provocación directa al delito de genocidio (art. 615 CP), en la medida en que dota al precepto de un ámbito punible propio, que supone en su caso una modalidad específica de incitación al delito que merece por ello una penalidad diferenciada, adaptada, según el criterio del legislador, a la gravedad de dicha conducta conforme a parámetros de proporcionalidad. Otro tanto cabe decir de la posible concurrencia normativa del art. 510 CP, que castiga con una pena diferente a la del art. 607.2 CP la conducta, asimismo diferenciable, que define como de “provocación” y la refiere “a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia

de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad, y en consecuencia:

1.º Declarar inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en el primer inciso artículo 607.2 del Código penal.

2.º Declarar que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del Código penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico 9 de esta Sentencia.

3.º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON ROBERTO
GARCÍA-CALVO Y MONTIEL RESPECTO DE
LA SENTENCIA DICTADA EN LA CUESTIÓN
DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚMERO
5152-2000, PROMOVIDA POR LA
AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA EN
RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 607.2 DEL
CÓDIGO PENAL, POR PRESUNTA VIOLACIÓN
DEL ARTÍCULO 20.1 DE LA CONSTITUCIÓN

Respetando la decisión mayoritariamente acordada en la cuestión de inconstitucionalidad 5152-2000 y ejercitando mi derecho a discrepar reconocido en el art. 90.2 LOTC, manifiesto mi disconformidad con la Sentencia dictada y a tal efecto formulo las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar y como punto de partida de las reflexiones que subsiguen, me re-

sulta inaceptable la conclusión de constitucionalidad que según términos literales del apartado segundo de la parte dispositiva, establece: “Declarar que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del Código penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico 9 de esta Sentencia”.

Tal determinación —respecto a cuya formulación, por referencia a uno de los fundamentos jurídicos de la sentencia —, siempre me ha producido rechazo —aunque sea de uso frecuente en este Tribunal— no sólo porque ensombrece la meridiana claridad que ha de presidir la formulación de la parte dispositiva de las resoluciones jurisdiccionales, sino que en cuanto que obliga a acudir a alguno de los razonamientos de aquélla para comprender el alcance de la conclusión dispositiva, quebranta así el hilo discursivo de la Sentencia cuya concordancia fáctica y lectura continuada debe propiciar, sin aditamento referencial alguno, la comprensión del fallo incluso para los profanos en Derecho.

Seguidamente instrumento lo que considero como ortodoxa técnica analítica estructural y, acudiendo al contenido del único fundamento jurídico (noveno) que la Sentencia de la que discrepo dedica al problema, desde esa perspectiva me sorprende que haya de acudirse, con “matizaciones” de excepcionalidad y justificación indirecta, a la libertad de configuración del legislador en un ejercicio ajeno a una correcta hermenéutica, a fin de sostener que la tesis mantenida en dicho fundamento que se intenta corroborar mediante “aderezos” argumentales complementarios, el discurso que conduce a conclusiones con las que muestro mi desacuerdo.

Por el contrario, creo que simplemente bastará reseñar, sin aditamento “colateral” alguno, la mencionada libertad de configuración legislativa para alcanzar soluciones distintas a las consignadas en el segundo de los apartados del fallo de la Sentencia. Más

adelante explicitaré esta conclusión, ya que así formulada quedaría reducida a una afirmación crítica puramente apodíctica.

2. Por otra parte, la afirmación que asumo —como dice la Sentencia— de que “no es desde luego cometido de este Tribunal depurar técnicamente las leyes, evitar duplicidades o corregir defectos sistemáticos, sino sólo y exclusivamente velar por que no vulneren la Constitución” no creo que propicie la justificación de la constitucionalidad del inciso del art. 607.2 del Código penal cuestionado a base de afirmar que la interpretación precedente —que se autotitula “conforme a la Constitución”— pues creo que, en lugar de posibilitar la conclusión mayoritariamente acogida, estimo, por el contrario, que, tanto operando con la técnica hermenéutica descrita en el art. 3 del Código civil, es decir “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”, como por la propia sistemática que ofrece el Código penal en el que está inserto el referido precepto cuestionado y al que se refiere este Voto, dicha fórmula expositiva conduce a una determinación de signo diferente.

A tal efecto conviene recordar que, dentro del título XXIV del Código penal vigente —“Delitos contra la Comunidad Internacional”— el capítulo segundo regula los “Delitos de genocidio”. Existe, pues, un esquema clasificatorio, al que se añade el capítulo II bis —“Delitos de lesa humanidad”— que pone en evidencia una voluntad legislativa de cerrar el elenco de las conductas delictivas residenciadas en el título reseñado a través descripciones típicas que, en mi opinión, se agotan en sentido “descendente” —aunque no por ello, alcanzan la impunidad. La simple lectura del art. 607 del Código penal vigente evidencia una relación comprensiva de dichos comportamientos punibles, cuya definición y sanción

es acorde con las últimas tendencias del Derecho comparado europeo.

Demostración palpable de lo precedentemente expuesto es la transcripción integral y literal del precepto:

“Art. 607-1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2.º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el art. 149.

3.º Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el art. 150.

4.º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5.º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los núms. 2.º y 3.º de este apartado.

2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.”

Como elementos de refuerzo argumental de este Voto hemos de reseñar:

a) La exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, modificadora del Código penal en relación con las innovaciones introducidas en el precepto que ahora interesa ya que, según se expone en ella:

— La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchas contra ella.

— España no permanece ajena al despertar de este fenómeno.

— Y, en fin, porque constata dicha proliferación, nos vemos obligados a dar un paso más allá de la represión de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defienden el racismo o la exclusión étnica, dado que constituyen —según la STC 214/1991— obligación que no ha de verse limitada en nombre de la libertad ideológica o de expresión.

b) El contenido del Convenio de Nueva York de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio y su Instrumento de adhesión de 13 de septiembre de 1968, el art. 19 de la Declaración de derechos humanos, arts. 10 y 18 del Convenio de Roma y los arts. 3 y 19 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la cobertura jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

c) Los antecedentes legislativos que acreditan la aprobación sin oposición alguna por todos los grupos parlamentarios del nuevo Código penal surgido de la Ley Orgánica mencionada y, por tanto, de la redacción dada a su art. 607.

d) El art. 10 de la Convención europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y sus libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (BOE de 10 de octubre de 1979) que reconoce que el ejercicio de las libertades de opinión e información puede ser sometida a restricciones o sanciones, previamente previstas en las leyes que,

regulando la libertad de expresión e informativa, deben interpretarse conforme a los convenios en la materia suscritos por España.

Y, por último,

e) La Sentencia 214/1991 de este Tribunal Constitucional que literalmente dice que “Ni la libertad ideológica, ni la libertad de expresión comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que tal como dispone el art. 20.4 CE no existen derechos ilimitados y ello es contrario no solo al derecho al honor sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana ... el odio y el desprecio a todo un pueblo o una etnia (a cualquier pueblo o cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos”.

3. La explicitación anunciada y referida a la libertad de configuración legal ha de apoyarse sobre la base de negar que el tipo delictivo cuestionado adolezca de vaguedad o sea “difuso”, sino que tiene como punto de referencia concreta el delito de genocidio, pues —tal como destaca el Abogado del Estado—, en su minucioso y fundado informe, “basta la lectura del art. 607.2 CP, para comprobar que los tipos que de su enunciado resultan, no pueden identificarse con ese vaporoso ‘resto’ sin explicación y sin contenido como parece sugerir la Sala que plantea la cuestión de inconstitucionalidad: la justificación y negación de los delitos de asesinato, o de las agresiones sexuales, o de los traslados forzosos de poblaciones, o las esterilizaciones, o las pretensiones rehabilitadoras de regímenes que amparen estos delitos, no son leves perturbaciones de la igualdad jurídica, ni su punición responde al modesto propósito de evitar discriminaciones ocasionales. Se trata de condenar acciones que el legislador ha valorado como causas de impulso directísimo a la perpetración de graves delitos que dañan a los intereses más esenciales de la convivencia humana. Y la apre-

ciación de esta relación causal entre la exposición divulgadora de ciertas doctrinas o ideas y los crímenes más abyectos, no es un capricho ocasional o repentino del legislador, ni una presunción irrazonable o excesiva, sino el producto de unas dolorosas experiencias históricas. Por tanto, el art. 607.2, no carece de contenido”.

Por ello, por más que se esfuerce la Sentencia mayoritaria, no justifica la conclusión segunda de su parte dispositiva, ya que únicamente aporta —en las únicas dos páginas y media que se dedican a justificar la decisión de inconstitucionalidad de la que discrepo— matizaciones dialécticas que, a mi entender, sólo constituyen un puro excurso argumental formalista, dado que, según se deriva de la misma, aquéllas se incardinan en la teórica y no empírica distinción entre incitación directa o indirecta a la comisión de delitos contra el derecho de gentes situando la negación del genocidio en “el ámbito de las meras opiniones sobre los hechos históricos, es decir, en la esfera cubierta por el derecho de la libre expresión”, permitiendo el juego de los artículos 16.1 CE (libertad ideológica) y 20.1.a) CE (libertad de opinión) y, consecuentemente, la imposibilidad de considerar dicho comportamiento descrito en el inciso tantas veces referido del art. 607.2 CP como constitucionalmente correcto.

Tomo aquí nuevamente las palabras del Abogado del Estado: “las ideas y doctrinas criminalizadas en el art. 607.2 CP son las genocidas. No se trata de propagar doctrinas simplemente adversas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Tampoco se trata de la pura negación de unos hechos, como puede ser el exterminio de unos seis millones de judíos por el régimen criminal que gobernó el Reich alemán entre 1933 y 1945. El precepto pena la negación o justificación ‘de los delitos’, no la pura negación de hechos, abrumadoramente ciertos, por desgracia para la humanidad, en el caso de la destrucción de los judíos europeos. Propiamente, no esté en juego la libertad de información, que no proteje las falsedades deli-

beradas [‘información veraz’, art. 20.1.d) CE]. Está en juego la difusión de cierto tipo de ideas o doctrinas”.

4. En definitiva, estamos en presencia de un delito de peligro abstracto que con especificidad propia se diseña a partir de la polivalente expresión cual es la “difusión” que abarca tres modalidades comisivas con una concreta referencia a “los delitos tipificados en el apartado anterior de esta artículo”. Con ello se cierra el círculo sancionador previsto por el legislador para las conductas relativas al delito de genocidio, que, por ello resulta distinto y diferenciado de otras figuras criminales como la provocación para delinquir (art. 18 CP), o la incitación al odio racial (arts. 510, 515.5, 519 y 615 del mismo CP) supuestos de concurso o conflicto de leyes para los que el art. 8 del Código penal ofrece las precedentes soluciones.

En mi opinión, creo que no cabe sino concluir que, ante las razones de sistemática expuestas y por la propia naturaleza del delito, la descripción típica referida a “la justificación del genocidio” conforma a aquél como una figura penal, de peligro abstracto, en cuanto que, en correspondencia con mi criterio y con la meridiana objetividad y penoso recordatorio, que el Abogado del Estado reseña, esa naturaleza se conforma, por contraposición, “al peligro concreto que representa el tiro en la nuca, el coche bomba o la expulsión del territorio para determinadas clases de personas. La difusión de ideas y doctrinas racistas o xenófobas han logrado estimular resortes psicológico-sociales no bien conocidos, y crear una atmósfera social que, como demuestra el desarrollo de los hechos en la Alemania nazi, comienza con la discriminación legal en el acceso a cargos públicos y profesionales; sigue con el estímulo de la emigración de parte de la población; y se extiende e intensifica a todos los campos de la convivencia hasta los extremos de destrucción y exterminio que conoce la historia”.

Son pues, las precedentes referencias las que permiten llegar a la conclusión que se refleja en este Voto en cuanto ésta deviene

de su “comparación sistemática con otros preceptos penales, con los que verdaderamente tiene una más estrecha y directa relación, esto es con los delitos de especialísima gravedad que relaciona el apartado primero del propio artículo y que se agrupan bajo la rúbrica de ‘delitos de genocidio’. Dicha vinculación es tanto más intensa cuanto que el tipo cuya constitucionalidad niega la resolución mayoritariamente adoptada se integra por vía de remisión con elementos definitorios de los delitos enumerados en los distintos apartados del párrafo 1, que no son sino delitos de resultado”.

Si —como destaca el Ministerio Fiscal— a ello se añade que “el núcleo de la acción castigada se enmarca bajo la común rúbrica de la difusión, que lleva implícito el requisito de la publicidad, ya que el término que encabeza el tipo implica la utilización de medios de comunicación para la puesta en conocimiento general de lo que es objeto de opinión o juicio de valor, lo que, consiguientemente, presupone el conocimiento, al menos potencial, por una pluralidad de personas de lo opinado o valorado”, habrá de concluirse necesariamente en que ambas conductas delictivas —negación y justificación—, e incluso la tercera, cual es la de “pretender la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos” (delitos tipificados en el apartado anterior), unidas todas ellas por la conjunción disyuntiva “o” más no por la copulativa “y” —reflejadas en los incisos del apartado 2 del art. 607 del Código penal— han de tener el mismo calificativo, que no puede ser otro que el de acordes con la Constitución.

5. A partir de las especificaciones anteriores en las que se destaca como, ante concretas formas delictivas —nuevas en otros tiempos y resurgentes en los actuales (piénsese en además del genocidio, en el narcotráfico o en el terrorismo)— el legislador ofrece respuestas en las que el soporte de los derechos fundamentales que entran en conflicto o resultan afectados no se alteran sino que se limitan, no podemos desautorizar

constitucionalmente el principio de configuración legal ni el de intervención mínima propio del Derecho penal con benevolentes, artificiosas y teóricas prevenciones que, en lugar de consolidar dichos derechos, lo que hacen es debilitar la salvaguarda de aquéllos, los cuales, por su objetiva primacía y efectiva realidad, merecen —no con privilegiada preferencia, más sí con empírica y casuística evaluación y sin otra finalidad que ajustar a términos de razonabilidad y proporcionalidad— otra solución jurídica que la ofrecida por la Sentencia aprobada por la mayoría de mis compañeros para solventar los conflictos que entre ellos puedan suscitarse.

Creo que con dicha exposición queda así justificada mi discrepancia con la Sentencia mayoritaria, cuya parte dispositiva, a mi modesto entender, debió declarar constitucionales los dos incisos a los que se hace referencia en la misma. Parecer que, con todo el respeto, manifiesto frente a quienes comparten la decisión aprobada por el Pleno de este Tribunal Constitucional.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON JORGE
RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ RESPECTO DE
LA SENTENCIA DEL PLENO DE 7 DE
NOVIEMBRE DE 2007, REFERENTE AL
DELITO DE DIFUSIÓN DE IDEAS QUE
NIEGUEN O JUSTIFIQUEN DELITOS DE
GENOCIDIO

1. Disiento de la Sentencia aprobada en el día de hoy. La cuestión de inconstitucionalidad de la que nació este proceso en el año 2000 planteaba, y planteará, problemas procesales, en los que no me voy a detener. Tampoco voy a entrar en un análisis jurídico-penal del art. 607.2 CP. Me basta señalar que no cabe independizar los tipos del art. 607.1 de los del art. 607.2 CP (en contra de lo que se asevera en el FJ 6), ni es convincente diferenciar penalmente la negación de los delitos del art. 607.1 CP, que se considera inane, de la justificación de los mismos, que se acepta tras una trabajosa interpretación

(FJ 9 de la Sentencia de la mayoría). Una crítica de esos extremos se encuentra en las consideraciones que se vierten en los Votos particulares de dos de mis compañeros del Pleno, que comparto. Voy a exponer mi discrepancia con la Sentencia de la mayoría desde el punto de vista del Derecho constitucional y del Derecho comunitario futuro, que son los que me preocupan.

2. El artículo 1.1 de la Constitución española declara que tanto la libertad como el pluralismo político son valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Desde la transición democrática, cuyo aniversario se ha festejado recientemente, España ha sido el país del pluralismo. En el ámbito social, el económico, el político y en la vertebración territorial del Estado el pluralismo ha sido el signo que ha marcado estos treinta años de experiencia democrática. En ese marco, nuestra Constitución de 1978 ha cobijado con generosidad a todos los españoles, sin acepción de ideología, de credo o de partido. Se ha afirmado, sin embargo, que “la paradoja de la libertad es también la paradoja del pluralismo”. La experiencia del constitucionalismo europeo, en el período de entreguerras del siglo XX, demostró que la aparición de fuerzas antipluralistas en el seno de una sociedad democrática pone en cuestión, con excesiva facilidad, la libertad y el sistema pluralista mismo.

Europa vivió entre 1918 y 1945 la época dorada del constitucionalismo clásico, basada en lo que se llamó, en forma expresiva, “exceso de confianza en la soteriología jurídica”. Profesar una fe inocente en el Derecho constitucional, considerándolo como realidad salvadora que, por sí misma, asegura la libertad o el pluralismo fue un camino que se truncó por experiencias dramáticas en países que conocieron las Constituciones técnicamente más perfectas que ha ideado el genio humano.

Dejando aparte la propia experiencia de nuestra guerra civil, pese a la Constitución de la II República española de 1931, el colapso de la Constitución de Weimar de

1919, pocos meses después de que el Mariscal Hindenburg encomendase a una coalición de partidos que apoyaba a Adolf Hitler la formación de un gobierno nacionalsocialista en 1933, o la impotencia de muchas Constituciones de la Europa central u oriental para frenar el totalitarismo comunista, tras la segunda guerra mundial, llevó en la posguerra inmediata a la Declaración universal de derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, al Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, al Tribunal de Estrasburgo y a la misma Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948, en cuyo cumplimiento se dicta el art. 607 CP que nos ocupa.

Al igual que la Ley Fundamental de Bonn (artículo 1) la Constitución española de 1978 proclamó, por ello, que “la dignidad de la persona humana” es el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), al considerar que sólo una concepción del Derecho fundada en dicha dignidad puede fundamentar un Estado social y democrático de Derecho y que dicho Estado debe contar además, para ser plural, con mecanismos de garantía frente a la repetición de intentos de perversión del pluralismo.

En este contexto histórico se explican las leyes que incriminan a quienes niegan o trivializan el holocausto nazi o, como en España, lo hacen respecto de los delitos de genocidio tipificados en el art. 607.1 CP o de enaltecimiento del terrorismo, en el art. 578. Alemania, Austria, Bélgica, la República checa, Eslovaquia, Francia, Holanda, Liechtenstein, Lituania, Polonia, Rumania y Suiza forman, junto a Israel, una lista de honor en la que, desde la inconstitucionalidad parcial del art. 607.2 CP que declara la Sentencia de la que discrepo, se difumina el nombre de España.

La Resolución del Parlamento Europeo sobre memoria del Holocausto, antisemitismo y racismo recuerda que el 27 de enero de 2005 no debe servir sólo para el recuerdo

estremecedor del sexagésimo aniversario de la liberación del campo de exterminio nazi en Auschwitz-Birkenau, donde fueron asesinados un millón y medio de judíos, personas de etnia romaní, polacos, rusos, prisioneros de varias nacionalidades y homosexuales, sino también debe servir de lección para alertar de los peligros que derivan del “preocupante aumento del antisemitismo, especialmente los incidentes antisemitas en Europa” (sic).

En efecto, el riesgo de los grupos antipluralistas no se limita hoy a un mero antisemitismo. El menosprecio y el vilipendio también amenaza a las minorías africanas, árabes y asiáticas y a los inmigrantes no europeos que confluyen en forma significativa en el presente siglo en nuestro continente. De ahí el acierto de la tipificación de las diferentes formas de genocidio en el art. 607.1 CP y la consecuente punición de la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen tales delitos en el art. 607.2 CP. Este antipluralismo puede ser hoy un “peligro presente y claro” en una nueva Unión Europea formada por quinientos millones de seres humanos. Por eso la propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Consejo de la Unión Europea el 20 de abril de 2007, considera que el racismo y la xenofobia constituyen una amenaza actual para los 27 Estados miembros de la Unión, que debe llevar a definir un nuevo Derecho penal común a los quinientos millones de seres humanos que integran la Unión Europea, donde se castigue la “negación” o la “trivialización ofensiva” (“*denying or grossly trivialising*”) de los crímenes de genocidio. Se trata de que ningún Estado europeo se pueda convertir en refugio y centro de propaganda de los nuevos grupos antipluralistas, para no repetir en este siglo los errores del siglo XX. Dicha propuesta de Decisión Marco que se declara, por supuesto, compatible con las libertades de expresión y asociación reconocidas en los arts. 10 y 11 CEDH, tiene un alcance más amplio de lo que se recoge en el

FJ 9 de la Sentencia de la mayoría y, sin duda, consonante con el elemento tendencial que exigía ya el art. 607.2 CP antes de nuestra Sentencia, como se razona en el Voto particular del Magistrado don Pascual Sala Sánchez.

3. En un célebre Voto particular (caso *Milk Wagon Drivers Union of Chicago v. Meadowmoor*) el Juez Black, del Tribunal Supremo norteamericano, afirmaba, en 1941, que la libertad de hablar y escribir sobre asuntos públicos es tan importante para el gobierno en América como el corazón para el cuerpo humano. La libertad de expresión —decía— es el corazón mismo del sistema de gobierno norteamericano. Por eso cuando el corazón se debilita desfallece el sistema y cuando se silencia el resultado es su muerte.

La Sentencia de la que disiento se inspira en esta doctrina al fundar su razón de decidir (FJ 9 y fallo) en la libertad de expresión del art. 20 CE y opera sobre el sentido y alcance del art. 607.2 CP, en aras de esa libertad de expresión (FFJJ 4, 6 y 9).

Tal amplitud de la libertad de expresión representa, sin embargo, un retroceso inoportuno y grave en las garantías del pluralismo que regían en España y en los países de la Europa democrática actual que acabo de citar. En el año 1941, cuando el Juez Black escribía su famoso Voto particular, el viaje a Estados Unidos no era una travesía virtual por Internet. Cruzaban el Atlántico miles de barcos en los que huían de la Shoá, holocausto o sacrificio por fuego, miles de seres portadores de “vidas indignas de ser vividas”. Entretanto la vieja Europa contemplaba el sacrificio de seis millones de judíos, que no habían podido alejarse de una realidad monstruosa que desconocía la dignidad que todo ser humano tiene, en su irrepetible individualidad. Cada continente genera sus propios monstruos y la frialdad burocrática de un régimen que practicaba científicamente todas las conductas genocidas que tipifica hoy nuestro art. 607 CP no se produjo

en América, sino en Europa. Por eso la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos contempla, fiel a la tradición de los *pilgrim fathers* de la Unión americana, una “*precious freedom of expression*”, mientras que —con la excepción del Reino Unido y los países escandinavos— los Estados democráticos europeos no encuentran reparo en adoptar leyes que incriminan a quienes niegan o trivializan los crímenes del holocausto nazi o el genocidio. En Europa el puesto de honor en la lista de los derechos fundamentales lo ostenta la dignidad del ser humano, por lo que no nos debemos dejar deslumbrar por categorías ajenas a la experiencia europea.

4. El problema constitucional se acrecienta, y ahí se profundiza aún más mi discrepancia, cuando, con cita de la STC 48/2003, de 12 de marzo, sobre la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, el fallo de la mayoría produce una modificación de la doctrina vertida en el FJ 7 de aquella Sentencia unánime del Pleno, al no reparar en que, ante delitos como el de genocidio, se trae a colación siempre la dignidad del ser humano, que tratamos con cuidado exquisito en el FJ 7 de la referida STC 48/2003. La Sentencia de la mayoría considera que las ideas u opiniones que han dado origen a esta cuestión de inconstitucionalidad “resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada” (sic en FJ 4) pero ello no impide concluir que, al menos en parte, deben encontrar cobijo en una visión de la libertad de expresión del art. 20 CE de la que discrepo.

Esta doctrina se contrapone a lo que declaramos en las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre (caso *León Degrelle*) y 176/1995, de 12 de enero (caso del cómic Hitler-SS). En efecto, la STC 214/1991 desarrolló una teoría revolucionaria de la legitimación procesal, para concedérsela a doña Violeta Friedmann, mujer judía superviviente del campo de exterminio de Auschwitz-Birkenau que reivindicaba su derecho al honor y el de todos los judíos frente a una posición negadora de los crímenes del celeberrimo doctor Mengele. Afirmamos en el FJ 8 de aquella importante Sentencia que el artículo 20.1 CE no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la Historia y del mundo tendente a menospreciar y discriminar a personas o grupos en un discurso antisemita, racista o xenófobo pues ello viola la dignidad de la persona humana, que es (en el art. 10.1 CE) uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Más contundente, si cabe, fue la STC 176/1995 cuando, en su FJ 5, apostilló que la libertad de expresión es un valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución, pero que un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional (SSTC 170/1994 y 76/1995). “Un cómic como este, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra”.

**Sentencia 256/2007 de la Sala 2.^a del TC de 17 de diciembre de 2007
(BOE 22 de enero de 2008) (Recurso de amparo 3328/2005)**

CONDENA EN APELACIÓN. PRUEBA DE INDICIOS. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL

Arts. 24.2 CE y 379 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas**

SÍNTESIS

Tras comprobar que la sentencia condenatoria en apelación, sin haber celebrado vista, no se sustentaba en una nueva valoración sin intermediación de pruebas personales, sino en la rectificación de la inferencia realizada en la instancia, se examina y afirma la validez de la indiciaria como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. El examen de las cuestiones planteadas en el presente recurso requiere recordar que la doctrina establecida por el Pleno de este Tribunal, en la Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9 y 10, en relación con la necesidad de respetar las garantías de publicidad, intermediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal, no implica en todo caso la necesidad de nueva práctica de pruebas o la celebración de vista pública en la segunda instancia, sino que ello dependerá de las circunstancias del caso y de la naturaleza de las cuestiones a juzgar.

En concreto, como venimos señalando desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, la doctrina sentada a partir de la STC 167/2002 no resulta aplicable a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia absolutoria de

instancia y la condenatoria dictada en la segunda es una cuestión concerniente a la estricta calificación jurídica de los hechos que la sentencia de instancia considera acreditados y que no se alteran en la segunda instancia, pues para ello no es necesario el examen directo y personal de los acusados o los testigos en un juicio público, sino que el Tribunal de apelación puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. Allí recordábamos que el Tribunal Europeo (SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso *Jan-Ake Andersson c. Suecia* y caso *Fedje c. Suecia*), precisando su doctrina en relación con la STEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbatani c. Suecia*, ha establecido que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con intermediación en la apelación en los supuestos en que «no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pue-

da resolverse adecuadamente sobre la base de los autos».

Igualmente, este Tribunal ha declarado que la rectificación por parte del órgano de apelación de la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que se consideran acreditados en ésta, es una cuestión de estricta valoración jurídica que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación, puesto que se trata simplemente de efectuar una deducción conforme a reglas de lógica y experiencia, a la que ninguna garantía adicional añade la reproducción de un debate público en contacto directo con los intervinientes en el proceso (SSTC 170/2005, de 20 de junio, FJ 3; 74/2006, de 13 de marzo, FJ 2; 43/2007, de 26 de febrero, FJ 5; 196/2007, de 11 de septiembre, FJ 2).

3. A la luz de la jurisprudencia que acaba de exponerse han de analizarse las circunstancias del presente caso y, en concreto, cuál es el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia absolutoria de instancia y la condenatoria de apelación, y cuál es el fundamento de la conclusión condenatoria de la resolución recurrida en amparo.

(...)

La Sentencia de apelación mantiene la relación de hechos probados de la de instancia, limitándose a suprimir el último inciso, relativo a la influencia de la previa ingesta de bebidas alcohólicas en la conducción, cuestión ésta que no constituye un verdadero «hecho», aunque se incluyera como tal, sino una valoración jurídica de la prueba que podía ser modificada por la Sala al resolver el recurso y considerar que esa influencia sí que estaba acreditada, radicando en esta valoración el núcleo de la discrepancia entre ambas resoluciones judiciales y la base de la inicial absolución y posterior condena. La concurrencia de este elemento del tipo se infiere por parte de la Audiencia Provincial a partir de una serie de datos extraídos de la declaración de hechos probados de

la Sentencia de instancia: la ingesta de alcohol previa al accidente, constatada por el resultado de las pruebas de alcoholemia practicadas y cuyos resultados se hacen constar; y la forma de producción del accidente, debida a la pérdida de control del vehículo por parte del acusado, y no a la maniobra o presencia de otro vehículo. Sobre la base de esos datos, pese a los cuales el Juzgado concluyó que no se podía afirmar más allá de toda duda razonable la influencia del alcohol en la conducción, el Tribunal de apelación se limita a efectuar un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en la instancia, concluyendo que conforme a las máximas de experiencia más elementales la conclusión debía ser la contraria, y realizando una nueva inferencia, explicitada en la resolución judicial, en virtud de la cual considera probada la influencia del alcohol previamente ingerido en la conducción y en la producción del accidente.

(...)

En definitiva, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, la Sentencia condenatoria de apelación no se sustenta en una nueva valoración sin intermediación de pruebas personales, sino en la rectificación de la inferencia realizada en la instancia, a partir de unos indicios o hechos base que se consideraron acreditados en ésta, una cuestión que —conforme a la jurisprudencia anteriormente expuesta— podía resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin necesidad de reproducir el debate público y la inmediación para garantizar un proceso justo, pues se trata de efectuar una deducción conforme a las reglas de la lógica y la experiencia. No cabe apreciar, por tanto, la denunciada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

4. Como segundo motivo de amparo, se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por entender que no existe prueba de cargo respecto de la influencia del alcohol en la conducción, cuya acreditación exige el artículo 379 CP.

(...)

Desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, venimos sosteniendo que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se cumplan los siguientes requisitos, que permiten distinguirla de las simples sospechas: a) que parta de hechos plenamente probados, y b) que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria. Nuestro control de la razonabilidad del discurso, esto es, de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; y, más recientemente, 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 170/2005, de 20 de junio, FJ 4;

74/2006, de 13 de marzo, FJ 4; 43/2007, de 26 de febrero, FJ 7).

En el presente caso, como señalamos en el anterior fundamento jurídico, la Audiencia Provincial parte de unos indicios plenamente acreditados en ambas instancias (la ingesta de alcohol previa a la conducción, reconocida por el acusado y constatada por el resultado de las pruebas de alcoholemia practicadas; la forma de producción del accidente, debida a la pérdida de control del vehículo por parte del acusado, sin intervención de otros vehículos; el hecho de no haber dormido esa noche, pese a lo cual había ingerido alcohol) a partir de los cuales considera acreditada la influencia del alcohol en las facultades psicofísicas del conductor y en la producción del accidente, a través de un razonamiento explicitado en el fundamento jurídico primero de la Sentencia y que no puede ser calificado de irrazonable, ni desde el punto de vista de su lógica o coherencia, ni desde la óptica del grado de solidez requerido, ya que se apoya en datos suficientemente concluyentes, por lo que la conclusión del Tribunal sentenciador no resulta excesivamente abierta o indeterminada.

**Sentencia 258/2007 del Pleno del TC de 18 de diciembre de 2007
(BOE 22 de enero de 2008) (Recurso de amparo 2670/2004)**

DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA. JUICIO DE FALTAS

Arts. 24.2 CE; 739 y 969 LECrim.

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

SÍNTESIS

Omisión del turno de última palabra en juicio de faltas que no vulnera el derecho de defensa, al no apreciar el Tribunal que hubiere causado indefensión material, correspondiéndole al recurrente su invocación y acreditación. Se recogen, asimismo, los dos votos particulares concurrentes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. La STC 181/1994, de 20 de junio, fue la primera resolución en que este Tribunal se pronunció sobre el denominado “derecho a la última palabra”. En dicha Sentencia, aunque fuera una consideración *obiter dictum* —la denegación de este motivo de amparo se fundamentó en que no había quedado acreditado que no se hubiera dado al recurrente la posibilidad de ejercer dicho derecho— se afirma que “[e]l derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no sólo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente [arts. 6.3 c) y 14.3 d) del Convenio y del Pacto más arriba reseñados] en la medida en que lo regulen las leyes procesales de cada país configuradoras del derecho. Es el caso que la nuestra en el proceso penal (art. 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: LECrim) ofrece al acusado el “derecho a la última palabra” (Sentencia del TS de 16 julio 1984), por sí mismo, no como una mera formalidad, sino —en palabras del Fiscal que la Sala asume— “por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera”. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio” (FJ 3).

Estas consideraciones fueron reiteradas en las SSTC 29/1995, de 6 de febrero, FJ 6, y 93/2005, de 18 de abril, FJ 3, nuevamente como *obiter dicta* —la primera de ellas te-

nía como objeto analizar si se había vulnerado el derecho a la defensa del recurrente por habersele denegado la posibilidad de defenderse por sí mismo, sin asistencia de Abogado, en un procedimiento por delito, y la segunda por no habersele permitido intervención alguna en la práctica de las pruebas en el acto del juicio oral y formular alegaciones finales en un juicio de faltas, a pesar de haber asumido su autodefensa. Por su parte, la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13, en el contexto del análisis del derecho del acusado a comparecer en juicio, como garantía del derecho de defensa, vuelve a recordar incidentalmente que el derecho a la última palabra es una manifestación del derecho de autodefensa.

Pero, ha sido la más reciente STC 13/2006, de 16 de enero, FJ 4, la que de manera directa y como *ratio decidendi* ha abordado la cuestión del derecho a la última palabra, señalando que posee un contenido y cometido propio bien definido. Así, se señala, por un lado, que es un derecho que se añade al de defensa letrada, en tanto que consagra la posibilidad procesal de autodefensa del acusado y, por otro, que se diferencia del derecho a ser oído mediante la posibilidad de ser interrogado, cuya realización se suele producir al inicio del juicio, dando la oportunidad, una vez que ha tenido pleno conocimiento de toda la actividad probatoria realizada y de los argumentos vertidos en los alegatos de las acusaciones y de su propia defensa, de contradecir o someter a contraste el desarrollo de la vista, añadiendo todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa. Como se destaca en esta Sentencia, “[s]e trata, por lo tanto, de que lo último que oiga el órgano judicial, antes de dictar Sentencia y tras la celebración del juicio oral, sean precisamente las manifestaciones del propio acusado, que en ese momento asume personalmente su defensa... Es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario

la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate, público y contradictorio, que constituye la esencia del juicio oral. El acusado conoce mejor que nadie todas las vicisitudes, que pueden influir en la mejor calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la base de la acusación” (STC 13/2006, FJ 4).

En esta Sentencia, además de la exposición citada, se afirma respecto del derecho a la última palabra que “[e]l hecho de configurarse como una obligación legal, sólo potestativa en su ejercicio para el acusado, como una garantía del proceso con contenido autónomo y propio dentro del derecho de defensa y que se conecta, de este modo, a su vez, con el derecho a un proceso con todas las garantías constitucionalmente reconocido en el art. 24.2 CE, ha llevado a este Tribunal a no exigir carga adicional probatoria en torno a la repercusión efectiva que su pleno ejercicio hubiera hipotéticamente producido aunque sí respecto a la total ausencia de la posibilidad de que el acusado haya podido defenderse por sí mismo” (STC 13/2006, FJ 5).

3. La anterior afirmación se realizó en un supuesto en que fue denegado el derecho a la última palabra en un procedimiento establecido por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En dicha Ley, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento de faltas, que es el concreto supuesto planteado en el presente amparo, y tal como se destacó en dicha STC 13/2006, FJ 5, el art. 37.2 *in fine* establece, expresamente, que, tras la práctica de la prueba y el turno de intervenciones del equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el Letrado del menor, “[e]l Juez oirá al menor, dejando la causa vista para sentencia”. Pues bien, es necesario precisar que, aun cuando no puede reducirse la garantía de la última palabra incondicionalmente a una mera infracción formal desvinculada de la comprobación de que se ha ge-

nerado una indefensión material, dicha garantía exige, al menos desde el plano constitucional un desarrollo argumental en la demanda de amparo acerca de la existencia de una lesión material que permita a este Tribunal valorar la concurrencia de la misma.

En efecto, este Tribunal ya desde la STC 48/1984, de 4 de abril, destacó, por un lado, que “la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 24” (FJ 1) y, por otro, que “[e]l concepto jurídico-constitucional de indefensión que el art. 24 de la Constitución permite y obliga a construir, no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión... La conclusión que hay que sacar de ello es doble: por una parte, que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la Constitución; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto —o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento” (FJ 1). Así, en la STC 48/1986, de 23 de abril, se señaló que “una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella” (FJ 1). Este Tribunal sigue reiterando que para que “una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie” (por todas, SSTC

233/2005, de 26 de septiembre, FJ 10, ó 130/2002, de 3 de junio, FJ 4).

(...)

4. En el presente caso, como ha quedado acreditado en las actuaciones y se ha expuesto con detalle en los antecedentes, el juicio de faltas tuvo lugar con la comparecencia de los recurrentes en amparo, en su condición de denunciados, con la asistencia de un Letrado de su elección, documentándose en el acta que, tras resolverse las cuestiones previas, declararon, en primer lugar, el denunciante, después, los recurrentes en amparo y, por último, una testigo propuesta por la defensa y un policía local. A continuación, el Ministerio Fiscal, el Letrado del denunciante y el de los recurrentes emitieron su calificación de los hechos y realizaron las alegaciones que estimaron convenientes, declarándose el juicio visto para sentencia, sin que se preguntara a los recurrentes si tenían algo que manifestar al Juzgado.

Igualmente queda acreditado, por un lado, que los recurrentes, tanto en el primer recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 12 de septiembre de 2001 como en el segundo interpuesto contra la Sentencia de 3 de julio de 2002, se limitaron a alegar, como motivo cuarto, “la infracción del artículo 769 [sic] de la LECrim al omitirse el trámite de dar la última palabra a las partes acusadas al finalizar el juicio de faltas, vulnerándose en definitiva el derecho de todo acusado a expresarse en último lugar”, sin exponer en qué medida la omisión de dicho trámite les habría producido un menoscabo en sus posibilidades reales y efectivas de defensa, lo que reiteran en este recurso de amparo. Por otro lado, la Sentencia de apelación desestimó dicho motivo argumentando que el derecho a la última palabra es sólo de aplicación en el procedimiento por delito en virtud del art. 739 LECrim, pero no en las faltas, que tiene una regulación específica en el art. 969 LECrim, en el que ya se prevé que el denunciado expondrá de palabra lo que crea conveniente en apoyo de sus pretensiones en último lugar, lo que así

se verificó en este caso a través de la intervención de su Abogado (fundamento de Derecho quinto).

5. En atención a lo expuesto debe concluirse que en el presente caso no concurre la vulneración del derecho a la defensa (art. 24.2 CE) alegada, habida cuenta de que, si bien no se possibilitó a los recurrentes intervenir al final del juicio, tras la intervención de su Letrado, sin embargo, no resulta posible apreciar que dicha circunstancia les haya generado una indefensión material, en todo caso, no acreditada en la demanda.

En efecto, con independencia de si cabe considerar que el art. 969 LECrim configura legalmente la última palabra como una garantía de los denunciados en el juicio de faltas —lo que es negado por la Sentencia de apelación impugnada y defendido por el Ministerio Fiscal— lo cierto, desde la perspectiva constitucional, que es la única que cabe analizar en esta jurisdicción de amparo, es que el que no se otorgara a los recurrentes la posibilidad de que tomaran la palabra en último lugar no implica en el presente caso que se haya producido la vulneración del derecho a la defensa (art. 24.2 CE) aducida por los recurrentes. Como se ha adelantado, no resulta posible apreciar que dicha omisión haya generado a los recurrentes una indefensión material. Si se parte de la base ya referida de que el sentido constitucional del derecho a la última palabra, como manifestación del derecho de autodefensa, radica en que el acusado, una vez que ha tenido pleno conocimiento de toda la actividad probatoria realizada y de los argumentos vertidos en los alegatos de las acusaciones y de su propia defensa, pueda contradecir o someter a contraste el desarrollo de la vista, añadiendo todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa, sólo cabrá considerar que se le ha generado una indefensión material con relevancia constitucional cuando no se pueda descartar que el trámite omitido hubiera sido decisivo en términos de defensa, en el sentido de que hubiera podido determinar un fallo diferente. Ello exigiría, al menos, que se indicara por los recurrentes en la de-

manda de amparo qué concreta actividad probatoria o alegaciones efectuadas en fase de informe son las que se pretendían contradecir, someter a contraste o, simplemente, refutar o matizar en el ejercicio del derecho a la última palabra, a los efectos de que este Tribunal pudiera realizar el juicio de certeza sobre su eventual incidencia en la resolución impugnada.

En el presente caso, no sólo es que no se ha cumplido con dicha carga procesal, imposibilitando que este Tribunal pueda desarrollar el control constitucional que se le solicita, sino que, además, incluso acudiendo directamente a las actuaciones tampoco resulta posible ni a partir del desarrollo del propio juicio de faltas ni, especialmente, atendiendo a lo razonado en los recursos de apelación planteados, en que los recurrentes se limitan a la denunciar la infracción formal de la omisión del trámite, el poder apreciar qué concretas cuestiones hubieran podido ser planteadas por los recurrentes en dicho trámite, para a partir de ellas poder alcanzar una convicción sobre su carácter decisivo. Ello es demostrativo de que los recurrentes han acudido a este amparo invocando el mero incumplimiento formal de un trámite procesal que, a pesar de su evidente conexión con el ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho a la defensa (art. 24.2 CE), no permite concluir su vulneración al no ponerse de manifiesto en ningún caso indefensión material alguna a derivar de dicha omisión.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON ROBERTO
GARCÍA-CALVO Y MONTIEL RESPECTO DE
LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO
NÚM. 2670-2004

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, por medio de este Voto particular expreso mi discrepancia con parte de los fundamentos jurídicos incorporados en esta Sentencia, justificando este Voto particular en el sentido siguiente.

Mi discrepancia se limita a los fundamentos jurídicos 3 a 5 de la referida Sentencia y, en concreto, a las “precisiones” que el Pleno ha decidido introducir en la doctrina que hemos venido sosteniendo hasta el momento en relación con el derecho de última palabra.

Naturalmente, comparto la exposición de nuestra doctrina sobre este derecho que la Sentencia realiza en su fundamento jurídico 2, extraída de las SSTC 181/1994, de 20 de junio, 29/1995, de 6 de febrero, 93/2005, de 18 de abril, y 13/2006, de 16 de enero, que, por tanto no repetiré.

(...)

La configuración del derecho a la última palabra como una obligación legal y como una garantía con contenido autónomo y propio no llevó al Tribunal Constitucional, sin embargo, a considerar su eventual vulneración como una infracción formal desvinculada de cualquier carga probatoria, como parece desprenderse de la Sentencia mayoritaria. Nuestra Sentencia 13/2006, FJ 5, es terminante sobre este particular. Además de la mera infracción formal de la obligación legal, el Tribunal exigía al acusado una carga probatoria adicional respecto “a la total ausencia de la posibilidad de que el acusado haya podido defenderse por sí mismo”, sin exigir adicionalmente, eso sí, prueba sobre la repercusión efectiva que su pleno ejercicio hubiera hipotéticamente producido (STC 13/2006, FJ 5). Así, creo que debía haber seguido nuestra doctrina, extrayendo de la misma las apropiadas consecuencias, pero sin añadir nuevas exigencias al acusado.

En efecto. La “carga adicional probatoria” que exigía nuestra doctrina conllevaba (hasta la Sentencia mayoritaria de que ahora discrepo), la necesidad de acreditar que se había hecho un uso pertinente, útil y procesalmente leal de las opciones procesales disponibles para conseguir ejercer de modo efectivo el derecho a la autodefensa en el proceso, lo que se traduce en la necesidad de acreditar que el acusado invocó tempestivamente la vulneración de su derecho ante el Juez o Tribunal que cometió la infracción

procesal, reclamando su ejercicio. De no hacerlo así, es obvio que el acusado no habría acreditado la total ausencia de posibilidad de ser oído personalmente.

Esta invocación de la vulneración con consiguiente reclamación de la habilitación necesaria para el ejercicio efectivo del derecho a la última palabra no sólo permitía preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional, sirviendo así a la articulación de la función de protección de los derechos fundamentales que cumplen tanto la jurisdicción ordinaria como la jurisdicción constitucional sino que, como sostuvimos en la STC 188/1998, de 28 de septiembre (FJ 2), “hace posible su inmediata e idónea reparación por el órgano judicial a quien se reprocha la infracción; evita la reprobación constitucional de una actuación judicial sobre cuya irregularidad no había sido advertido su agente; estratifica racionalmente la jurisdicción de amparo y, con ello, posibilita la plena subsidiariedad y ‘la propia funcionalidad de la jurisdicción constitucional’ (STC 168/1995); y, en fin, preserva el itinerario procesal posible de la cuestión que tiene por centro un derecho fundamental y, por ello, su completo debate y análisis por las partes implicadas en el proceso, por el órgano judicial directamente afectado, y por los demás órganos judiciales con jurisdicción en el mismo” (STC 132/2006, FJ 3).

La Sentencia mayoritaria, por cierto, no se pronuncia sobre la necesidad de invocar la supuestamente producida vulneración del derecho tan pronto como se produzca, ni sobre la proyección a este caso de la STC 132/2006, de 27 de abril, en la que precisamente se fijó una matizada doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión ni, en definitiva, sobre la posible concurrencia del óbice procesal, en este supuesto, de falta de invocación del derecho fundamental vulnerado “tan pronto como” se produzca la vulneración.

La exigencia de esta prueba, que cuidadosamente exigía nuestra doctrina en la ya citada STC 13/2006, FJ 5, evitaba además el fraudulento uso del derecho que podía pro-

ducirse si, habiendo advertido el acusado el incumplimiento por el órgano judicial de la obligación legal de conferir el derecho de última palabra, decidiera por razones tácticas guardar silencio, para solicitar posteriormente, en el recurso de apelación o en el eventual recurso de amparo, la nulidad de la vista oral por tal circunstancia.

(...)

Paradójicamente, este insoportable resultado no se evita con las precisiones que introduce la Sentencia mayoritaria. (...)

Frente a esta situación, considero que el acusado a quien no se concede el derecho de última palabra debe apurar diligentemente los medios de hacer efectivo el ejercicio de su derecho, solicitando de modo inmediato su reparación ante el propio Juez que incumplió la legal obligación así como, en su caso, en la alzada que corresponda. Posteriormente, una vez en sede de amparo, sobre el acusado debe recaer la carga probatoria de acreditar (y no simplemente argumentar o indicar), que invocó tempestivamente la supuesta vulneración ante el propio Juez que omitió el cumplimiento de tal obligación y en los recursos sucesivos.

Pero, rechazada su pretensión por el órgano jurisdiccional así como por el superior, en su caso, y acreditado ante este Tribunal por el acusado que, pese a que lo intentó en tiempo y forma, no tuvo ninguna posibilidad de defenderse por sí mismo y le fue negado expresamente el ejercicio de la, en muchos casos, única posibilidad en todo el proceso de dirigirse directa y personalmente al Tribunal que le está enjuiciando, no debemos exigir carga probatoria adicional en torno a la repercusión efectiva que su pleno ejercicio hubiera hipotéticamente producido (STC 13/2006, FJ 5). Y ello por la evidencia de que “la viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio” (STC 181/1994, FJ 3), y porque esa efectiva y directa repercusión cuya “acreditación”, “argumentación”, o “indicación” se exige por la Sentencia mayoritaria, está implícita en todos los casos en que el ejercicio del derecho a la última palabra es consciente y deliberada-

mente suprimido por el Juez o Tribunal en cuanto, al actuar así, se está privando de incorporar lo manifestado por el acusado a los elementos de juicio sobre los que tiene que fallar en conciencia (art. 741 LECrim) y, al tiempo, está privando al acusado de su, insisto, en muchas ocasiones única oportunidad en todo el proceso de dirigirse directamente a quien o quienes le están juzgando y, siempre, la única ocasión de hacerlo una vez finalizada la práctica de la prueba y conocidas las pretensiones definitivas de las partes, máxime en un sistema procesal como el nuestro en el que, salvo el afortunado caso del proceso ante el Tribunal del Jurado, las posibilidades de comunicación directa, inmediata y efectiva entre acusado y Letrado durante el juicio oral son prácticamente inexistentes.

Creo que éstas debieran haber sido las matizaciones a realizar en nuestra doctrina, y no las efectuadas en la Sentencia de la que respetuosamente discrepo. En mi opinión, la precisión que se introduce ahora en la Sentencia mayoritaria (*vid.* FJ 3), afirmando que era incondicionalmente una mera infracción formal lo que no lo era, e introduciendo exigencias adicionales entonces no previstas, distorsiona y oscurece los perfiles del derecho, desdibujándolo hasta poder aventurar un próximo adiós al derecho de última palabra a la vista de los nuevos requerimientos, ahora sí formales, que la nueva doctrina va a exigir al acusado para obtener su reparación en los casos en que su derecho de autodefensa por medio de la última palabra en el proceso penal haya sido desconocido.

(...)

VOTO PARTICULAR CONCURRENTRE QUE
FORMULA EL MAGISTRADO DON EUGENI
GAY MONTALVO RESPECTO DE LA
SENTENCIA DEL PLENO DICTADA EN EL
RECURSO DE AMPARO NÚM. 2670-2004, AL
QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON
JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ

1. Aunque comparto el fallo y la fundamentación jurídica esencial sobre la que se

asienta la Sentencia a la que formulo este Voto Particular concurrente, creo oportuno efectuar las siguientes consideraciones que responden a la postura que mantuve en las deliberaciones tenidas en el Plenario en cuanto al instituto del “derecho la última palabra” en los procesos penales, sobre cuyo contenido ya se ha manifestado este Tribunal en las distintas sentencias que, por cierto, recoge en su integridad la presente.

(...)

3. Como no podía ser de otra manera la Sentencia que nos ocupa ha venido a resaltar en su fundamento jurídico 3 nuestra doctrina sobre los elementos que constituyen el derecho de defensa, principalmente en cuanto a la asistencia letrada, práctica de pruebas y “derecho a la última palabra”. Sin embargo, debo expresar mis reservas respecto de la conclusión a la que llega el último párrafo del fundamento jurídico 3 de la Sentencia, según la cual el demandante de amparo ha de poner de manifiesto a este Tribunal que la señalada limitación de su “derecho a la última palabra” le ha supuesto una grave situación de indefensión. Por una parte, considero que esta exigencia que se hace recaer en el demandante de amparo no se compadece plenamente con la naturaleza del derecho al que se hace referencia, el cual se materializa en la intervención personal y directa del procesado, no sujeta a los usos y rigores del procedimiento; por otra, dicha carga puede resultar excesiva si se trata de demostrar la indefensión material que se le ha producido, pues no podemos olvidar su condición de lego en Derecho que opera en ese momento al margen de su defensa técnica o letrada, a quien, en cambio, sí le corresponde una argumentación plenamente acorde con las exigencias y la doctrina de este Tribunal en el momento de presentar la demanda de amparo.

**Sentencia 29/2008 de la Sala 2.^a del TC de 20 de febrero de 2008
(BOE 14 de marzo de 2008) (Recursos de amparo 1907/2003 y
1911/2003)**

CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN

Art. 132.2 Código Penal

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

SÍNTESIS

De las diversas cuestiones abordadas por la sentencia, seleccionamos la argumentación relativa al cómputo del plazo de prescripción y, en particular, el alcance de la expresión legal “la prescripción se interrumpe (...) cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”. Se trata del conocido caso “los Albertos” y debe recordarse la discrepancia radical entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en relación con la materia enjuiciada. Recogemos también un voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

7. Buena parte de los argumentos por los que los recurrentes consideran que debería ser anulada la Sentencia que les condena a penas de dos años y cuatro meses de prisión, y de un año de prisión y 6.000 euros de multa, por la autoría, respectivamente, de un delito de estafa y, en concurrencia medial, un delito falsedad en documento mercantil, se refieren a la decisión del Tribunal Supremo de negar la prescripción de estos delitos. Sostienen en sus demandas que esta decisión sólo ha sido posible a través de una interpretación y aplicación del artículo 114 del Código penal de 1973 que vulnera sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE). En términos muy similares al vigente art. 132.2 del Código penal de 1995, dicho artículo establecía que “[e]l término de la prescripción comen-

zará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito. Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que aquél termine sin ser condenado o se paralice el procedimiento”.

Antes de recordar los hechos a los que este precepto ha sido aplicado para afirmar una interrupción tempestiva del plazo de prescripción hemos de reiterar cuáles son los parámetros de enjuiciamiento constitucional de esta cuestión, que son los propios del derecho a una tutela judicial efectiva reforzada por la implicación del derecho a la libertad.

En efecto, en nuestra Sentencia de Pleno 63/2001, de 17 de marzo, afirmábamos que, más allá de que “sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que

consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y las faltas” (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3), es “al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica (STEDH de 22 de junio de 2000, caso *Coëme c. Bélgica*, § 146), así como los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción de las infracciones. Y es en este sentido, en relación con el legislador, en el que puede afirmarse, sin riesgo de confusión, que la regulación de la prescripción es una cuestión de libre configuración legal, es decir, que queda deferida a la voluntad del legislador sin condicionamientos materiales que deriven de la Constitución. Su establecimiento no merma el derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso *Stubbings c. Reino Unido*, § 46 y ss.) ni las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar (delitos a los que afecta, plazos de prescripción, momento inicial del cómputo o causas de interrupción) afectan, en sí mismas, a derecho fundamental alguno de los acusados. Pero una vez que el legislador ha configurado libremente la institución de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, su aplicación en el caso concreto puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo. El canon aplicable en este caso es el propio del art. 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución que sea razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente (STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4), canon éste reforzado por tratarse de un supuesto en el que están en juego otros derechos fundamentales, como aquí sucede con los reconocidos en los arts. 17 y 25 CE. En efecto, no puede desconocerse que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una

sentencia condenatoria que, por su propio contenido, supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, pues descarta que concurra uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3). La trascendencia de los valores en juego en la aplicación del Derecho penal exige, en este ámbito, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución” (FJ 7; también, entre otras, SSTC 64/2001, de 17 de marzo, FJ 3; 65/2001, 66/2001, 68/2001, 69/2001 y 70/2001 de la misma fecha, FFJJ 3, 3, 6, 3 y 3 respectivamente; 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; y 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3). Esta doctrina constitucional no es sino la aplicación de otra más genérica, que entiende que el análisis constitucional de la suficiencia de la tutela judicial es distinta y más exigente —“reforzada” (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 164/2003, de 29 de septiembre, FJ 5; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3)— cuando, a pesar de que la decisión judicial no verse directamente sobre la preservación o los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado (STC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2), vinculado (STC 180/2005, de 4 de julio, FJ 7), conectado (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 4), resulte puesto en juego (SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 115/2003, de 16 de junio, FJ 3), o quede afectado (SSTC 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3) por tal decisión. Lo que en estos supuestos exige el art. 24.1 CE para entender que se ha dispensado una tutela suficiente y eficaz es, además de una resolución motivada y fun-

dada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que se encuentra en juego (SSTC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3). Es necesario así, en primer lugar, que se dé una “relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución exteriorizada en su argumentación jurídica” (STC 115/2003, de 16 de junio, FJ 3), y que “en la propia resolución se evidencie de modo inquestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso” (STC 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5). Y sobre todo es necesario también que la resolución judicial sea “conforme” con el derecho fundamental (STC 24/2005, de 14 de febrero, FJ 3), “compatible” con él (STC 196/2005, de 18 de julio, FJ 4): que exprese o trasluzca “una argumentación axiológica que sea respetuosa” con su contenido (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3). Este plus de motivación que supone la tutela judicial reforzada en casos de implicación de un derecho fundamental “hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo, al ser perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado art. 24.1 CE, pues expresen las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas (STC 14/2002, de 28 de enero, FJ 5)” (STC 251/2005, de 10 de octubre, FJ 4).

En relación con el derecho a la libertad hemos dicho que “en un Estado social y democrático de Derecho, como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. En un régimen democrático,

donde rigen derechos fundamentales, la libertad de los ciudadanos es la regla general y no la excepción, de modo que aquéllos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan. De acuerdo con este significado prevalente de la libertad, la Constitución contempla las excepciones a la misma en los términos previstos en el art. 17.1 CE: “nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”. En palabras de las SSTC 140/1986, de 11 de noviembre (FJ 5), y 160/1986, de 16 de diciembre (FJ 4), ‘el derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo “en los casos y en la forma previstos por la Ley”’: En una ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así limita’. De modo que la ley, dentro de los límites que le marcan la Constitución y los tratados internacionales, desarrolla un papel decisivo en relación con este derecho, pues es en ella donde se conforman los presupuestos de la privación de libertad por imperativo constitucional, y donde —aunque no sólo— se determina el tiempo razonable en que puede ser admisible el mantenimiento de dicha situación (STC 241/1994, de 20 de julio, FJ 4). Pero a pesar de este carácter decisivo de la ley respecto a la posibilidad de prever restricciones a la libertad, no cabe duda de que tal ley ha de estar sometida a la Constitución, por lo que hemos afirmado que el derecho a la libertad no es un derecho de pura configuración legal [SSTC 2/1992, de 13 de enero, FJ 5; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 157/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 2; 147/2000, de 29 de mayo, FFJJ 3 y 4 a)]. (STC 82/2003, de 5 de mayo, FJ 3).

8. Partiendo de la base de la doctrina que ha quedado expuesta, debe destacarse el dato de que la exigencia del canon reforzado del derecho de tutela judicial efectiva cuando están en juego derechos fundamentales,

y en este caso con especial relevancia el derecho fundamental consagrado en el art. 17 CE, estaba inequívocamente proclamada antes de la Sentencia impugnada en el presente recurso de amparo; por lo que a la hora de resolverlo, y ciñéndonos estrictamente a nuestro papel de jurisdicción constitucional, el ajuste o no de la Sentencia recurrida a nuestra doctrina debe ser elemento imprescindible de nuestro enjuiciamiento.

En la misma línea de planteamiento inicial debe destacarse el elemento clave de singularidad del caso, consistente en el hecho de que el escrito al que la propia Sentencia impugnada niega valor jurídico de querrela, ha sido, ello no obstante, considerado con virtualidad para interrumpir la prescripción del delito, justificando así el ejercicio respecto de los recurrentes del *ius puniendi* del Estado, con la consecuencia final de privarlos de su libertad. En otros términos, puesto que el supuesto legal de interrupción de la prescripción, que tiene lugar en un momento determinado, es el de que “el procedimiento se dirija contra el culpable”, el sentido de la Sentencia recurrida es el de apreciar que el escrito referido tiene el valor en sí mismo de procedimiento dirigido contra quienes en dicho escrito aparecían expresamente nominados como culpables.

En las condiciones referidas la cuestión a decidir desde nuestra posición constitucional de garantes últimos del respeto de los derechos fundamentales, es la de si, dado lo dispuesto en el art. 17 CE (“en los casos y en la forma previstos en la ley”), el caso actual puede incluirse entre los que, según dicho precepto constitucional, justifican la privación de la libertad, si, en su caso, se ha respetado la forma establecida al respecto por la Ley y si consecuentemente se ha otorgado la tutela jurídica “reforzada” a que los recurrentes tenían derecho. Como se ve, una cuestión que indiscutiblemente se inserta en el ámbito de nuestra jurisdicción y, más en concreto, en el del recurso de amparo tal y como aquélla y éste vienen diseñados en los artículos 161.1 b) y 165 CE y artículos 1, 2.1 b) y 44.1 LOTC.

Planteada así la cuestión, nuestra respuesta debe ser negativa por las razones que en los fundamentos sucesivos se exponen.

9. Entrando ya en el análisis de las circunstancias del caso aquí enjuiciado debe destacarse, en primer lugar, que, como afirma la Sentencia condenatoria recurrida, no existía controversia entre las partes en que el término prescriptivo concluía el 7 de enero de 1993; que el día anterior se presentó en el Juzgado de guardia un escrito que se autocalificaba de querrela, sin poder especial para formularla a favor del Procurador firmante y sin firma de quienes figuraban como querellantes, escrito éste que se remitió al día siguiente al Juzgado Decano para su reparto, que recayó en el Juzgado de Instrucción núm. 18 de Madrid; que este Juzgado dictó el día 20 de enero un Auto de incoación de diligencias previas que, en su único razonamiento jurídico y en su parte dispositiva, estableció que la incoación de referencia se hacía “a los únicos fines registrales y de control procesal” y que al propio tiempo, esta vez sólo en la parte dispositiva, dispuso la ratificación del querellante y que “por su resultado” se acordaría; que la ratificación, que afectaba a las tres personas nominadas como querellantes en el tan repetido escrito, se produjo los días 9 de marzo, 20 de abril y 26 de julio siguientes y que el día 22 de noviembre de 1993, diez meses y quince días después del día en que finalizó el plazo de prescripción, el Juzgado dictó Auto de admisión de la querrela.

Y en segundo término que, en contra de lo decidido por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estima que antes de que finalizara el plazo de prescripción “se había dirigido el procedimiento contra el culpable”. Argumenta para ello que aun cuando la querrela se hallaba “huérfana de poder especial”, y aunque por ello tampoco podía calificarse de denuncia, y aunque la ratificación posterior “no puede afectar, ni siquiera de modo indirecto, al transcurso del tiempo para completar la prescripción, que actúa de modo objetivo e

implacable, ... sí es posible otorgarle a la querrela la condición de cauce legítimo para poner en conocimiento del Tribunal un hecho delictivo perseguible de oficio (*notitia criminis*) ... La querrela tuvo la virtualidad de integrar una denuncia que, aun carente de poder especial, a efectos de traslado de responsabilidades al denunciador (v. gr. denuncia falsa), bastó con la firma o suscripción del mandatario, con poder general, para trasladar al Tribunal la *notitia criminis* que debió obligarle a actuar, al tratarse de delito perseguible de oficio, sin perjuicio de que la ulterior ratificación de la querrela permitiera la atribución de la condición de parte procesal en la causa al querellante”. Y continúa la Sentencia recurrida observando que “existió, a su vez, procedimiento judicial, que se colma, según jurisprudencia de esta Sala, con la anotación en el registro general del Juzgado (S. núm. 162 de 4 de febrero de 2003), circunstancia que dota de certeza y de seguridad jurídica a la hora de computar los términos (art. 9.3 CE). El Juzgado de guardia, que actúa a prevención de los demás, en casos de inactividad de los otros de su mismo partido judicial (el día de la presentación de la querrela era festivo), es tanto como si se hubiera presentado en el Juzgado al que por turno correspondió instruir el asunto. Prueba de la competencia eventual o excepcional, es que de haber sido precisa la práctica de alguna diligencia urgente, que no admitiera demora, la debió practicar el Juzgado de guardia; pero ése no fue el caso” (FD primero).

10. Continuando el análisis constitucional anunciado debe repararse en que, a diferencia de la STC 63/ 2005, de 14 de marzo, no se trata aquí de dilucidar si la presentación de una querrela que sólo mucho después es admitida a trámite puede entenderse, desde la perspectiva del art. 24.1 CE en su relación con el art. 17.1 CE, como un acto de dirección de procedimiento penal contra quien en la misma figure como imputado. Como ya se ha detallado, es el que ahora abordamos un supuesto diferente, en

el cual lo que se produce el último día de la finalización del plazo prescriptivo es la presentación de un escrito que no reunía los requisitos de una querrela, pero en el que quienes figuraban como autores trasladaban a un órgano judicial, a través de un mandatario, una *notitia criminis*; escrito éste cuya autenticidad no fue corroborada hasta más de seis meses después de su presentación, que no dio lugar a un Auto de admisión hasta pasados cuatro meses más y que inclusive sólo tuvo un acto de interposición judicial “a los únicos fines registrales y de control procesal” —el Auto del Juzgado de Instrucción de 20 de enero de 1993, cuyo encabezamiento reza textualmente “auto de incoación de previas”— trece días después al del vencimiento del plazo de prescripción. La propia Sentencia recurrida del Tribunal Supremo (FD 1, punto 9) afirma la diferencia de este supuesto, que cataloga de “querrela defectuosa”, de aquéllos en los cuales lo que se discute es la eficacia interruptiva de la presentación de una querrela.

Pues bien. Fácilmente puede comprenderse después de lo dicho que las características de este caso hacen que no sea fácil afirmar la razonabilidad de su subsunción como supuesto de “dirección del procedimiento contra el culpable”. Desde parámetros semánticos la mera recepción de lo que el comunicante califica como *notitia criminis* no tiende a entenderse como la iniciación de un procedimiento —es decir, como la existencia ya de un procedimiento en su etapa inicial—, sino simplemente como un acontecimiento que puede generar un procedimiento. Es significativo al respecto que la Sentencia en este punto recurrida afirme, no tanto que el proceso penal se había iniciado ya con la mera presentación de la querrela, sino todo lo contrario. Expresiones de la Sentencia aquí recurrida, como las transcritas en el fundamento jurídico precedente en el sentido de que el traslado al Tribunal de la *notitia criminis* “debió obligarle a actuar al tratarse de delito perseguible de oficio” y de que el propio Juzgado de guardia ante el que

se produjo la presentación, “de haber sido precisa la práctica de alguna diligencia urgente, que no admitiera demora la debió practicar... pero ese no fue el caso”, revelan bien a las claras que en la propia Sentencia impugnada late el reconocimiento de que el procedimiento no se había iniciado en el referido Juzgado de guardia, aunque sí lo habría sido de haberse convertido en realidad, y no haber quedado en simples hipótesis, las actuaciones judiciales propiamente dichas, esto es, las adoptadas con interposición del Juez. Una vez más, importa recordar aquí que el Juzgado de Instrucción receptor de la querrela defectuosa incoó diligencias previas “a los únicos fines registrales y de control procesal”, y que aun esta resolución — primer acto de interposición judicial producido— fue adoptada cuando había transcurrido con exceso el plazo prescriptivo.

Téngase presente que la inteligencia del carácter reforzado del canon de enjuiciamiento constitucional aplicable al caso de autos —el del art. 24 CE—, como se ha expuesto en el fundamento jurídico 7, parte de la idea de que la prescripción penal afecta a los derechos de libertad del art. 17 CE, “en cuanto no puede desconocerse que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una Sentencia condenatoria que, por su propio contenido, supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, pues descarta que concurra uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3)” —STC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7 y demás anteriormente citadas. Al ser así, y al resultar toda la materia relativa a los casos en que está en juego el derecho a la libertad sometida al principio de legalidad por imposición de la propia Constitución (art. 25.1), resulta patente que los términos en que el instituto de la prescripción —un instituto regulado

por normas penales, perteneciente al Derecho penal material “y, concretamente, a la noción del delito”, como ha tenido ocasión de declarar la Sala Segunda del Tribunal Supremo (v. gr. SSTS 137/1997, de 8 de febrero, y 1211/1997, de 7 de octubre, entre otras)— venga regulado han de ser interpretados con particular rigor en tanto perjudiquen al reo. 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 analógica 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. Utilizando palabras de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 753/2005, de 22 de junio, “el art. 132.2 del Código Penal, interpretado en la forma que impone su contexto normativo y con el rigor semántico que requiere el *ius puniendi*, obliga a entender que el único procedimiento cuyas actuaciones tienen legalmente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal” y “que el momento que legalmente cuenta es el de iniciación del proceso penal *stricto sensu* contra los acusados”.

No sobra señalar, en fin, que la doctrina constitucional ha entendido que la simple interposición de una denuncia o querrela es

una “solicitud de iniciación” del procedimiento (SSTC 11/1995, de 4 de julio, FJ 4; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 8) —no un procedimiento ya iniciado— y que el derecho fundamental a la tutela judicial que asiste a los ofendidos por un delito como querellantes o denunciadores es un *ius ut procedatur* que no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal (por todas, SSTC 175/1989, de 30 de octubre, FJ 1; 111/1995, de 4 de julio, FJ 3; 129/2001, de 4 de junio, FJ 2; 21/2005, de 1 de febrero, FJ 4), a la incoación o apertura de una instrucción penal (SSTC 148/1987, de 28 de septiembre, FJ 2; 37/1993, de 8 de febrero, FJ 3; 138/1997, de 22 de julio, FJ 5; 94/2001, de 2 de abril, FJ 2).

11. Aparte de la cuestión de si puede entenderse que manifiestamente falta el nexo lógico entre la norma y la decisión adoptada o, en otros términos, si es en mayor o menor grado razonable la aplicación que del art. 114 CP se ha realizado en el caso, cuestión de la que se ha tratado en el fundamento jurídico que antecede, ha de profundizarse en la relativa a si la tutela prestada en la Sentencia frente a la que se demanda amparo ha sido efectiva y suficiente desde la perspectiva del derecho a la libertad que está en juego, cosa que sólo sucederá si dicha resolución ha ponderado suficientemente la presencia del derecho a la libertad en el trasfondo de la cuestión y si, en ello, la solución que incorpora es congruente con los fines a los que sirve la institución de la prescripción penal, tal y como hemos destacado en los dos fundamentos jurídicos que preceden y como este Tribunal ha mantenido en las Sentencias allí reseñadas.

Por ello, a los solos efectos de analizar si la solución adoptada por la Sentencia recurrida es congruente con los fines del instituto de la prescripción penal, que es elemento integrante del canon de enjuiciamiento constitucional reforzado reiteradamente definido por este Tribunal en la materia (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3; 63/ 2001, de 17 de marzo, FJ 9, y demás citadas en el

FJ 7 de la presente) y con independencia de los matices a los que pueda conducir la respuesta a la cuestión de los fines de la prescripción, es conveniente hacer constar que existe al respecto un cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial de base en torno a que el valor al que sirve es la seguridad jurídica, evitando una pendencia *sine die* de la amenaza penal sobre aquéllos a quienes pueda considerarse implicados en un delito. Así lo subrayábamos en la STC (Pleno) 157/1990, de 18 de octubre, al afirmar que “la prescripción de la infracción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal, lo que ha de ponerse en conexión también con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 17/1983). La institución de la prescripción, en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el art. 9.3 CE” (FJ 3).

La prescripción, en fin, no se vincula sólo al paso del tiempo, sino que, como se ha dicho en el fundamento jurídico anterior y después se reiterará, se relaciona con la actividad judicial a través de la cual se ejerce el *ius puniendi* del Estado, lo que sin duda sirve tanto a la acomodación del momento de la prescripción a la complejidad de la causa como al aliento de la diligencia en tal ejercicio.

12. Es con esta perspectiva de consistencia axiológica con los fines de la prescripción desde la que estimamos que la decisión adoptada por el Tribunal Supremo no es constitutiva de la tutela judicial reforzada a la que tenían derecho los recurrentes. Tal decisión consistió, recordémoslo de nuevo, en negar que hubieran prescrito los delitos

que se enjuiciaban y en afirmar para ello que en el momento de finalización del plazo prescriptivo se dirigía ya el procedimiento contra quienes luego resultarían imputados. Su inidoneidad para satisfacer dicha tutela judicial reforzada por estar implicado el derecho a la libertad deriva de las siguientes consideraciones:

a) A efectos de razonar sobre la congruencia de la solución adoptada por la Sentencia aquí impugnada con los fines del instituto de la prescripción de las infracciones penales, que es elemento integrante del canon de enjuiciamiento constitucional que hemos definido en el fundamento jurídico 7 de la presente de acuerdo con una consolidada doctrina de este Tribunal, ha de destacarse, en primer lugar, que dicha solución no aparece suficientemente ajustada al valor de la seguridad jurídica, que constituye finalidad primordial de la prescripción y que exigía, ante la implicación del derecho a la libertad, una ponderación especial que evitara una interpretación contra el reo que en el caso aquí enjuiciado se ha producido.

En efecto, al fijar como momento interruptivo de la prescripción, no ya el público y formal relativo a la decisión judicial de iniciación de un procedimiento jurisdiccional, sino el de mera recepción por parte del órgano judicial de la *notitia criminis*, ha atendido 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 en relación con la libertad.

Como se ha dicho anteriormente, la Sentencia aquí impugnada razona en su fundamento de Derecho primero que “existió, a su vez, procedimiento judicial que se colma, según jurisprudencia de esta Sala, con la anotación en el registro general del Juzgado (S. núm. 162 de 4 de febrero de 2003), circunstancia que dota de certeza y de seguridad jurídica a la hora de computar los términos (art. 9.3 CE)”. Sin embargo solo aparen-

temente la referencia al momento del registro del escrito de querrela, denuncia o cualquier otro que incorpore una *notitia criminis* sin la exigencia de un acto de interposición judicial puede dotar de certeza y seguridad al cómputo de los plazos de prescripción de las infracciones penales, en cuanto abre la posibilidad de consecuencias lesivas de otros derechos fundamentales y a la postre puede conducir a mayor inseguridad que la que pretende evitar.

Y es que admitir la interrupción de que aquí se trata por la mera presentación y registro de una querrela o denuncia significa tanto como dar pie a la posibilidad de que, mediante querellas o denuncias carentes de fundamentación, y por tanto rechazables liminarmente, pueda impedirse la prescripción de una infracción penal o se dilaten indefinidamente los plazos legales establecidos. Y ello a voluntad no del órgano que tiene atribuido el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, sino del particular interesado en que así ocurra y con una clara incidencia, potencialmente lesiva, sobre derechos fundamentales del querellado o del denunciado, singularmente el de defensa.

Puede igualmente suponer que el mero registro en un Juzgado de cualquier escrito que contenga una *notitia criminis*, incluso del que puede transmitir un medio de comunicación, despliegue inmediatamente ese efecto y, en tales supuestos, que podrían multiplicarse ad infinitum, tener nada menos que la consideración de procedimiento penal o, si se quiere, de apertura o de inicio de procedimiento penal.

Pero aún hay más: incluso admitiendo que tales anomalías quedaran compensadas por la seguridad y certeza que pueda proporcionar la fecha de un registro, en aquellos casos en que el acto de interposición judicial se dilatara en el tiempo siempre resultaría necesario prevenir o evitar la vulneración de los derechos fundamentales del afectado, tanto para la jurisdicción ordinaria, preferentemente, como para la constitucional, subsidiariamente, tan pronto se actuara por

el lesionado en demanda de su tutela cumpliendo los requisitos legalmente establecidos para recurrir a una u otra vía.

El caso resuelto por la STC 63/2005, de 14 de marzo, constituye un claro ejemplo de necesidad de otorgamiento del amparo no sólo por la imposibilidad de apreciar un nexo de coherencia entre la decisión judicial de considerar interrumpido el plazo prescriptivo por la mera presentación de una querrela, la norma que le sirve de fundamento y los fines de la institución estando implicada la libertad, sino también aunque se hubiera podido partir de que el problema era de mera legalidad ordinaria y de que en tal concepto estaba sustraído a la jurisdicción de este Tribunal, habida cuenta de que, como se sostiene en los dos Votos concurrentes —no discrepantes— que acompañaron a dicha Sentencia, la estimación del amparo estaría justificada por el considerable lapso de tiempo que transcurrió entre el registro de la querrela y el acto de interposición judicial. La incertidumbre, precisamente, que supone fijar cuál deba ser el máximo de dilación permisible contribuye a introducir la máxima inseguridad en este punto. Resulta significativo al respecto que la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Sentencias 331/2006 y 1026/2006, respectivamente de 24 de marzo y 28 de octubre de 2006, haya declarado que una de las razones para no aplicar al caso enjuiciado la doctrina de la STC 63/2005 (que por lo demás no hacía falta, porque en los casos por ellas examinados se habían practicado diligencias judiciales de investigación o de iniciación que suponían la existencia de un verdadero procedimiento jurisdiccional y, por tanto, de actos de interposición judicial) era la de que la Sentencia constitucional acabada de mencionar contemplaba “un caso excepcional de presentación de querrela que permanece dormida en el Juzgado durante dos años sin adoptar proveído alguno”. Claramente, por tanto, admite la posibilidad de que la fecha de registro de la querrela, denuncia o escrito transmisor de la *notitia criminis* no pueda

ser tenida en cuenta precisamente por la desmesura de la conclusión. La inseguridad, pues, de la determinación del *dies a quo* del plazo prescriptivo en tales casos resulta patente.

b) Con independencia de lo anterior, en segundo término, el mismo canon de enjuiciamiento constitucional reforzado que hemos enunciado por implicación del derecho a la libertad, obliga a exigir que el momento interruptivo de la prescripción *ex art.* 114 CP (1973) o *ex art.* 132.2 CP (1995) se refiera al del ejercicio del *ius puniendi* o, al menos, quede razonablemente vinculado con él.

El Tribunal Constitucional, en consolidada doctrina que coincide con la mantenida por el Tribunal Supremo (por todas SSTs, Sala Segunda, núms. 417/2006 y 1146/2006, de fechas 6 de abril y 22 de noviembre del mismo año, FFJJ 3 y 1, respectivamente), tiene declarado que el fin o fundamento de la prescripción en materia punitiva reside en la “autolimitación del Estado en la persecución de los delitos o faltas en los supuestos típicos en que se produce una paralización de las actuaciones procesales por causas sólo imputables al órgano judicial, en cuyo caso, una vez transcurrido un determinado plazo, la ley desapodera a dicho órgano judicial de su potestad de imposición de la correspondiente pena” (STC 83/1989, de 10 de mayo. FJ 2), criterio este de que la prescripción en materia penal supone “una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo”, que ha sido corroborado posteriormente, y con las mismas palabras, por múltiples Sentencias (v. gr. SSTC, ya antes citadas, 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 3.a; 65/2001, de 17 de marzo, FJ 3.a; 66/2001, de 17 de marzo, FJ 3.a, 68/2001, de 17 de marzo, FJ 6, 69/2001, de 17 de marzo, FJ 3.a, 70/2001, de 17 de marzo, FJ 3, y 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2). De todas ellas y de la doctrina que sientan se desprende inequívocamente que la prescripción en el ámbito punitivo

está conectada al derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE) y por ende sin posibilidad de interpretaciones *in malam partem* (art. 25.1 CE); que está al servicio de la seguridad jurídica de los imputados y que implica, no una limitación del derecho de los ciudadanos al ejercicio de la acción penal mediante la presentación de una denuncia o querrela, sino una limitación al ejercicio del *ius puniendi* del Estado como consecuencia de su renuncia al mismo, renuncia que se entiende producida —impidiendo entonces la persecución del delito— cuando el Estado no realiza las actuaciones dirigidas a su averiguación y castigo durante el periodo de tiempo establecido por la ley; inactividad o falta de ejercicio del *ius punendi* que, como advertíamos tempranamente en la citada STC 83/1989, de 10 de mayo, FJ 2, para que determine la prescripción, debe ser imputable al Juez.

Pues bien; si el fundamento de la prescripción es la imposibilidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado como consecuencia de la renuncia al mismo, es evidente que sólo puede interrumpirse en el ámbito penal cuando se realicen actuaciones (naturalmente, por quien tenga la competencia para ejercer el *ius puniendi* en dicho campo, quien en el actual estado de nuestra legislación únicamente puede ser el Juez) de las que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del ilícito.

La debilidad axiológica de la interpretación aquí impugnada radica, pues, en que, al prescindir de una efectiva actividad pública de ejercicio procedimental del *ius puniendi*, contraría el propio presupuesto de la prescripción, que es el de la renuncia al *ius puniendi* por la pasividad pública en su ejercicio.

c) En tercer lugar, con la exigencia de un acto de interposición judicial para entender iniciado un procedimiento (en el sentido de que ello sólo puede ser mediante un acto realizado por quien tenga atribuido el *ius puniendi* del Estado, porque “el único procedimiento cuyas actuaciones tienen legal-

mente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal”, como se ha dicho antes con palabras de la STS, Sala Segunda, 753/2005, de 22 de junio) este Tribunal no extravasa su competencia arrogándose interpretaciones que, por ser de mera legalidad, corresponde hacer a la jurisdicción ordinaria.

Hemos destacado con anterioridad —FJ 7 de la presente Sentencia— la reiterada doctrina constitucional que, interpretando el verdadero significado de la expresión relativa a que el tema de la prescripción de infracciones penales es de legalidad ordinaria, ha declarado que “una vez que el legislador ha configurado libremente la institución de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, su aplicación al caso concreto puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo”; y que “el canon aplicable es el propio del art. 24 CE... canon éste reforzado por tratarse de un supuesto en el que están en juego otros derechos fundamentales, como aquí sucede con los reconocidos en los arts. 17 y 25 CE” (STC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7 y demás Sentencias citadas en el mencionado FJ 7 de la presente).

Hemos destacado igualmente (FJ 9 de la presente Sentencia) que este mismo Tribunal ha entendido que la simple interposición de una denuncia es una “solicitud de iniciación” del procedimiento (SSTC 11/1995, de 4 de julio, FJ 4, y 63/2005, de 14 de marzo, FJ 8), y que el derecho fundamental a la tutela judicial que asiste a los ofendidos por un delito como querellantes o denunciantes es un *ius ut procedatur* que no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, del mismo modo que hemos explicado (FJ 9) en qué consiste el canon reforzado de enjuiciamiento que ha de utilizarse cuando la aplicación de una materia de libre configuración por el legislador ordinario, como ocurre con el instituto de la prescripción, afecta a otros derechos fundamentales, concretamente al derecho a la libertad (art. 17 CE), sometido

al principio de legalidad y por ello de interpretación rigurosa en cuanto pueda perjudicar al reo (art. 25.1 CE).

Por último hemos resaltado que, en coherencia con el fundamento y fines de la prescripción en materia penal, y por su conexión, como acaba de decirse, con el derecho a la libertad y con la necesidad de interpretación rigurosa, no podía entenderse conforme con la exigencia reforzada de la razonabilidad (sumisión a estrictos parámetros de lógica) una interpretación que desvinculara el procedimiento criminal —que el art. 114 CP 1973 exigía y el art. 132.2 del vigente requiere— de un indispensable acto de interposición judicial, sin el cual, si no podría nunca hablarse de procedimiento jurisdiccional abierto o iniciado, menos aún podría sostenerse que ese inexistente procedimiento había podido dirigirse contra alguien.

Pero, por supuesto, excedería de la competencia de este Tribunal la determinación de la intensidad o calidad de dicha actuación judicial para entender interrumpido el lapso prescriptivo de las infracciones penales, por ser esta materia de la competencia de la jurisdicción ordinaria y, naturalmente, del Tribunal Supremo como “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales” (art. 123 CE). Así, en función de cada caso concreto, y por lo que respecta al Tribunal Supremo, se ha podido señalar como momento interruptivo tanto el acto judicial de imputación o citación como imputado del querrellado o denunciado, como el de apertura de la investigación judicial determinada por el traslado de la *notitia criminis* al órgano jurisdiccional correspondiente, inclusive en el caso de delitos atribuidos a una colectividad de sujetos y respecto de los no inicialmente determinados o nominados, o el de admisión de la denuncia o querrela, conforme resulta de las SSTs, Sala Segunda, entre otras, 643/2005, de 19 de mayo; 753/2005, de 22 de junio; 869/2005, de 1 de julio; 331/2006, de 24 de marzo; 671/2006, de 21 de junio, y 1026/2006, de 28 de octu-

bre, con la particularidad de que estas tres últimas, aun siguiendo el criterio de que la mera presentación de una denuncia o querrela significa procedimiento a efectos de interrupción de la prescripción, reconocen expresamente la existencia de actos de interposición judicial que hubieran determinado por sí mismos la interrupción de la prescripción. Ni siquiera, en el caso examinado, es necesario extraer consecuencia alguna derivada de las locuciones utilizadas por el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 18 de Madrid, de 20 de enero de 1993, relativas a que la iniciación de las diligencias previas que acordaba (“Auto de incoación de previas”, reza textualmente su cabecera) se hacía “a los únicos fines registrales y de control procesal”. Lo único que interesa resaltar es que ese Auto, primer acto de interposición judicial producido, cualquiera que fuera su significación, se dictó trece días después del vencimiento del plazo de prescripción, conforme se hizo constar en el fundamento jurídico 9 de la presente.

13. En suma: la consideración por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de que la mera recepción del escrito presentado el día 6 de enero de 1993 significaba ya que “el procedimiento se dirigía contra el culpable” constituye, en el caso aquí enjuiciado, una interpretación y aplicación del art. 114 del Código penal de 1973 lesiva del derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en cuanto insuficientemente respetuosa del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) que estaba en el trasfondo de la decisión. Hemos pues de otorgar en este punto el amparo que se nos solicitaba y declarar la nulidad de la Sentencia impugnada a este respecto, que es sólo la dictada en casación. A la vista de la índole de la vulneración declarada (tutela defectuosa en materia de prescripción) y de que a partir de los hechos enjuiciados el restablecimiento del derecho pasa por la estimación de la concurrencia de la prescripción en este caso, la naturaleza sustantiva del derecho fundamental vulnerado y la in-

necesariedad de un nuevo enjuiciamiento que no estaría destinado a corregir el desconocimiento en contra de los recurrentes de normas procesales con relevancia constitucional, hace improcedente la retroacción de actuaciones como consecuencia del otorgamiento del amparo (SSTC 157/1989, de 26 de octubre, FJ 3, y 4/2004, de 16 de enero, FJ 4).

La anulación del fallo por el motivo acabado de expresar hace innecesario también el pronunciamiento sobre las quejas que se sustentaban en torno a la negación de la prescripción como causa de la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a la vulneración de la legalidad penal, ésta en cuanto comprensiva, en el entender de la demanda, del derecho a la irretroactividad de las interpretaciones jurisprudenciales desfavorables (art. 25.1 CE).

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ
ARRIBAS EN LA SENTENCIA DICTADA EN
LOS RECURSOS DE AMPARO, ACUMULADOS,
NÚMS. 1907-2003 Y 1911-2003

Haciendo uso de la facultad atribuida a los Magistrados del Tribunal Constitucional por el apartado 2 del art. 90 LOTC expreso en este Voto particular y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, mi discrepancia, defendida en la correspondiente deliberación de la Sala Segunda, que fundo en las siguientes consideraciones:

1. He de comenzar por reiterar que como ya dije en mi Voto particular concurrente expresado con respecto a la Sentencia 163/2005, de 14 de marzo, “Las Sentencias y Autos que hasta ahora —esto es hasta la STC citada—ha dictado este Tribunal en relación con la prescripción penal, así entre las más 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”.

“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.”

“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. En el presente caso la Sentencia de la que discrepo hace un esfuerzo para tratar de ceñirse al caso concreto, pero se extiende en una serie de consideraciones genéricas que, a mi juicio, invaden funciones interpretativas que corresponden a la jurisdicción ordi-

naría y, de otro lado, tampoco comparto el análisis específico que se hace respecto de las circunstancias que concurren sobre la discutida prescripción.

3. En cuanto a lo primero, se viene a establecer un matizado canon de constitucionalidad en relación con las Sentencias penales, configurado por el tradicional de este Tribunal de que la interpretación y aplicación de un precepto punitivo no incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente para ser conforme a la exigencia de la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, que ha de ser reforzada en su motivación cuando, además, esté afectado otro derecho fundamental y ahora —y este es el matiz— en el concreto caso de la prescripción de los delitos a ese reforzamiento, por la específica relación con el derecho a la libertad (art. 17 CE) se añade una rígida exigencia de aplicación restrictiva en la interpretación de las causas de interrupción del plazo prescriptivo.

Pues bien, no puedo compartir esta tesis, porque, 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 éste 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.

Por el contrario, ante una decisión judicial interpretadora de la legalidad ordinaria (del art. 114 último inciso, del párrafo 2 del Código penal de 1973, ahora art. 132.2 del vigente) como ya dije en mi Voto concurrente a la STC 63/2005 y he recordado al principio reproduciendo doctrina de este Tribunal allí también invocada, en los casos, como el presente, que nos son sometidos han de analizarse uno por uno, examinando los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial, al objeto de comprobar si

es arbitraria, irrazonable o incurra en error patente y a ello debe limitarse nuestra función, sin extender el canon más allá de la reforzada motivación cuando además del derecho del art. 24 CE se afecte algún otro derecho fundamental.

La Sentencia de la que discrepo reconoce que la fundamentación del impugnado fallo del Tribunal Supremo no incurre en error patente y que ni siquiera puede ser “tildada de irrazonable o arbitraria”, llegando no obstante, a otorgar el amparo al considerar que dicha interpretación de la norma penal de la prescripción, “al exceder de su más directo significado gramatical”, lleva consigo “una aplicación extensiva o analógica de aquélla en perjuicio del reo”, ampliando así nuestro canon, criterio que reitero no compartir.

4. 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, pero ni estimo que en tal defecto incurra la interpretación formulada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ni tampoco creo que sean constitucionalmente impondibles 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 cuántos 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.

Es más, de generalizarse esta doctrina, podría resentirse el sistema judicial, convirtiéndose una garantía a favor del reo en instrumento, o al menos causa involuntaria, de impunidad de las infracciones penales, propiciándose su prescripción sobre todo de las de menor gravedad y mayor frecuencia, dado el cúmulo de trabajo de los órganos jurisdiccionales.

5. En el análisis del caso concreto, tampoco comparto las conclusiones de la Sentencia de la mayoría, distinguiendo entre la cuestión de si la interposición de una querrela es o no causa interruptiva de la prescripción y la cuestión de autos que se sitúa en la falta de firma e insuficiencia de poder de la documentación presentada (que la Sentencia impugnada reconoce como querrela “defectuosa”) en el último día del plazo prescriptivo y en el retraso de las posteriores actuaciones judiciales, para llegar a negar que hubiera “dirección del procedimiento contra el culpable”, y tan siquiera “iniciación del procedimiento”, terminando en la ausencia de interrupción de la prescripción.

A mi entender, reiterando el respeto que me merece la contradictoria opinión de mis compañeros, lo que se hace en la Sentencia aquí impugnada, es, en primer lugar, acogiendo en su fundamento de derecho ocho una corriente doctrinal y de la propia jurisprudencia de la Sala, afirmar que tanto con la querrela como con la denuncia “pueden iniciarse los procesos penales”, que ambas

“forman parte del procedimiento” y que si en los “escritos aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente”, “desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a efectos de la interrupción de las prescripción” y en segundo lugar afirmar, en el fundamento de derecho nueve, que la querrela —que efectivamente y por su falta de firma e insuficiencia del poder del Procurador en otro pasaje llama “defectuosa”— “tuvo la virtualidad de integrar una denuncia” y que “existió el procedimiento judicial, que se colma, según jurisprudencia de esta Sala —la Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo— con la anotación en el registro general del juzgado... circunstancia que dota de certeza y de seguridad jurídica a la hora de computar los términos”.

Cuanto antecede es conforme con la práctica habitual en estos casos, ya que en una gran ciudad con multiplicidad de Juzgados de Instrucción, la denuncia o la querrela se presentan en el Juzgado de guardia y si se refiere a hechos producidos fuera del período de la misma, el Juez —salvo que considere necesarias y urgentes diligencias de investigación— se limita a practicar las anotaciones correspondientes y remitir al Juzgado Decano para reparto, y una vez producido éste, es el Juzgado al que haya correspondido el que realiza las correspondientes actuaciones. Cuando todo este trámite discurre con normalidad y en un tiempo razonable, al contrario de lo que sucedió en el caso de la STC 163/2005 (en que transcurrieron dos años sin practicar actuación alguna), corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria establecer, en principio, si se puede o no entender interrumpida la prescripción y a nosotros, en la jurisdicción constitucional, exclusivamente y como vengo repitiendo, si esa decisión es arbitraria, irrazonable, incurra en error patente o insuficientemente motivada, sin necesidad de construir ninguna compleja doctrina que, por su carácter general y extensión, no solo

puede invadir campos que nos son ajenos, sino, además, producir efectos indeseados en el sistema judicial, como ya he apuntado.

En consecuencia, el criterio interpretativo de la Sentencia impugnada en el recurso de amparo, cualquiera que sea su grado de

acierto, en lo que no podemos entrar, para mí, continúa siendo de estricta legalidad ordinaria y no incurre en ninguna de las tachas ni en la falta de motivación que podrían justificar la decisión estimatoria de aquél que, por el contrario, debió ser desestimado.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del TS de 27 de noviembre de 2007

Asunto: Revisión de condena por impago de alimentos y posterior declaración de inexistencia de paternidad biológica por parte del recurrente.

Acuerdo:

No cabe la revisión en aquellos casos en que el recurrente haya sido condenado por impago de alimentos fijados en una sentencia dictada en procedimiento matrimonial y, con posterioridad, sea anulada la paternidad biológica.

Asunto: Imposición de pena prevista en la ley y omitida por la acusación.

Acuerdo:

El anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena.

Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 29 de enero de 2008

Asunto: La competencia del Tribunal del Jurado en los supuestos de conexión procesal de los delitos

Acuerdo:

Conforme al artículo 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 artículo 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.

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del TS de 26 de febrero de 2008

Asunto: Delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina y de determinación al ejercicio de la prostitución. Clase de concurso.

Acuerdo:

La relación entre los artículos 188.1 y 318 bis del CP, en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia del concurso real de delitos. Tales conductas serán calificadas con arreglo a los artículos 188.1 y 318 bis 1.º, descartando la aplicación del artículo 318 bis 2.º, al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo.

Asunto: Sentencia del Tribunal Constitucional sobre “los Albertos”, conocimiento y decisiones, en su caso.

Acuerdo:

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido conocimiento de la reciente sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional el pasado 20 de febrero de 2008, que declara la nulidad de la nuestra de 14 de marzo de 2003 y, tras su análisis, ratificamos nuestros precedentes Acuerdos de Sala General de 12 de mayo de 2005 y 25 de abril de 2006, por cuanto el Órgano Constitucional reitera la extensión de su jurisdicción basándose de nuevo en una interpretación de la tutela judicial efectiva, en este caso, en relación con el potencial derecho a la libertad personal de los recurrentes, que vacía de contenido el artículo 123 CE.

Este precepto constitucional, dentro del Título correspondiente al Poder Judicial, tiene como misión preservar el debido equilibrio entre órganos constitucionales del Estado, en este caso, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, para asegurar el adecuado funcionamiento de aquél, de forma que se desconoce su esencia, fijando una interpretación de la legalidad ordinaria que sólo corresponde al Tribunal Supremo.

Sentencia 600/2007, Sala de lo Penal del TS, de 11 de septiembre de 2007

PRESCRIPCIÓN DEL DELITO CONTINUADO. PARTICIPACIÓN A TÍTULO LUCRATIVO Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Arts. 115 LECrim.; 74, 122 y 132 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis

SÍNTESIS

De las diversas cuestiones planteadas en esta sentencia (recaída en el conocido como caso “KIO”), destacamos la doctrina relativa al delito continuado y sus elementos, cuya existencia es decisiva en el caso enjuiciado a los efectos de determinar la posible prescripción del delito, así como la doctrina relativa a la responsabilidad civil de los herederos del partícipe a título lucrativo. Se recogen dos votos particulares en los que se discute que el partícipe en una de las acciones que forman parte del delito continuado sea considerado partícipe de éste.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...).

Como es sabido, la norma penológica ordinaria es que por cada hecho delictivo se impondrá la pena correspondiente a la infracción de que se trate (art. 69 CP 1973); pero esta norma quiebra cuando se trata del llamado delito continuado, de origen jurisprudencial, introducido en nuestro Código Penal en la reforma de 1983 y mantenido en el artículo 74 del Código Penal de 1995, actualmente vigente, dado que ante una pluralidad de hechos delictivos la respuesta penal es única.

De las tres teorías acuñadas por la doctrina para explicar la naturaleza jurídica de esta figura [a) teoría de la ficción; b) teoría realista; y, c) teoría de la realidad jurídica], la primera parece la más adecuada para los ordenamientos jurídicos en que esta figura no está recogida expresamente en los textos legales y únicamente tiene reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, y la última para aquellos ordenamientos jurídicos —como el nuestro— que sí la han recogido en el articulado del Código Penal.

Admitida la figura del delito continuado en nuestro Código Penal, y antes de referirnos a los requisitos precisos para su existen-

cia legal, parece oportuno decir que, para su aplicación, no se requiere que concurra ninguna dificultad probatoria de los distintos hechos delictivos que lo integren, ni su aplicación viene justificada —*pietatis causa*— por la gravedad de la respuesta penológica inherente a la posible estimación del concurso real de delitos, al que la propia ley señala un máximo de cumplimiento (art. 70 CP 1973). Debemos destacar también que la correspondiente norma penológica distingue las infracciones patrimoniales —como es el caso— y las restantes infracciones en las que cabe apreciar esta figura jurídica.

El delito continuado, por lo demás, viene configurado por un conjunto de requisitos que doctrinalmente cabe calificar de fundamentales, unos, y de secundarios, otros. Entre los primeros, se encuentran, desde el punto de vista objetivo, la pluralidad de hechos delictivos y la unidad de precepto penal violado; y, desde el punto de vista subjetivo, la unidad de propósito (dolo unitario o de conjunto); y, entre los segundos, la unidad o identidad de ocasión y la conexión espacio-temporal. Requisitos que la jurisprudencia viene destacando reiteradamente (v., por todas, SSTS de 17 de octubre de 1988 y de 25 de septiembre de 2006), si bien, en esta última, se pone de relieve que no aparece en el texto legal el requisito de la proximidad temporal, si bien se reconoce que “un excesivo lapso de tiempo puede romper la posibilidad de un delito continuado si impide que concurra el elemento subjetivo expresamente exigido” en el texto legal.

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso conduce llanamente al reconocimiento de que el relato fáctico de la resolución impugnada describe claramente un delito continuado de carácter patrimonial. En efecto, es del todo evidente que nos hallamos ante una pluralidad de hechos delictivos (cada una de las operaciones que han fundamentado la condena de los acusados), y que en ellos ha concurrido el elemento subjetivo del propósito o designio único, ya

que, como ya hemos dicho, en el relato fáctico se dice que, “en 1989, altos directivos de KIO en Londres, que no están siendo enjuiciados, se pusieron de acuerdo con Isidro para hacerse con fondos del Grupo Torras en su beneficio, utilizando sociedades instrumentales” (v. HP, pág. 000065); concurriendo igualmente la identidad de precepto legal violado (art. 535 CP 1973) e, incluso, una razonable proximidad temporal entre las distintas “operaciones”, habida cuenta de la naturaleza y complejidad de los distintos hechos delictivos aisladamente considerados.

Debemos concluir de todo lo expuesto que, en el presente caso, no cabe cuestionar la existencia de un delito continuado integrado por las “operaciones” a las que hemos hecho especial referencia.

(...)

Undécimo.—(...)

El Tribunal de instancia ha declarado, en el fallo de la sentencia impugnada, que “se declaran partícipes a título lucrativo a las siguientes personas: (...) Herederos de Cristóbal (Irene), y en tal concepto establece su obligación de devolver 1.100.000 dólares, según el cambio oficial de esta divisa en la fecha de su transmisión, el 5 de octubre de 1990. Responsabilidad civil que, para el caso de que la herencia se hubiese aceptado a beneficio de inventario, tendrá las limitaciones derivadas del beneficio de inventario” (v. f. 000152).

Conforme a lo especialmente previsto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre esta materia, “de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible” (v. art. 100 LECrim., 109 y 110 del CP y art. 1092 CC); “la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal (...); pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables” (v. art. 108 LECrim. y 1813 CC); “ejercitada sólo la acción

penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar” (v. art. 112 LECrim.); “la acción penal se extingue por la muerte del culpable, pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil” (v. art. 115 LECrim.).

A la vista de lo dispuesto en los preceptos citados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es evidente que la acción civil dirigida contra los herederos de una persona a la que se considera partícipe por título lucrativo de los efectos de un delito (v. art. 108 CP 1973), en principio, deberá ejercitarse ante el órgano competente de la jurisdicción civil. No es, por tanto, procesalmente correcto (v. art. 238.3º LOPJ) pronunciarse sobre la condición de partícipe a título lucrativo de una persona que ha fallecido y que, por tal circunstancia, no puede defenderse en el proceso (v. art. 24.1 CE), ni tampoco resolverse previamente en el proceso penal todas las cuestiones inherentes a la determinación de quienes sean, en su caso, los herederos de tal persona, para habilitarles de los medios pertinentes para su defensa y condenarles, en su caso, a la vista de lo establecido en el art. 115 LECrim. y por la evidente complejidad que con frecuencia ofrece esta materia (existencia o no de testamento, posible impugnación del mismo, renuncia a la herencia, aceptación de la misma a beneficio de inventario, ejercicio del derecho de deliberar, preferencia y prelación de créditos, etc. etc.).

Por lo expuesto, procede estimar este motivo y, en su consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de instancia, anulando el pronunciamiento del Tribunal de instancia sobre la responsabilidad de los herederos de Cristóbal.

(...)

VOTO PARTICULAR FORMULADO POR EL
EXMO. SR. MAGISTRADO D. ENRIQUE
BACIGALUPO ZAPATER RESPECTO DE LA
SENTENCIA N.º 600/2007, DE 11 DE
SEPTIEMBRE, EN EL RECURSO DE CASACIÓN
N.º 1746/2006

El Magistrado que suscribe discrepa del fallo de la sentencia de la mayoría por entender que debió ser estimado el motivo tercero del recurso de don Jesús Ángel y, consecuentemente, declarar la prescripción de la acción penal de acuerdo con los arts. 113 y 114 CP 1973 y 131 y 132 CP vigente.

A

La cuestión planteada puede ser resumida de la siguiente manera: el recurrente participó en uno de la serie de hechos, cuya autoría se atribuye a otros acusados, ingresando en una cuenta en el extranjero a su nombre una cantidad del dinero distraído por quienes tenían poderes de administración del patrimonio de los sujetos pasivos. El recurrente, transfirió luego esa suma a otras cuentas de los administradores. No existe ninguna constancia en los hechos probados de que el recurrente haya tenido participación en otros hechos de la serie de distracciones cometidas por los administradores o tenido conocimiento de los mismos. Dado que el recurrente ha sido condenado como partícipe en un delito continuado, se trata, entonces, de saber si la cooperación de un *extraneus* en uno de los hechos individuales que componen un delito continuado de administración desleal puede determinar que la pena aplicable sea la del delito continuado del art. 252 CP (535 CP 1973) cometido por los autores y si, correlativamente, el plazo de prescripción debe ser el de 10 años o, por el contrario, en este caso debe ser excluida la agravación por la continuidad y aplicado el plazo de prescripción de 5 años.

B

La sentencia de la mayoría estima que la el acusado tomó parte en un delito continuado y que la pena aplicable según el art. 69 bis CP. 1973 impone aplicar el plazo de prescripción de 10 años. De esa manera infringe, en opinión del Magistrado que suscribe el presente voto, manifiestamente los arts. 74.1 y 65.1 CP actual, que reproducen disposiciones similares del CP 1973 (arts. 69 bis y 60), vigente en el momento de la comisión de los hechos. En efecto: de acuerdo con lo establecido en los arts. 69 bis CP 1973 y 74.1 CP, el delito continuado requiere que el sujeto haya realizado “una pluralidad de acciones u omisiones”. El tal caso la pena se aplicará en la mitad superior del marco penal previsto en la ley. Los arts. 60. (1) CP 1973 y 65.1 CP, por su parte, determinan que las circunstancias que consistan en “cualquier causa de naturaleza personal” sólo podrán agravar la pena “de aquellos en quienes concurren”.

Los fundamentos de la sentencia de la mayoría se condensan en tres afirmaciones: 1) el recurrente fue acusado como autor de un delito continuado de apropiación indebida (distracción de dinero); 2) “el conjunto de actuaciones en que se desarrolló la operación “Pincinco” está integrado en una serie de concretas transferencias de fondos de diferentes cuentas (...) de Isidro (...)” (pág. 180 de la sentencia de la mayoría); 3) lo decisivo para determinar el plazo de la prescripción no es la calificación correspondiente al hecho efectuada en la sentencia, sino la practicada por la acusación, siempre que no haya sido “infundada, arbitraria, ni, por supuesto, fraudulenta”, haciendo referencia, al pasar, a la jurisprudencia de esta Sala referida a los casos de acusación por delito en los que la sentencia condena por falta o en los que se condena por otro delito.

C

Los arts. 69 bis CP 1973 y 74.1 CP no son aplicables al recurrente pues no se le imputó

haber tomado parte en una pluralidad de acciones u omisiones de distracción de dinero, sino en una única acción receptando una determinada suma distraída por los administradores en su cuenta bancaria suiza de donde la transfirió más tarde a otras cuentas. No se dice en el hecho probado que el recurrente haya cooperado de alguna manera en las restantes distracciones de dinero que configuran el delito continuado de los administradores desleales o siquiera que haya tenido conocimiento de las mismas, dado que sólo ha sido implicado en la llamada operación “Pincinco”. Consecuentemente aplicar una disposición que requiere pluralidad de acciones a un caso en el que el partícipe sólo realiza una acción comporta la vulneración del principio de legalidad penal (arts. 25.1 CE y 4.1 CP), en tanto éste prohíbe extender analógicamente lo previsto en el texto de en una disposición penal (garantía de la *lex stricta*).

Pero, no sólo no se ha probado el tipo objetivo de la agravante de continuidad, sino que, además, en el hecho probado no aparece ningún elemento que hubiera permitido fundamentar el tipo subjetivo. No consta que el recurrente haya tenido el conocimiento de la continuidad propio del dolo (es decir de los otros hechos individuales que la componen). El dolo del partícipe en un delito de administración desleal del art. 535 CP 1973 o 252 CP vigente requiere el conocimiento de extralimitación de los poderes de los administradores en cada uno de los casos en que incurrieron los administradores en la distracción de dinero en la que cooperaba el partícipe. Por lo tanto, tal conocimiento es un elemento esencial para la imputación de la agravante por continuidad al partícipe. En consecuencia, si la cooperación en la continuidad delictiva requiere que el partícipe sepa que colabora en una pluralidad de hechos y no sólo en un hecho aislado, es preciso que consten en los hechos probados las circunstancias de las que puede ser deducido ese conocimiento en los otros hechos. Tales elementos no aparecen en el hecho probado, donde sólo se hace referen-

cia a que los administradores desleales quisieron contar para la operación “Pincino” con la participación del recurrente. Por lo tanto, también se infringen los arts. 12 y 14.2 CP.

La conclusión es clara: el partícipe en uno de los hechos abarcados por la continuidad delictiva no puede ser condenado por participar en el delito continuado de los autores, es decir en todos los hechos de los autores que componen el delito continuado, dado que ni ha realizado una pluralidad de acciones, ni con su cooperación ha procurado favorecer otras distracciones de dinero cometidas por los administradores. Lo contrario infringe el art. 69 bis CP 1973 o 74.1 y 12 y 14.2 CP.

D

También se infringe en la sentencia de la mayoría los arts. 60 (1) CP 1973 y 65.1 CP. No es necesaria una complicada argumentación para demostrar que la agravación de la pena prevista en el art. 69 bis CP 1973 se basa en una circunstancia agravante consistente en la ejecución de una pluralidad de actos. Sin perjuicio de la inexistencia de una pluralidad de acciones, la continuidad debe ser considerada como una “causa de naturaleza personal”, toda vez que constituye una forma de la acción y que ésta es un elemento personalísimo del delito. Sólo en la persona que ejecuta por sí misma las acciones abarcadas por un nexo de continuidad puede concurrir, por lo tanto, la agravante prevista en los arts. 69 bis y 74.1 CP. Nuestra jurisprudencia sostiene desde antiguo que todas las limitaciones de la accesoriedad de la participación basadas en agravantes de naturaleza personal se rigen por el art. 65. 1 CP (art. 60.1 CP 1973), porque éste no se limita a las circunstancias de los arts. 21 y 22 CP. Así se deduce numerosas sentencias, entre la que cabe destacar las SSTs de 11-3-1887; 7-2-1888; 6-2-1889; 27-1-1902; 5-10-1912; 21-1-1954; 16-6-1955. Ciertamente estas sentencias son anteriores a la introducción del concepto de delito continuado en el tex-

to legal, pero, implícitamente excluyen, en contra de lo sostenido por una parte de la doctrina, limitar el ámbito de aplicación del antiguo art. 60 (de idéntico contenido en los números 1 y 2 al actual art. 65 CP) a las circunstancias genéricas y atribuyen a dicha disposición un carácter general, que, lógicamente, debe regir también para la agravación prevista actualmente para el delito continuado.

Si, como se dijo, la continuidad es una circunstancia agravante de naturaleza personal, transmitirla a quien no ha ejecutado la pluralidad de acciones vulnera el principio de personalidad de las penas, que en nuestro derecho se deduce del art. 10.1 CE, en tanto éste garantiza el libre desarrollo de la personalidad. La responsabilidad por hechos de otros sólo cabe en el caso del que es garante de que otro no cometa el delito, cuestión totalmente ajena a este caso.

En suma: si el recurrente no participó en una pluralidad de acciones no cabe considerar que la agravante de continuidad puede serle aplicada sólo porque los autores del hecho aislado en el que participó hayan realizado otras distracciones de dinero que eran ajenas al recurrente.

E

Las anteriores consideraciones permiten afirmar que la acusación de participación en un delito continuado de administración desleal, basada en la participación en sólo uno de los hechos de la continuidad imputada a los autores, es infundada, es decir, carece de una fundamentación jurídica acertada. En efecto: si la acusación se apoyó en una argumentación contraria al principio de legalidad, porque aplicó analógicamente el art. 69 bis CP 1973 (74 CP) a hechos diversos de los allí previstos y, además, careció de todo apoyo en los hechos que permitieran sostener el dolo del partícipe respecto de la continuidad, el carácter erróneo de su fundamentación no ofrece ninguna duda.

Adelanto mi coincidencia de fondo con los conceptos sostenidos por el voto particular del Excmo. Señor D. Miguel Colmenero

y Menéndez de Luarca. Pero, si se quiere aplicar a este caso la premisa de que el plazo de prescripción de la acción para perseguir el delito se debe regir por el correspondiente al hecho punible que sostuvo la acusación, siempre que ésta no sea “infundada, arbitraria ni, por supuesto, fraudulenta” (pág. 180 de la sentencia de la mayoría), lo cierto es que en el presente caso no será posible determinar el plazo de prescripción según el delito acusado, toda vez que es manifiesta la falta de fundamento de la acusación al calificar al único hecho imputado al recurrente como una pluralidad de acciones y como cooperación en un delito continuado. Consecuentemente, el precedente de la STS de 29-12-2005 (acusación por asesinato y condena por encubrimiento) no es aplicable en este caso, dado que en ella no se entendió que la acusación por asesinato hubiera sido infundada.

F

Resumiendo: el recurrente cooperó en un delito de administración desleal consumado en octubre de 1990, que es el momento en el que se produce el abuso de poderes por los administradores al transferir, con el propósito de que el partícipe les permita agotar la acción, las sumas de dinero de la sociedad administrada a un destino ajeno a su mandato. Ese es el momento también en el que el cooperador recibió dichas cantidades, asegurando de esta manera la distracción en provecho de los administradores. Es claro que el plazo de prescripción comenzó, por lo tanto, en ese momento. Pues, como lo dice la sentencia de la mayoría, el delito se consumó “en el momento en que se les dio [a los dineros] el destino irregular” (pág. 178). Los hechos posteriores, que a su vez son hechos de agotamiento de la cooperación no tienen el efecto —como parece que se supone en la sentencia de la mayoría (ver pág. 177 de la misma)— de modificar el dies a quo, toda vez que nada agregan al perjuicio ya causado. Por tal razón, son considerados en la doctrina, aplicando el crite-

rio de la consunción (art. 8.3.^a CP), como “hechos posteriores copenados” o “hechos posteriores no punibles” que pueden fundamentar la responsabilidad independiente del partícipe o del encubridor que los prometió antes de la consumación, como ocurre en este caso. Es indudable que si estos hechos posteriores no son punibles independientemente del hecho anterior o caen bajo la misma pena que el hecho anterior, carecen de toda capacidad para extender el plazo de la prescripción. La prescripción de la acción para perseguir el delito lógicamente sólo tiene sentido en relación a los hechos punibles como tales.

G

En conclusión:

El acto que interrumpe la prescripción es, como se dice en la sentencia de la mayoría (pág. 178), la citación del recurrente por el Juzgado de Instrucción N.º 3 de 18-12-1995 (f.º 5070) en calidad de inculpado.

Si el hecho único en el que el recurrente participó se consumó en octubre de 1990, es claro que en esa fecha ya habían transcurrido los cinco años previstos como plazo de prescripción, dado que, de acuerdo con el derecho vigente en el momento del hecho (arts. 113, 535 y 528 CP 1973), la pena correspondiente al delito cometido no excedía de seis años.

VOTO PARTICULAR FORMULADO POR EL
EXCMO. SR. MAGISTRADO D. MIGUEL
COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA
RESPECTO DE LA SENTENCIA N.º 600/2007,
DE 11 DE SEPTIEMBRE, EN EL RECURSO DE
CASACIÓN N.º 1746/2006

Con el mayor respeto y consideración a la decisión de la mayoría, mi discrepancia coincide sustancialmente con la expuesta en el Voto Particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, al que me adhiero, salvo en lo que respecta al apartado E de su escrito.

La razón de mi discrepancia en este último punto encuentra su origen en la afirma-

ción, contenida en la Sentencia, según la cual, cuando la cuestión relativa a la prescripción se resuelve en la Sentencia, la pena que debe ser tenida en cuenta es la correspondiente al delito calificado por la acusación, siempre que esta calificación no resulte infundada.

1. Para una parte de la doctrina, la justificación de la prescripción es dudosa. El Derecho Internacional y el Código Penal español reconocen casos de imprescriptibilidad en determinados delitos especialmente graves, a pesar de la advertencia realizada por el Tribunal Constitucional (STC n.º 157/1990) en orden a la cuestionable constitucionalidad de una previsión normativa que excluyera la prescripción en todo caso.

De todos modos, la interpretación de la prescripción debe realizarse conforme al ordenamiento vigente.

Entiendo que la afirmación de la que discrepo encontraría mayor sustento en las teorías que atribuyen a la prescripción fundamentos procesales, pero resultan incompatibles, en mi opinión, con la doctrina mayoritaria de la Sala que le reconoce fundamentos de tipo material, aun cuando convivan con aquéllos.

Efectivamente, la jurisprudencia ha entendido mayoritariamente que el fundamento de la prescripción se relaciona con la necesidad y merecimiento de pena, así como en el reconocimiento de las dificultades que encuentra el cumplimiento de los fines de la pena tras el transcurso de un periodo significativo de tiempo en relación con la gravedad del hecho.

2. Los plazos de prescripción se establecen en el Código Penal en relación a la gravedad del delito según aparece reflejada en la pena. Incluso en ocasiones, la naturaleza del delito (genocidio, lesa humanidad y delitos contra las personas y bienes en caso

de conflicto armado) determina la imprescriptibilidad.

Es la decisión final del Tribunal mediante sentencia firme la que establece definitivamente la calificación de los hechos como una determinada infracción penal. Hasta ese momento, solamente existe una pretensión de condena con arreglo a una calificación. En este sentido, la apreciación anticipada de la prescripción, que se justifica por otras razones más bien prácticas y de orden procesal, se basa en la consideración de la máxima gravedad posible según las acusaciones, siempre que no resulten absolutamente extravagantes. En estos casos, teniendo en cuenta la calificación más grave, es posible prescindir del resto del proceso cuando la cuestión reviste extraordinaria claridad.

3. En el resto de los casos es necesario esperar a la sentencia firme para considerar establecido el carácter delictivo de los hechos enjuiciados y precisar la identidad de la infracción; la extensión máxima de la pena y, consiguientemente, el plazo de prescripción. Pues la ley no establece los plazos en función de las calificaciones de las partes sino del delito que los hechos constituyen y eso solamente corresponde establecerlo definitivamente al Tribunal.

Por lo tanto, los hechos no constituyen un delito cuando califica la acusación y otro distinto cuando lo hace el Tribunal. Son, y siempre han sido, lo que el Tribunal dice que son.

Consecuentemente, el plazo se debe determinar según la calificación del hecho efectuada por el Tribunal, sin que sea posible ampliarlo sobre la base de una deficiente, en tanto errónea, calificación del delito por parte de quien acusa.

Esta tesis, minoritaria en la jurisprudencia de la Sala, encuentra precedentes en la STS de 13 de junio de 1990.

Sentencia 783/2007, Sala de lo Penal del TS, de 1 de octubre de 2007

PRUEBA PERICIAL (INFORMES DE INTELIGENCIA). VALOR PROBATORIO DE LAS DECLARACIONES POLICIALES

Arts. 456 y 705 LECrim.

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

SÍNTESIS

De las diversas cuestiones abordadas en esta sentencia, destacamos la relativa a la naturaleza probatoria de los denominados “informes de inteligencia”, más próxima a la pericial que a la testifical, y con cita del Acuerdo plenario de 28 de noviembre de 2006 (reproducido en el número 20 de la Revista), el valor probatorio de las declaraciones prestadas en sede policial y practicadas con las garantías legales y constitucionales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El motivo tercero, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con los arts. 456 y 705 de la LECrim., sostiene que la sentencia recurrida vulnera las normas constitucionales y procesales al otorgar carácter pericial a los tres informes policiales —periciales de inteligencia— elaborados por los agentes del Cuerpo Nacional de Policía números NUM010 y NUM011, consecuencia de lo cual ambos agentes deponen en el acto de la vista oral como peritos y no como testigos vulnerando en esta materia principios fundamentales. Este motivo tiene que ser conjuntamente analizado con el siguiente, el cuarto, en donde los recurrentes, por la propia vía impugnativa, consideran que la combatida vulnera las normas constitucionales y procesales al otorgar valor de prueba de car-

go a los tres informes policiales elaborados por los agentes de la UCI n.º NUM010 y n.º NUM011 relativos a la interpretación y análisis de una documentación en euskera, realizados sobre la base de una traducción al castellano que no consta en las actuaciones, y a la que no se ha podido someter a contradicción, y por considerar que la Sala otorga valor de prueba de cargo a las declaraciones de los mencionados agentes de la UCI cuando se trata de meros testigos de referencia.

(...)

A este respecto, véase nuestra STS 786/2003, de 29 de mayo, la cual ha declarado que tal prueba pericial de «inteligencia policial» cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, está reconocida en nuestro sistema penal pues, en definitiva, no es más que una variante de la pericial a que se refieren tanto los arts. 456 LECriminal, como el 335 LECivil, cuya finalidad no es otra que la de suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o

prácticos cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada en los términos del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En tal sentido podemos también citar la sentencia de esta Sala 2084/2001, de 13 de diciembre.

La prueba pericial es una variante de las pruebas personales integrada por los testimonios de conocimiento emitidos con tal carácter por especialistas del ramo correspondiente de más o menos alta calificación científica, a valorar por el Tribunal de instancia conforme a los arts. 741 y 632 de la LECr. y 117.3 de la Constitución (STS 970/1998, de 17 de julio). Dicho de otro modo: la prueba pericial es una prueba personal, pues el medio de prueba se integra por la opinión o dictamen de una persona y al mismo tiempo, una prueba indirecta en tanto proporciona conocimientos técnicos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos (Sentencia 1385/1997, de 13 de noviembre de 1997).

Como ha sostenido acertadamente el Ministerio Fiscal en esta instancia, en los funcionarios policiales que elaboran los llamados “informes de inteligencia”, como en los expertos en legislación fiscal o de aduana, puede concurrir esa doble condición de testigos, sean directos o de referencia, y peritos. Se trata además de pruebas cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, y su validez, como ya lo hemos declarado con anterioridad.

En suma, este tipo de prueba, se caracteriza por las siguientes notas: 1.^º Se trata de una prueba singular que se utiliza en algunos procesos complejos, en donde son necesarios especiales conocimientos, que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales; 2.^º En consecuencia, no responden a un patrón

diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no obstante lo cual, nada impide su utilización en el proceso penal cuando se precisan esos conocimientos, como así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia reiterada de esta Sala; 3.^º) En todo caso, la valoración de tales informes es libre, de modo que el Tribunal de instancia puede analizarlos racional y libremente: los informes policiales de inteligencia, aun ratificados por sus autores no resultan en ningún caso vinculantes para el Tribunal y por su naturaleza no podrán ser considerados como documentos a efectos casacionales; 4.^º) No se trata tampoco de pura prueba documental: no puedan ser invocados como documentos los citados informes periciales, salvo que procedan de organismos oficiales y no hubieran sido impugnados por las partes, y en las circunstancias excepcionales que señala la jurisprudencia de esa Sala para los casos en que se trata de la única prueba sobre un extremo fáctico y haya sido totalmente obviada por el Tribunal sin explicación alguna incorporada al relato de un modo, parcial, mutilado o fragmentario, o bien, cuando siendo varios los informes periciales, resulten totalmente coincidentes y el Tribunal los haya desatendido sin aportar justificación alguna de su proceder; 5.^º) El Tribunal, en suma, puede apartarse en su valoración de tales informes, y en esta misma sentencia recurrida, se ven supuestos en que así se ha procedido por los jueces *a quibus*; 6.^º) Aunque cuando se trate de una prueba que participa de la naturaleza de pericial y testifical, es, desde luego, más próxima a la pericial, pues los autores del mismo, aportan conocimientos propios y especializados, para la valoración de determinados documentos o estrategias; 7.^º) Finalmente, podría el Tribunal llegar a esas conclusiones, con la lectura y análisis de tales documentos.

Por lo demás, al haber comparecido los dos funcionarios citados, que son autores de todos los informes, y tratarse de un equipo de investigación, que se encuentra organizado como una Brigada Especial de la Policía,

se le puede aplicar la doctrina legal acerca de los Laboratorios Oficiales (pues, en suma, es lo mismo), y de ahí que no exista tacha alguna en cuanto a la participación de los mismos, a efectos de la comparecencia de ambos funcionarios. Por lo demás, las traducciones han sido confrontadas con las ofrecidas por los traductores que se han aportado por las defensas, y el Tribunal de instancia se ha inclinado en ocasiones, por éstas últimas. No existe, pues, indefensión causante de nulidad, como quieren los recurrentes.

En consecuencia, ambos motivos no pueden prosperar.

Quinto.—Se refieren los recurrentes, en su quinto motivo, a la vulneración de la presunción constitucional de inocencia, particularmente en el aspecto relativo a la apreciación probatoria de las declaraciones de los imputados en sede policial, con asistencia de letrado e información de derechos constitucionales, en los términos que analizaremos seguidamente.

(...)

En cuanto a los supuestos en los que un testigo o acusado presta declaración ante la Policía en un determinado sentido que después rectifica ante la autoridad judicial, la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala ha establecido que su declaración en sede policial podrá ser valorada como prueba siempre que haya sido prestada con observancia de las exigencias legales aplicables en ese momento, y que sea incorporada al juicio oral mediante el testimonio de los agentes que la presenciaron. (...)

En todo caso, para despejar esta cuestión, ciertamente controvertida y no del todo pacífica, es para lo que se tomó un Acuerdo Plenario, en donde el Pleno de la Sala expresó cómo debía entenderse cumplido este requisito a los efectos de enervar la presunción constitucional de inocencia. Así, se tomó el reciente Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esa Sala de fecha 28 de noviembre de 2006, según el cual cabe

“admitir que la declaración prestada válidamente ante la Policía pueda ser incorporada al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”.

Es decir, el Tribunal sentenciador puede valorar este tipo de declaraciones. Y ello por varios motivos: 1.^o) Primeramente, porque carecería de sentido que una diligencia de declaración en sede policial con todas las garantías, a presencia de letrado, con lectura de derechos y ofreciendo al detenido la posibilidad de no hacerlo y declarar exclusivamente ante la autoridad judicial, no tenga valor alguno, y lo tenga en cambio, como ya hemos dicho, la declaración espontánea extrajudicial. De ser así, es obvio que la ley debería prescindir de la misma, si no ha de tener absolutamente ningún efecto. 2.^o) Tampoco puede mantenerse que los funcionarios policiales están obligados a mantenerla ante el juez, por las consecuencias derivadas de la falsedad en que incurrirían en caso contrario. De ser ello así, lo mismo sucedería en toda clase de ratificaciones o adveraciones de documentos, privados, públicos o notariales, pues podría mantenerse que tal ratificación es superflua en tanto que condicionan necesariamente el contenido del documento en sí mismo considerado. Otro tanto ocurriría con la ratificación de denuncias o prestación de testificales en el juicio oral, cuando el deponente ya haya sido objeto de actividad sumarial previa. 3.^o) Como ya hemos apuntado, la declaración de los funcionarios policiales ante los que se produjo la declaración, no es propiamente un testimonio de referencia (pues, se objeta, estando el testigo directo, sobra el de referencia), pero es que tales funcionarios no dan cuenta de hechos ajenos, sino propios, y lo único que atestiguan es que el detenido dijo lo que expresa el acta, cuando tal persona lo niega ante el Tribunal, exponiendo las condiciones de regularidad procesal de la diligencia, de la que también podría dar cuenta si se le llamase, el propio abogado presente en la misma. 4.^o) Porque es muy habitual, y también lo es en este proceso,

que no existan elementos objetivos de presiones o malos tratos policiales, lo que se puede acreditar (como aquí consta) por los informes médico forenses que asistieron a los detenidos, desvirtuando las razones aducidas por éstos ordinariamente para negar las afirmaciones que hicieron. 5.º) Finalmente, porque los hechos que se afirman y que entran en el acervo del proceso como material inculpatario, serán corroborados por medio de otras pruebas que les presten credibilidad, como ocurre con declaraciones de funcionarios policiales encargados de la investigación policial, vestigios, datos o elementos de todo orden que produzcan la convicción judicial.

Dentro de estos parámetros es como pueden adquirir valor probatorio las declaraciones estrictamente policiales, practicadas con toda clase de garantías legales y constitucionales.

Véase a este respecto, la muy reciente STS 1215/2006, de 4 de diciembre, que interpreta el Acuerdo Plenario, y en la línea con lo que aquí se mantiene declara que “saliendo al paso de las objeciones que en ocasiones se ha hecho al valor de las declaraciones testificales en el juicio oral de los policías y del letrado que presenciaron las manifestaciones en sede policial, en primer lugar, que dudar de su respectiva imparcialidad, ante la imposibilidad —que se apun-

ta— de reconocer una actuación profesional delictiva o indebida por su parte, supone partir de una inaceptable presunción de generalizado perjurio y de una irreal incapacidad para efectuar aclaraciones, precisiones o matizaciones sobre las circunstancias por ellos percibidas de cómo tuvo lugar la declaración”.

En suma, en todos los casos enjuiciados, la Sala sentenciadora de instancia no ha valorado exclusivamente la declaración policial auto-inculpatoria, sino que ha tenido en consideración, la introducción de la misma en el plenario, la declaración policial de los testigos que la tomaron, la lectura previa de derechos y la asistencia de letrado, sin objeción alguna, lo que cobra mayor relieve cuando confirmamos que otros coimputados no desearon prestar tal declaración policial, y convinieron que solamente declararían ante el juez de instrucción. Junto a ello, se valora la ausencia de malos tratos o presiones físicas, a través de los doctores forenses. Y finalmente los datos e indicios resultantes introducidos en el proceso a través de la declaración testifical de los funcionarios de policía que investigaban toda esta trama delictiva, junto a los documentos que llegaron por vía de las comisiones rogatorias.

En consecuencia, el motivo tiene que ser desestimado.

Sentencia 784/2007, Sala de lo Penal del TS, de 2 de octubre de 2007

INTRODUCCIÓN DE DROGA EN CENTRO PENITENCIARIO

Art. 369.8.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Se fija la doctrina jurisprudencial en torno a la interpretación que deba darse a la nueva redacción de la causa de agravación del delito de tráfico

de drogas relativa a la introducción de éstas en centro penitenciario, tras la reforma del Código Penal por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En motivo único el Fiscal, al amparo del n.º 1 del art. 849 LECr., denuncia la inaplicación de la cualificación prevista en el art. 369.8.ª CP, conforme a la redacción dada por LO n.º 15 de 25 de noviembre de 2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, aplicable a los hechos enjuiciados.

La agravación ahora se produce cuando “las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades” (art. 369.8.ª CP).

1. La pretensión del Fiscal es fijar la doctrina interpretativa en relación con la posible apreciación de dicho subtipo, conforme a la nueva redacción, en los casos de intentos frustrados de introducción de la droga en establecimientos penitenciarios.

Los hechos objeto del proceso, según el relato probatorio, ponen de relieve que nos hallamos ante una “posesión” de sustancias estupefacientes preordenada a la entrega a dos internos que se ha producido en un centro penitenciario o en sus proximidades, “zona de control de acceso al mismo”.

El Fiscal en su recurso analiza las razones denegatorias de la agravación según la sentencia de instancia, que reduce a dos que responden a una misma idea. En efecto, el tribunal dice que “la entrega de sustancias sólo será susceptible de una punición agravada en la medida en que se muestre como intencionadamente cooperante de la comisión por un tercero de este subtipo agravado de distribución interior”. A continuación añade que “la minucia de las drogas... no permite inferir que las mismas iban a ser

distribuidas por los sujetos que las iban a recibir”. Ambas afirmaciones pueden conducirse a la idea de que para la operatividad de la cualificación sería preciso que la entrega de la droga a los dos familiares a la que iba destinada, tuviera por objeto no sólo el consumo de aquéllos, sino el tráfico que dichos penados pudieran realizar respecto a otros internos.

2. El Fiscal sigue construyendo su motivo y argumenta que tal interpretación resulta incorrecta conforme a la nueva dicción del subtipo cuyo radio de acción se ha ampliado y no precisa para su aplicación del elemento consistente en la distribución ulterior de la droga por los perceptores entre los restantes internos.

El Fiscal nos recuerda la interpretación que venía realizando el Tribunal Supremo respecto a esta cualificación antes de ser modificada, en la que las conductas nucleares de la cualificación, referidas a la droga, consistían en “introducir o difundir la droga en centros penitenciarios”. El tipo de introducción había sido considerado por esta Sala como una infracción de resultado, que se consumaba con la penetración del estupefaciente en el centro, aunque no se hubiera llegado a distribuir entre los internos, no operando si la droga era interceptada en los controles de entrada a la cárcel. Otro tanto ocurría con las conductas relativas a la difusión de la droga en centro penitenciario, que exigía la concurrencia de una actividad consistente en extender o propagar la sustancia tóxica entre los reclusos, también reputada en general por esta Sala como delito de resultado, sin olvidar la existencia de una corriente jurisprudencial que estimaba integrante del subtipo la mera posesión de la droga en el centro penitenciario, con poten-

cialidad difusora sin requerirse concretos actos de transmisión.

3. Ante tal planteamiento, de principio hemos de admitir algunos de los argumentos del M.^o Fiscal. En primer término es cierto que las razones que la Audiencia aduce para excluir la cualificación no se acomodan al nuevo texto legislativo, que indudablemente ha sufrido una gran ampliación.

El subtipo ya no habla de la introducción o difusión de la droga en el centro sino que se remite a los comportamientos estándares o nucleares previstos en el art. 368 CP, que en este caso particular irían referidos a la posesión de la droga con propósito de entregarla a dos reclusos, producida en centro penitenciario o áreas de control del mismo (proximidades).

En principio, en una interpretación literal estricta, habría que acceder al motivo, pero la relevancia de la cuestión planteada y su rigurosa incidencia en la penalidad, obliga a llevar a cabo una interpretación más precisa de la nueva cualificación. Es importante en esta línea tratar de hallar la ratio agravatoria del subtipo que analizamos. Alguna idea apunta la Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado que nos dice: “El sentido de esta modificación es reforzar la protección de los lugares que el precepto menciona y de las áreas exteriores colindantes con los mismos, y por las mayores facilidades que dichos centros o establecimientos ofrecen para la difusión de las drogas, dadas sus características y su estructura organizativa interna, por la perturbación que ello puede provocar en el proceso educativo, rehabilitador o de formación militar y porque concentran de forma regular a un elevado número de personas que, en alguno de los lugares citados, son en sí mismas objeto de una especial protección, como los menores de edad o quienes se encuentran sometidos a tratamientos de deshabitación o rehabilitación”.

4. De acuerdo con lo dicho se comprende que realmente los lugares en sí se protegen porque allí residen o desarrollan actividades determinados colectivos de personas,

resultando especialmente dañino y perturbador que sus integrantes accedan a la droga.

Son grupos de personas extremadamente sensibles, que constituyen mercados atractivos para los desaprensivos traficantes o vendedores de drogas al por menor, que pueden afectar no sólo a su salud, bien jurídico genéricamente protegido, sino indirectamente al funcionamiento de la institución en que están integrados esos colectivos o a la frustración del cumplimiento de los fines propios de esos centros.

Junto a tal consideración no hemos de perder de vista que nos hallamos interpretando una complementación del tipo (subtipo), que va a producir una exasperación notable de la pena, lo que hace que la interpretación deba ser claramente restrictiva, como acabamos de apuntar, si no queremos desbordar los límites que impone el principio de proporcionalidad.

Pero esa misma restricción interpretativa deberá operar en orden a la fijación de sus contornos delimitativos si queremos respetar el principio de lesividad, al objeto de que no se castiguen conductas que de antemano tienen cercenadas las posibilidades de lesionar el bien jurídico protegido.

En este sentido el bien jurídico que la ley quiere proteger es el riesgo o peligro de que la droga acceda y se difunda entre estos colectivos de personas que ocupan los centros a que la ley se refiere.

5. Sobre los criterios o principios expuestos debe construirse la cualificación.

Por un lado, como delito circunstanciado que es, el subtipo de tenencia de droga en un establecimiento penitenciario o sus alrededores para que acceda a algún interno, debe hallarse superpuesto al delito básico, que está integrado por la posesión de drogas con propósito de destinarlas al consumo de terceros en general.

En la superposición, partimos de un tipo delictivo de peligro abstracto, esto es, de la figura delictiva básica de la posesión de drogas para el tráfico del art. 368 en el que se está protegiendo la salud de indeterminadas personas, entre las que no pueden excluirse

en el plano teórico o dialéctico a los internos de un centro penitenciario.

De ahí que entendamos que a un delito de peligro abstracto, no deba unirse una cualificación también de peligro abstracto, so pena de vulnerar el principio de lesividad en aquellos casos en que no ha existido posibilidad alguna de daño con respecto a determinadas personas, en particular las que el legislador quería proteger de forma especial.

En evitación de reiteraciones protectoras de un mismo bien jurídico, que pueden producirse en ese afán disuasorio del derecho al anticipar las barreras defensivas, entiende la Sala que a la cualificación habría que atribuirle una naturaleza de infracción de peligro concreto, que en nuestro caso estaría integrado por el colectivo de personas que residen o desarrollan actividades en dichos centros, cumpliendo determinadas finalidades u objetivos.

El subtipo se construirá añadiendo a un delito básico de peligro abstracto, una cualificación de peligro concreto.

Dentro de estos parámetros hermeneúticos el caso que nos ocupa no sería subsumible en la agravación, ya que no existió la posibilidad de que la droga accediera a los reclusos. Existió un peligro general *ex ante* cubierto por el tipo básico, pero el bien jurídico que pretendía proteger la cualificación no tuvo la menor posibilidad de resultar afectado en esta última hipótesis, valorando el caso concreto.

Tampoco resultaría afectado si un sujeto vende droga en los alrededores de la cárcel a personas que no son internos, sino terceros que eventualmente tuvieran la oportunidad de comprar en tal lugar. En caso de vender o facilitar la droga “en los alrededores” del centro a un tercero que por su profesión o por circunstancias determinadas puede hacerla llegar a los reclusos (personas que prestan servicios de abastecimiento, por ejemplo), sólo si consiguen burlar los controles interiores podrían responder de la cualificación.

No es necesario, sin embargo, que realmente el recluso destinatario de la droga llegue a poseerla y menos consumirla o facilitar el consumo a un tercer recluso, sino que basta con la mera posibilidad, pero real y efectiva, no genérica o abstracta.

En este sentido aunque un vendedor de droga se acerque a los aledaños de la cárcel, si no tiene la posibilidad de trasladarla a un recluso, porque no aparece ninguno por el lugar, o no la ofrece, o tampoco el interno la demanda, las posibilidades de lesión del bien jurídico quedan excluidas por desaparición del peligro concreto.

Por todo ello el motivo del Fiscal, aun reconociendo su rigor argumentativo y exhaustivo análisis del tema, no puede ser acogido en su esencial pretensión, una vez corregida la interpretación inadecuada del tribunal de origen, oportunamente denunciada por el Fiscal recurrente.

Sentencia 767/2007, Sala de lo Penal del TS, de 3 de octubre de 2007

DIFUSIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y DELITO CONTINUADO

Arts. 74 y 189.1 y 3 Código Penal

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

SÍNTESIS

Entiende la Sala, frente al criterio de la Fiscalía, que la naturaleza abstracta del bien jurídico protegido en el delito de difusión de pornografía

infantil impide apreciar la continuidad delictiva, de modo semejante a lo que sucede con el delito de tráfico de drogas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El Fiscal, en motivo único, se alza contra la sentencia por la vía del art. 849.1.º LECr, por entender que la Audiencia no aplicó, cuando debió hacerlo, el art. 74 CP.

1. Al extractar su contenido nos dice que el tribunal provincial tras reflejar en los hechos que declara probados una sucesión de actos (en distintos momentos y dirigidos a diversas personas) de transmisión de archivos con contenidos de pornografía infantil e incluso establecer que en el momento de su detención el condenado tenía en su poder material pornográfico referido a menores de edad, destinado a su distribución, considera que dichos hechos son constitutivos de un “único” delito de corrupción de menores del artículo 189.3.a) y b) en relación con el artículo 189.1.b) del C.Penal, sin apreciar por tanto la continuidad delictiva interesada en la primera de las alternativas del escrito de calificación definitiva.

El Fiscal considera fuera de toda duda que el bien jurídico protegido por el artículo 189.1.b) del C.Penal debe ser entendido como un bien plurisubjetivo y colectivo, en el que el legislador adelanta las barreras de protección, abarcando el peligro inherente a conductas que puedan fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos.

En ese contexto entiende el Ministerio Fiscal que no debe suscitarse problema alguno la consideración de un delito independiente, “por cada acto de difusión de pornografía infantil que se realice”, y ello con independencia —desde esta perspectiva—, del número de menores a los que se refiera el material pornográfico. En consecuencia, cuando concurren los requisitos y presupuestos que el artículo 74 del C.Penal establece para

la figura del delito continuado, esos diversos comportamientos delictivos independientes deberán ser considerados y penados como delito continuado.

Ello debe ser así —sigue argumentando—, porque cada acto de distribución de la pornografía infantil constituye un hecho independiente que requiere una resolución criminal propia con su propia e independiente motivación. No puede ser lo mismo la conducta de quien aisladamente, en una sola ocasión, realiza un acto de difusión, que la de quien sistemáticamente difunde pornografía infantil referida a distinto material y dirigida a diversas personas, y ello, tanto desde la perspectiva de la protección del bien jurídico que se proclama, como desde la perspectiva de la reprochabilidad penal de la conducta.

2. Este planteamiento general se halla completado con alguna afirmación de interés, entre las que destacamos:

a) que la figura típica que se aplica persigue la protección genérica de la infancia, razonando que se atentara tantas veces contra la infancia como actos concretos de distribución se realicen, pudiendo tener en cuenta como elementos para fundamentar la independencia de cada infracción la pluralidad de menores o incapaces representados en el material pornográfico distribuido, los distintos actos materiales que es necesario llevar a cabo para su distribución, las distintas resoluciones del sujeto para desarrollar su conducta, o incluso, en el supuesto que nos atañe, las diferentes personas a quienes se distribuye el material (al menos dos) y los diferentes cauces a través de los que se lleva a cabo la distribución.

b) reconoce la inexistencia de antecedentes jurisprudenciales sobre el tema, aunque invoca resoluciones de esta Sala estima-

tivas de la continuidad delictiva en delitos contra la libertad e indemnidad sexual ante la homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes.

3. Del impecable, argumentado y bien estructurado escrito de recurso del Fiscal entresacamos aspectos interesantes que deben ser aceptados.

Así, acierta a la hora de delimitar el bien jurídico protegido y calificar el objeto de protección del tipo previsto en el art. 189.1.b) C.P., “la protección genérica de la infancia”, como también se halla en la línea de la corrección valorativa la distinta gravedad de los hechos cuando son varias las acciones y varios los sujetos pasivos (menores) o personas a las que se facilita la información pornográfica, etc., pero tales fundados argumentos deben ser analizados más cuidadosamente, en atención a la severa intensificación penológica que podría producirse en caso de aceptar la continuidad delictiva, que, a fin de cuentas y según la petición que realiza ante este Tribunal, la pena interesada se hallaría dentro del recorrido penológico del subtipo que se aplica (4 a 8 años de prisión).

4. Esta Sala entiende que precisamente en atención al bien jurídico lesionado, su carácter genérico y la estructura del tipo, se viene a configurar en él una infracción de simple actividad, como ya tuvo ocasión de calificarla una sentencia de esta Sala (STS n.º 913 de 20 de septiembre de 2006, Fud. 1.º n.º 5.º).

El tipo debe construirse al modo de un delito de tráfico de drogas y el indudable mayor perjuicio o cantidad de lesión ocasionada al bien jurídico por la reiteración delictiva debe proyectarse en la determinación de la pena, en cuya función el criterio judicial individualizador permitiría elegir la adecuada.

Una herramienta valiosa en el plano hermenéutico que nos puede aportar luz a esta hipótesis novedosa la podemos encontrar en la consulta de la Fiscalía General del Estado n.º 3 de 29 de noviembre de 2006 que en las conclusiones 3.ª, 4.ª y 5.ª nos dice lo siguiente:

“3.ª Los tipos de los arts. 189.1.b) y 189.2, a diferencia del tipo del art. 189.1.a) protegen la indemnidad, la seguridad y la dignidad de la infancia en abstracto, adelantado las barreras de protección y atacando el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos. Siendo el objeto material del delito el material pornográfico como un todo, no puede dividirse el título de imputación en atención al número de menores que aparezcan en el mismo. Cuando el sujeto activo del delito actúa sobre un material ya elaborado, no ataca el bien jurídico individual libertad/indemnidad sexual de los menores afectados, por lo que se partirá de que la conducta y la valoración jurídica son únicas, con independencia de si es un único menor o si son varios los afectados, por lo que se apreciará un único delito.

4.ª Descartado en estos supuestos el concurso de delitos, una vía para traducir penológicamente la mayor antijuricidad de conductas en las que el material pornográfico incautado tenga especial entidad podría encontrarse, en su caso, en la aplicación del subtipo agravado del art. 189.3.c), cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo el valor económico del material pornográfico.

5.ª Se podrá, en su caso, traducir penalmente la potencial mayor gravedad de la distribución o posesión de imágenes de múltiples menores a través de las reglas de dosimetría penal, mediante las posibilidades que ofrece la regla 6.ª del art. 66 C.P., conforme a la cual cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las

circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

5. Conforme a tales directrices, serían, en principio, irrelevantes la cantidad de actividad de una u otra clase (tipo mixto alternativo) realizada por el sujeto activo, tanto en relación a la naturaleza de las conductas, menores afectados o número de ocasiones en que tales conductas se reiteran.

Piénsese que al ser el bien jurídico protegido de carácter abstracto, los delitos posibles cometidos frente al menor para obtener el material pornográfico concurrían con el delito que analizamos. En los delitos cometidos sobre menores encaminados a la consecución de material pornográfico el bien jurídico protegido es personal y la naturaleza del tipo de resultado, circunstancia que

no se da en el presente, lo que supondría que cada conducta delictiva realizada respecto al menor integre un delito independiente, con posibilidades de estimación de la figura de la continuidad delictiva. Pero ese no es el caso.

Todo ello hace precisamente que nada tenga que ver la jurisprudencia que invoca el fiscal, referida a delitos de resultado (no de peligro) que afecta a bienes jurídicos concretos, individuales en cada uno de los sujetos pasivos de la infracción, y que este tribunal ha estimado correcto castigar en continuidad delictiva, particularmente en delitos de abuso sexual prolongado en el tiempo.

Por las razones expuestas el motivo debe ser desestimado.

Sentencia 782/2007, Sala de lo Penal del TS, de 3 de octubre de 2007

VISIONADO DE GRABACIONES

Arts. 18.1 CE y 202 LECrim.

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

SÍNTESIS

Visionado inmediato por parte de la policía de las grabaciones recogidas en la cámara de vídeo intervenida al detenido que cumple con las exigencias de proporcionalidad constitucionalmente previstas y no vulnera el derecho a la intimidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En tercer lugar, no constando una autorización del sospechoso para el visionado de lo grabado en su cámara, la cuestión se concreta en determinar si la grabación realizada

por el recurrente se encuentra en principio protegida por su derecho a la intimidad y si la invasión del mismo puede considerarse legítima.

El artículo 18.1 de la CE dispone que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El

derecho a la intimidad es un derecho fundamental derivado de la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. De la precisión constitucional se desprende la preservación de un ámbito de cuestiones relacionadas con la esfera íntima del individuo frente a la intromisión ajena, sea de otros particulares o sea de la autoridad pública, o, dicho de otro modo, “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 la vida humana (SSTC 170/1997, de 14 de octubre, F. 4; 231/1988, de 1 de diciembre, F. 3; 197/1991, de 17 de octubre, F. 3; 57/1994, de 28 de febrero, F. 5; 143/1994, de 9 de mayo, F. 6; 207/1996, de 16 de diciembre, F. 3; 202/1999, de 8 de noviembre, F. 2; y 186/2000, de 10 de julio, F. 5, entre otras muchas)”. (STC n.º 272/2006, de 25 de septiembre). Sin embargo, no es un derecho absoluto, pudiendo encontrar restricciones justificadas cuando concorra con intereses constitucionalmente relevantes, siempre que tal limitación del contenido del derecho cumpla las siguientes exigencias: que aparezca como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo; que la medida sea proporcionada para alcanzarlo según el caso, y, que sea respetuosa con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, F. 6; 143/1994, de 9 de mayo, F. 6; 98/2000, de 10 de abril, F. 5, 186/2000, de 10 de julio, F. 5; 156/2001, de 2 de julio, F. 4) (STC 70/2002, de 3 de abril, F. 10; STC 89/2006, de 27 de marzo y STS n.º 1268/2006, de 20 de diciembre, entre otras).

Las grabaciones realizadas por un particular con una cámara de vídeo sin duda pueden recoger aspectos de su propia vida familiar y personal que en principio quedan protegidos por encontrarse dentro de esa esfera reservada, y también pueden referirse a imágenes de la vida pública que, aunque en sí mismos no afecten a la intimidad de quien procede a su grabación, sin embargo pueden poner de manifiesto la forma en la que el sujeto percibe y entiende su entorno, lo cual

también quedaría comprendido dentro del ámbito protegido. Naturalmente, las circunstancias de cada caso pueden dar a entender una autorización para la intromisión de terceros, pero tal situación no se aprecia en los hechos probados.

Cuando se trata de los poderes públicos, por regla general, cualquier invasión en el ámbito de la intimidad personal, en defecto de autorización del titular, deberá contar con una previa decisión judicial. Sin embargo, en determinados casos en los que se aprecie urgencia, es posible la intervención de la Policía Judicial, siempre que exista una habilitación legal; que concorra un fin constitucionalmente legítimo; que la actuación sea proporcionada para alcanzarlo, y, en todo caso, que sea respetuosa con el contenido esencial del derecho. En la STC n.º 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, se dice lo siguiente: «La regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que solo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir éste, los efectos intervenidos que pueden 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 inculminatorias. 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».

Por lo que respecta a la habilitación legal que autorice a la policía judicial a la práctica de actos que supongan una injerencia en el derecho a la intimidad del detenido, en el momento de la detención, han de tenerse en cuenta el artículo 282 LECrim; el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado; el artículo 547 de la Ley Orgáni-

ca 6/1985, del Poder Judicial, y el artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, de todos los que se desprende que corresponde a la Policía Judicial la averiguación de los delitos, la identificación y aseguramiento de los delincuentes y la identificación recogida y aseguramiento de los instrumentos y efectos del delito. En este sentido la STS n.º 1268/2006, de 20 de diciembre, ya citada más arriba.

En consecuencia, puede afirmarse como hace el Tribunal Constitucional en la citada STC 70/2002 y en la 120/2002, que existe una habilitación legal específica que faculta a la policía para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial, así como para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente. Entre esas diligencias podrá encontrarse, según las características del caso concreto, proceder a examinar el contenido de esos instrumentos o efectos, realizando un primer análisis de los mismos que permita constatar su relevancia, siempre que ello sea necesario atendidas las circunstancias del caso, lo que ha de reconducirse a la exigencia de proporcionalidad en la medida, ya citada más arriba.

3. En el caso, establecida la existencia de una habilitación legal, y no discutida la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo, como es la investigación de un delito grave, aunque el contenido de las grabaciones estaría en principio protegido por encontrarse en el ámbito del derecho a la intimidad, la injerencia policial puede considerarse proporcionada si se tiene en cuenta que se limitó a lo últimamente grabado, que según la denuncia y la propia verificación personal de los agentes afectaba a menores que se duchaban desnudos en la playa, y debe entenderse justificada sobre la base de su necesidad urgente en atención a que su finalidad inmediata era comprobar la realidad de lo que a simple vista se podía apreciar y además descartar la posibilidad de un error sobre las bases fácticas que justificaban la detención del recurrente, en ese momento, denunciado por un tercero por hechos cuya realidad aparente comprobaron los propios agentes.

Por lo tanto, aun cuando el derecho a la intimidad pudiera verse comprometido, la actuación policial debe entenderse proporcionada a los requerimientos de la situación y justificada por su finalidad.

Sentencia 812/2007, Sala de lo Penal del TS, de 8 de octubre de 2007

CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE PARENTESCO

Art. 23 Código Penal

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

SÍNTESIS

No es de aplicación la circunstancia agravante de parentesco cuando el agraviado es cónyuge de un hermano del ofensor, situación no contemplada en el artículo 23 del Código Penal, pese a ser muy próxima a la (allí

recogida) del agraviado hermano del cónyuge o conviviente del ofensor.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En el motivo cuarto denuncia la indebida aplicación de la agravante de parentesco, pues sostiene que el autor es cuñado de la víctima, relación no comprendida en el artículo 23 del Código Penal.

1. El artículo 23 considera circunstancia que modifica la responsabilidad criminal la de ser el agraviado hermano del ofensor o de su cónyuge o conviviente. Al tratarse de una circunstancia de agravación en delitos como los aquí enjuiciados, operará como circunstancia agravante, y así ha sido apreciada por el Tribunal de instancia. Ello supone la imposibilidad de aplicación a supuestos distintos de los comprendidos en el precepto, aun cuando presenten con éstos alguna analogía. Por otra parte, se trata de una circunstancia que solamente puede ser

apreciada respecto de aquellos en quienes concurra, sin que sea extensible a los demás partícipes en el hecho.

En el caso, el agraviado es cónyuge de un hermano del ofensor. Pero no es hermano del ofensor, ni tampoco es hermano de su cónyuge o conviviente, que es lo que exige la ley.

Dicho de otra forma, la agravante se apreciará cuando el autor dirija la acción contra su hermano o contra un hermano de su cónyuge. Pero no si se dirige contra el cónyuge de un hermano. Aunque los distintos supuestos presenten una evidente similitud, el texto de la ley penal no puede ser extendido a supuestos no previstos en ella en perjuicio del reo.

Por lo tanto, el motivo se estima, lo que tendrá su reflejo en las penas que se impondrán en la segunda sentencia que se dicte a continuación.

Sentencia 817/2007, Sala de lo Penal del TS, de 15 de octubre de 2007

TENTATIVA DE VIOLACIÓN

Arts. 16 y 62 Código Penal

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

SÍNTESIS

A propósito de un delito de violación en grado de tentativa, analiza el Tribunal Supremo la separación, a efectos penológicos, entre tentativa “acabada” e “inacabada”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Finalmente, el cuarto motivo, formalizado por idéntico cauce que los ante-

riores, denuncia la infracción del art. 62 del Código penal, y reprocha que la Audiencia Provincial de instancia no haya rebajado más que un grado, en vez de dos, como ten-

tativa inacabada, que es lo que se sostiene en esta censura casacional.

El art. 62 del Código penal dispone que “a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”.

Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia ya de una tentativa acabada; y otra teoría, de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, estamos en presencia de la tentativa acabada. La inacabada, sin embargo, admite aún el desistimiento voluntario del autor, con los efectos dispuestos en el art. 16.2 del Código penal.

En realidad, lo correcto es seguir una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para distinguirlo de otros tipos delictivos y conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito.

Realmente, la interpretación de la realización de todos los actos a que se refiere el art. 16.1 del Código penal no puede ser entendida en sentido literal, pues es claro que en la tentativa siempre habrá fallado algo, de modo que no se puede mantener que, en sentido físico, se han desplegado todos los actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se ha efectuado. En los delitos de resultado, éste es exigido por el ordenamiento jurídico para que se produzca la con-

sumación. De modo que ese “todos”, debe entenderse en sentido jurídico, esto es, el despliegue de la actividad criminal por el autor, de modo que la frustración es un mero accidente con el que no contaba el sujeto activo del delito.

Aunque la jurisprudencia, quizá con un excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código penal anterior, sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, este punto de vista debe ser modificado a la vista de la nueva redacción del art. 62 del Código penal. En efecto, en este precepto, no solamente se tiene en cuenta “el grado de ejecución alcanzado”, que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al “peligro inherente al intento”, que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de intensidad de ésta, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así, que constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva.

Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra consideración casacional.

En efecto, la STS 359/2006, de 21 de marzo, ratifica la tesis de la tentativa acabada, desde el primer punto de vista, al juzgar unos hechos prácticamente idénticos a los aquí enjuiciados (“... cuando M. abrió la puerta del ascensor, L.C. la cogió del brazo introduciéndola en el ascensor y acto seguido, el acusado exhibió la navaja que portaba y se la puso en el cuello. Con la finalidad de satisfacer sus instintos sexuales, exigió a M. que se quitara los pantalones, intentando bajárselos el propio acusado, sin llegar a conseguirlo ante la resistencia de M. y el hecho de ponerse en cuclillas...”).

Lo propio ocurre en la STS 252/2006, de 6 de marzo, en donde se expone que, prácticamente, los actos de ejecución estaban casi cumplidos, por lo tanto estimamos que la interpretación que se efectúa por el Tribunal del art. 62, es correcta legalmente, en la medida que el propio artículo no exige la ejecución de la totalidad de los actos de ejecución, la *conjunctium membrorum*, de la jurisprudencia clásica sino «al grado de ejecución alcanzado», lo que supone una modulación de la doctrina antes expuesta, o si se quiere una modulación que puede flexibilizar la división entre tentativa acabada/inacabada, que ya se encuentra, también, en algunas sentencias de esta Sala como la STS 625/2004, de 14 de mayo, cuyo F.J. primero, después de reconocer la doctrina general de

disminución en un grado en caso de tentativa acabada, y dos grados en caso de tentativa inacabada, añade: «... tan sólo en circunstancias excepcionales, caracterizadas por el “peligro inherente al intento”, a que también se refiere el artículo 62 del Código Penal, dicho criterio general podría verse alterado pero, obviamente, mediando la adecuada justificación expresa en la resolución que impone la pena concreta de que se trate».

En consecuencia, dada la ejecución alcanzada por el delito, y sobre todo, el peligro inherente al intento, la penalidad ha sido correctamente aplicada, al concurrir, además, en aquél la circunstancia de parentesco funcionando como agravante, lo que obliga a elevar el umbral de la dosimetría penal que debe imponerse al acusado.

Sentencia 834/2007, Sala de lo Penal del TS, de 22 de octubre de 2007

CONDENA EN COSTAS

Arts. 103, 239, 240.3 y 241 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Se estima el recurso interpuesto por el acusado, tras el dictado de un auto de sobreseimiento libre que, sin embargo, no condenó en costas a la acusación particular pese a carecer de legitimación para actuar como tal por tratarse de un delito patrimonial y mediar relación de parentesco con el acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El único motivo de casación se formula por el cauce del art. 849.1.º LECr, por inaplicación de los arts. 239, 240.3 y 241 de la

mencionada Ley. Se alega por el recurrente que la resolución judicial de referencia debió haber estimado la pretensión de que se impusieran las costas a la acusación particular por su evidente mala fe y temeridad al sostener el ejercicio de la acción penal imputando al ahora recurrente los delitos de

falsedad de los arts. 302.9 y 303, y de estafa, de los arts. 528 y 529.5.º y 7.º, ambos del Código Penal de 1973, no estando legitimada la acusación particular para el ejercicio de la acción por disposición del art. 103 LECr.

Este extremo constituye el fundamento legal del Auto recurrido, en el que expresamente se indica que la acusadora particular es hermana del acusado, y el otro acusador coañado del mismo. La defensa alegó como cuestión previa la falta de legitimación para el ejercicio de la acción penal con base en el artículo 103 de la LECr. También se alegó la concurrencia de la excusa absolutoria contemplada en el art. 268 del C. Penal.

Razona la Audiencia que el art. 103 de la LECr establece que los familiares que determina no pueden ejercitar acciones penales entre sí, salvo que se trate de delitos contra las personas, homicidios, lesiones, agresiones sexuales, etc. En este caso los delitos imputados son los de falsedad de los artículos 303 y 302.9 del C. Penal de 1973 y estafa de los arts. 528 y 529.5.º y 7.º del C. Penal de 1973.

Sin necesidad de celebrar el juicio oral, del escrito de acusación ya se desprende que no hay delito de falsedad, pues no se está imputando conducta alguna que pueda subsumirse en la falsedad documental. Nos encontramos, pues, ante la imputación de un delito de estafa. Delito patrimonial, que impide que el acusador particular pueda ejercitar la acción penal contra el acusado, en virtud de lo establecido en el art. 103 LECr. Siendo la parte única acusadora, no cabe la celebración del juicio oral por falta de legitimación de la misma. No puede enjuiciarse a una persona, cuando la única parte acusadora carece de legitimación para acusar, razón por la cual acuerda el sobreseimiento libre.

Segundo.—Este pronunciamiento no se discute, sino sólo el que rechaza la condena en costas a la acusación particular, rechazo que el Auto justifica en el hecho de que tal condena exige de aquella parte procesal ha-

ya obrado con temeridad o mala fe. La Sala considera que aunque la causa haya llegado hasta el señalamiento del juicio oral, ello no es sólo imputable a la acusación particular, ya que la defensa ha venido planteando la cuestión a todo lo largo del desarrollo del procedimiento, y los órganos judiciales, incluida esta sección de la Audiencia, no le han dado respuesta, lo que ha llevado a la apertura del juicio oral y al señalamiento para enjuiciamiento de la causa. Por ello no estima la pretensión de la defensa.

Por su parte, el Ministerio Fiscal se opone al motivo casacional por meras razones procedimentales, sin entrar en el fondo del asunto, señalando que se interpone recurso al amparo del art. 849.1, por infracción de norma procesal, por lo que la propuesta impugnativa no se acomoda a las percepciones de la ortodoxia casacional en este orden jurisdiccional pues parte de dejar al descubierto la naturaleza extrapenal del conflicto del que tiene causa, las presentes actuaciones que han dado lugar a este recurso no tienen carácter penal sustantivo u otro de igual naturaleza que deba ser observado en aplicación de aquélla.

La irrecurribilidad del pronunciamiento sobre costas que alega el Fiscal por venir sustentada la pretensión en la norma procesal citada, no puede ser aceptada, pues, como bien responde el recurrente, la jurisprudencia de esta Sala plasmada en numerosas resoluciones ha admitido que puede fundarse en la infracción del art. 240 de la LECr el recurso de casación basado en n.º 1º del art. 849 de la LECr, en cuanto que dicho precepto es complementario del art. 109 del C. Penal, y tiene un alcance que rebasa lo meramente procesal, al establecer y regular unos derechos y obligaciones de naturaleza pecuniaria, en relación con las costas del proceso.

En cuanto a la justificación que ofrece la resolución judicial recurrida, cabe señalar que no puede ser compartida por este Tribunal de casación. En efecto, que los órganos jurisdiccionales intervinientes en el proceso no hubieran declarado la falta de legitimación activa para el ejercicio de la acción pe-

nal contra el acusado por su hermana y el marido de ésta (hermano por afinidad), en momento anterior a la celebración del juicio oral, no empece en modo alguno la realidad de que el art. 103 LECr no permite a ninguno de ellos tal ejercicio acusatorio cuando no se trate de delitos o faltas cometidos contra las personas. La nitidez de la norma, que no admite interpretaciones, tenía que ser necesariamente conocida por el Letrado de los acusadores particulares, a pesar de lo cual persistieron en mantener la imputación en el

tiempo, sin razón o justificación alguna en clara y patente rebeldía contra la disposición legal. Esta contumacia en la ilegalidad no puede tener otra causa que la mala fe procesal y la temeridad de quienes así obraron, por lo que, sin duda, procede la estimación del motivo por aplicación de lo establecido en el art. 240.3.º LECr, imponiendo a los querellantes particulares el pago de las costas correspondientes al indebidamente acusado.

Sentencia 861/2007, Sala de lo Penal del TS, de 24 de octubre de 2007

TENTATIVA INIDÓNEA PUNIBLE

Arts. 16, 62 y 368 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo

SÍNTESIS

Entiende que concurre una tentativa inidónea punible, apelando a la expresión “actos que objetivamente deberían producir el resultado”, en un supuesto de “entrega vigilada” de droga aprehendida antes de llegar a su destino.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Se alega seguidamente que los Autos por los que se prorrogaban la medida se dictaron sin haber procedido previamente la Juez a la audición de las cintas de las conversaciones grabadas bajo la cobertura del Auto de adopción de la medida, que le eran entregadas por los funcionarios policiales que efectuaban las escuchas, ni al cotejo de las mismas con las transcripciones realizadas por aquéllos.

Tampoco esta censura puede prosperar. La resolución judicial que prorroga la medi-

da de intervención telefónica tiene que estar justificada y motivada como debe estarlo la medida inicial. Desde la perspectiva de la legalidad constitucional, lo que se proscribe es la prolongación en el tiempo de la medida de manera automática o mecánica, sin atender y ponderar los resultados obtenidos por las escuchas realizadas hasta el momento que los encargados de efectuar la intervención remiten al Juez y el resto de las actividades de investigación efectuadas. Por ello mismo, si el contenido de los Oficios Policiales en los que se interesa del Juez la prórroga de la intervención ofrecen datos e in-

formación en el sentido de que las observaciones del teléfono intervenido confirman los indicios que justificaron la primera resolución, o consignan otros nuevos, el Juez contará con elementos de juicio suficientes para acordar la prórroga.

Debe quedar claro que la validez constitucional y de legalidad ordinaria de la prórroga, no está supeditada a que el Juez escuche previamente las grabaciones ya efectuadas, siendo suficiente con que la Autoridad Judicial tome conocimiento de los datos antes mencionados a través del informe policial donde aquéllos figuren o del contenido de las transcripciones de las grabaciones realizadas que remite la Policía, que el Juez tiene a su disposición, y que justifican y fundamentan la prórroga de la intervención telefónica ante la confirmación por los nuevos informes y transcripciones de una indiciaria actividad delictiva grave que se trata de verificar, y de identificar a todos los que participan en ella.

(...)

Séptimo.—El segundo motivo se formula por infracción de precepto constitucional, que autoriza el art. 852 de la LECr, por vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, amparados por el art. 24.2 de la CE, al haberse condenado al acusado con base en el contenido de grabaciones de intervenciones telefónicas, incorporado indebidamente al proceso, sin que en el acto del Juicio Oral se escucharan las cintas que les servían de soporte ni se leyeran o se dieran por reproducidas las transcripciones policiales que de las mismas obraban en autos, no renunciando a ello las defensas.

Hemos examinado el Acta Oficial del Juicio Oral y comprobado que al iniciarse la audición de los numerosos pasajes de las cintas magnetofónicas que había solicitado el Fiscal, éste expuso que no coincidían los pasos que se oían con las conversaciones que pretendía reproducir, por lo que, entendiéndose que se tratara de un error en el cómputo por la diferencia del aparato utilizado en la vista, solicitaba que se oficié a la

Guardia Civil a fin de que remita el mismo aparato con el que se realizó la audición (folio 19 del Acta mecanografiada).

Consta también que el Tribunal rechazó esta pretensión, por lo que las grabaciones telefónicas que contenían las eventuales conversaciones incriminatorias no fueron reproducidas en el acto del Juicio Oral, en el que tienen que practicarse las pruebas que no sean anticipadas ni preconstituidas. Pero es que tampoco se dio lectura de las transcripciones de dichas conversaciones (elemento probatorio sustitutivo de la audición de las grabaciones) al no ser solicitada tal lectura por la acusación, limitándose a dar “por reproducida” toda la prueba documental, en contra de las defensas que no la dieron por reproducidas.

La conclusión es elemental: si no se escucharon las conversaciones grabadas ni se leyeron las transcripciones de las mismas, el resultado de las intervenciones telefónicas no puede utilizarse como prueba de cargo al no haberse practicado la prueba conforme a las exigencias constitucionales y de legalidad ordinaria. Naturalmente, esta conclusión afecta tanto al recurrente como a los demás acusados.

Al margen de lo dicho, es bien sabido que las intervenciones telefónicas y el resultado de las mismas pueden ser utilizados como medio de investigación o como prueba de cargo. En ambos casos se requiere inexcusablemente la legalidad constitucional de la medida en su adopción y en su ejecución y, en el segundo supuesto, además, que se respeten las disposiciones de legalidad ordinaria para que puedan ser valoradas como prueba de cargo.

Pues bien, intachables constitucionalmente las intervenciones telefónicas practicadas, las pruebas de signo incriminatorio obtenidas mediante investigaciones policiales realizadas a partir de los datos obtenidos de las conversaciones grabadas, constituirán prueba de cargo válidas siempre que se practiquen en el plenario con todas las garantías procesales. Esto es justamente lo que acaeció en el caso presente, en el que en el

Juicio Oral, y sin contar con las grabaciones de las conversaciones telefónicas, se practicó una numerosa y variada prueba testifical, documental y de entrada y registro con intermediación, contradicción, oralidad y publicidad, que ha fundamentado la convicción del Tribunal a quo de la realidad del delito imputado, de su forma de ejecución y de la participación del acusado.

(...)

Décimosegundo.—(...)

Pero también se declara probado —y el dato es trascendental— que la “Guardia Civil obtuvo autorización judicial, “para el control, seguimiento y entrega vigilada”, de los contenedores de los contenedores Texu 451456-3 y MLCU415061-4, transportados por el buque CSAV GENOVA cuya mercancía declarada eran 1989 tubos rotuladas-tubos y codos de PVC, siendo el porteador Manufacturas Olimpíadas Maracay, C.A. (Venezuela) y el destinatario T.C.C. España, S.L. C/ Aragón, 1-3 bajos, Sitges (Barcelona), y que tenía como destino el puerto de Valencia, cuya entrega controlada se acordó por Auto de fecha 21 de julio de 2003 dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Vilanova i la Geltrú, constatándose que en fecha 23 de julio de 2003, el buque reseñado llegó al puerto de Valencia y descargó los contenedores que el mismo día fueron embarcados en el buque MED POWER y trasladados al puerto de Barcelona donde a su vez fueron descargados”. Esto no significa otra cosa que la actuación del recurrente que ha quedado transcrita tuvo lugar con posterioridad a que Pedro Antonio tuviera conocimiento de la llegada de la mercancía a Barcelona, es decir, cuando ésta ya estaba siendo controlada por los funcionarios policiales.

En estos supuestos, la actuación es punible como tentativa cuando se estime acreditado por la Sala sentenciadora que la intervención del acusado no tuvo lugar hasta después de que la droga se encontrase ya en nuestro país, habiéndose solicitado por un tercero la colaboración del acusado para que participase, de un modo accesorio y secundario,

en los pasos previos a la recepción de la mercancía por sus originales destinatarios, pero: 1.º) sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2.º) sin ser el destinatario de la mercancía; 3.º) sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercibidos, en los supuestos de entregas vigiladas (ver SSTs de 26 de marzo de 1997, 3 de marzo y 21 de junio de 1999 o 12 de mayo de 2001, núm. 835/2001). Concorre la tentativa cuando el autor, sin participación previa en el envío, ha intentado hacerse con la droga sin haber logrado su disponibilidad efectiva. En los supuestos en que el acusado ha sido detenido antes de llegar a hacerse cargo de la sustancia prohibida, la tentativa es clara (ver STS núm. 835/2001, de 12 de mayo, con cita de la STS 405/1997, de 26 de marzo). Y este criterio debe hacerse extensivo, como señala la STS núm. 319/2001, de 5 de marzo, a los supuestos de entrega controlada o vigilada, en que la detención se produce de modo inmediato a realizarse la entrega, pues en tal caso la tenencia es puramente fugaz y nominal, sin disponibilidad efectiva, ya que el control policial previo imposibilita que el receptor disponga de la más mínima posibilidad de llegar a hacerse cargo de la cocaína para entregarla a su destinatario.

Todos los presupuestos doctrinales que han quedado consignados concurren en la actuación del recurrente, por lo que el motivo, debe ser estimado, debiéndose condenar al recurrente en la segunda sentencia que dicte esta Sala por el delito contra la salud pública cometida en grado de tentativa.

Decimotercero.—No se puede ocultar que de las consideraciones precedentes surge la figura de la llamada “tentativa inidónea” y si ésta debe o no ser punible, al estar ante un supuesto de un cargamento de droga controlado y vigilado desde su llegada a España, razón por la cual los agentes de la autoridad detendrían necesariamente —como

sucedió al acusado— a cualquiera que trata-se con la sustancia.

A esta cuestión debemos responder señalando que el Código actualmente vigente no contiene una norma equivalente al art. 52.2.º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito. Ello ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, que concurre cuando los medios empleados en ningún caso podrían ocasionar el resultado del delito o poner en peligro el bien jurídico protegido, sino también en los casos de inidoneidad relativa, es decir cuando los medios utilizados son genéricamente aptos para ocasionar el resultado delictivo o poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo pero no lo son en el caso concreto por concurrir circunstancias especiales.

Sin embargo ha de tomarse en consideración que el art. 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión “objetivamente” (“practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado”).

Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, “objetivamente” considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Ello deja fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados “delitos putativos” (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de

prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta.

Ahora bien deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos que podrían calificarse de inidoneidad relativa —aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada— es decir aquellos en que los medios utilizados, “objetivamente” valorados *ex ante* y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción.

En el caso actual, y en general en todos los de “entrega vigilada”, el agente ha dado principio a la ejecución del delito, prestándose a colaborar con los destinatarios de la droga para procurársela, practicando parte de los actos que “objetivamente” deberían conducir al fin planeado, que sin embargo no se alcanza por causas independientes de la voluntad de su autor: la intervención policial preventiva.

Sentencia 894/2007, Sala de lo Penal del TS, de 31 de octubre de 2007

ENTRADA Y REGISTRO

Art. 18.2 CE y 545 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

SÍNTESIS

Cuestionada la legalidad de la diligencia de entrada y registro practicada sin autorización judicial en una embarcación de recreo, la Sala desestima el recurso considerando que la importante cantidad de hachís que se agolpaba en ella impedía que allí pudiera desarrollarse cualquier actividad de la vida privada que lo hiciera asimilable a un «domicilio».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

I. La protección constitucional del domicilio (art. 18.2 CE) reconoce a cualquier ciudadano la capacidad de definir áreas de exclusión frente a terceros y frente a los poderes públicos. Mediante su reconocimiento se otorga el derecho a dibujar fronteras de exclusión de la injerencia de extraños en el espacio físico en el que se ejercen aquellas funciones que son expresión de la intimidad. Su naturaleza como derecho autónomo no es incompatible con su clara significación instrumental a la hora de hacer valer el derecho a la intimidad personal.

En palabras de la jurisprudencia constitucional —cfr. STC 10/2002, 17 de enero— la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliario (art. 18.2 CE) constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (por todas, STC 136/2000, de 29 de mayo, F. 3). De esta construcción interrelacionada resulta que la protección de

la inviolabilidad domiciliaria tiene carácter instrumental respecto de la protección de la intimidad personal y familiar (STC 22/1984, de 17 de febrero, F. 5), si bien dicha instrumentalidad no empece a la autonomía que la Constitución española reconoce a ambos derechos, distanciándose así de la regulación unitaria de los mismos que contiene el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos (STC 119/2001, de 24 de mayo, F. 6).

Desde esta perspectiva, la protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su «inviolabilidad» en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte «exento de» o «inmune a» cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 22/1984, de 17 de febrero, F. 5). La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas

posibles de injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial (STC 22/1984, de 17 de febrero, FF. 3 y 5); de modo que la mención de las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F. 3; 136/2000, de 29 de mayo, F. 3).

Con carácter general, recuerda la STS 10/2002, 17 de enero, hemos declarado que «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella» (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F. 5; 137/1985, de 17 de octubre, F. 2; 69/1999, de 26 de abril, F. 2; 94/1999, de 31 de mayo, F. 5; 119/2001, de 24 de mayo, FF. 5 y 6).

En una delimitación negativa de las características que ha de tener cualquier espacio para ser considerado domicilio hemos afirmado que ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido. Y, en sentido inverso, que tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio. Así, hemos declarado que no todo «recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales», y que, en particular, la garantía constitucional de su inviolabilidad no es extensible a «aquellos lugares cerrados que, por su afectación —como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (ATC 171/1989, F. 2)—, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad» (STC 228/1997, de 16 de diciembre, F. 7). Igualmente, hemos señalado, que «no todo

local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 garantiza», pues «la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros» (STC 69/1999, de 26 de abril, F. 2). Y, finalmente, hemos advertido sobre la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio si, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo (STC 94/1999, de 31 de mayo, F. 5; en sentido similar sobre la irrelevancia de la falta de periodicidad, STEDH 24 de noviembre de 1986, caso *Guillow c. Reino Unido*).

También la jurisprudencia de la Sala Segunda, ante la ausencia de un concepto legal de domicilio, ha contribuido a la formación de una doctrina casuística que, en cada caso concreto, trata de dar respuesta al nivel de protección que haya de dispensarse a cada uno de los recintos en los que se han descubierto elementos de cargo de gran significación probatoria.

La jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado de precisar el alcance de la protección constitucional de las embarcaciones.

Así, en la STS 1009/2006, 18 de octubre, estimó que «... ningún problema se plantea para reconocer la condición de domicilio al camarote de un barco como un lugar separado donde uno de sus tripulantes o viajeros se independiza de los demás que comparten las zonas comunes para desarrollar su privacidad en la medida que lo desee. La Sentencia 624/2002, de 10 de abril, citada por la STS núm. 919/2004, de 12 de julio, declara que resulta del todo evidente que una embarcación puede constituir, en efecto, la morada de una o varias personas cuando la utilicen

como reducto de su vida privada, pues sin duda están construidas tales embarcaciones de forma que algunas de sus dependencias, como los camarotes, resultan aptas para que en las mismas se desarrollen conductas o actividades propias de áreas de privacidad, aunque resulte dificultoso extender el concepto de domicilio en todo caso a otras zonas de aquélla, como puede ocurrir con la cubierta, utilizada en las maniobras náuticas o como lugar de esparcimiento, o las bodegas, utilizadas exclusivamente para la carga, o la zona de máquinas, que no pueden entenderse aptas, con carácter general, para la vida privada. Como se reconoce en la STS núm. 1200/1998, de 9 de octubre, en el barco existen áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal, que son precisamente las únicas protegidas por el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución. Las demás zonas de la embarcación, destinadas a otras finalidades, no gozan de la protección que la Constitución dispensa al domicilio, aunque se trate de lugares respecto de los cuales su titular pueda excluir válidamente la presencia de terceros.

(...)

En el caso que es objeto del presente curso, la cuestión consiste en dilucidar si el registro del buque El Mago, llevado a cabo por el Servicio de Vigilancia Aduanera sin autorización judicial, implicó vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

La sentencia dictada en la instancia, excesivamente lacónica a la hora de responder a la alegación del recurrente, no dedica razonamiento alguno a precisar si esa ausencia de autorización podía estar justificada por alguna de las causas a que se refiere el art. 553 de la LECrim. Sí lo hace, en cambio, el Ministerio Fiscal que, en su dictamen de impugnación, sugiere la posibilidad de excluir la autorización judicial con fundamento, tanto en la cuasi-flagrancia del delito, como en la concurrencia del consentimiento del imputado.

(...)

Más allá de la conveniencia de que en la resolución recurrida fueran abordados todos estos temas, lo cierto es que si negamos a las dependencias en las que fue encontrada la droga la condición de espacio susceptible de afirmar en él la soberanía de la privacidad del recurrente, resultaría irrelevante el debate acerca de la validez del consentimiento o de la flagrancia del hecho denunciado.

Pues bien, en la causa existen datos (art. 899 LECrim) que impiden calificar la deducción del Tribunal a quo como irrazonable o arbitraria. Acaso convenga aclarar con carácter previo que la cuestión relativa a la legitimidad del acto de injerencia de las Fuerzas de Seguridad en el interior de un buque no es susceptible de resolverse conforme a una regla general válida para todos los casos. En aquellos supuestos en los que el habitáculo del buque sirva como recinto para el desarrollo de las funciones propias de la vida doméstica, la entrada y ulterior registro exigirá, en todo caso, autorización judicial. La jurisprudencia constitucional y de esta propia Sala, a la que hemos aludido supra, se construye sobre la idea inicial de que el concepto constitucional de domicilio no se identifica con una noción formal, sino material. Domicilio puede ser cualquier espacio físico que sirva de referencia para el ejercicio de las funciones vitales más características de la intimidad. Y está fuera de dudas que un buque de recreo puede convertirse en un lugar excluyente frente a terceros, cuya entrada y registro por la Policía requiera la preceptiva autorización judicial. Nada de esto acontece en el caso de El Mago.

El examen de las fotos incorporadas a la causa —folios 68 a 81—, en las que se capta el momento de la intervención de la droga, pone de manifiesto la ausencia absoluta de cualquier dato que autorice la conclusión de que allí, en el interior de esa embarcación, se desarrollaban los actos propios de la vida privada de quien aparece como único tripulante. Esta conclusión se obtiene, no ya por la falta de todo vestigio que evoque el desarrollo de una rutina doméstica, sino por la

imposibilidad material de que así suceda. Los 128 fardos de arpillera y las bolsas de viaje que contenían las más de tres toneladas y media de hachís, abarcan todo el espacio físico que inicialmente podía considerarse destinado al desarrollo de la privacidad. Tales fardos y bolsas no se encuentran distribuidas en el interior de la cabina, sino que ocupan todo el espacio que define aquella. De modo singular, las fotografías de los folios 73 y 74 evidencian que El Mago no era, en modo alguno, un buque de recreo en el que, de forma permanente o meramente ocasional, su tripulante ejerciera actos privados necesitados de protección constitucional. La embarcación alquilada por el acusado a su verdadero titular —CVK Boatcompany SL—, no tenía otra finalidad que servir de transporte a una importante cantidad de estupefaciente. Funcionalmente, ese buque no era susceptible de servir como recinto doméstico. Su cometido no era otro que el de ofrecer un espacio clandestino de almacenaje de droga.

Está fuera de toda controversia que los recintos privados que sirven de alojamiento a los efectos e instrumentos de cualquier de-

lito, no por ello pierden la salvaguarda constitucional que dispensa el art. 18.2 de la CE. En el presente caso, sin embargo, el modo en el que se agolpan los fardos de droga —amontonados hasta el punto de que la apertura de la puerta de la cabina hacia el interior hace prácticamente imposible la entrada—, neutraliza cualquier funcionalidad alternativa o complementaria relacionada con la vida privada

Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando pone el acento en la distribución de la carga, así como en la contratación *ad hoc* del buque para servir, no de domicilio, sino de barco de carga para el transporte de la mercancía desde Marruecos. La localización de los fardos en zonas no destinadas imposibilitadas— para el uso privado, descartan la protección constitucional. Aun admitiendo la existencia de algún camarote que hubiera servido para el desarrollo de la vida privada, no fue en éste en el que se intervino la droga

No existió, pues, vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio y procede la desestimación del motivo por su notoria falta de fundamento (art. 885.1 LECrim).

Sentencia 886/2007, Sala de lo Penal del TS, de 2 de noviembre de 2007

PERTENENCIA A BANDA ARMADA

Arts. 515 y 516 Código Penal; 25 CE

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

SÍNTESIS

A propósito del caso de un conocido miembro de ETA, se plantea el problema de la naturaleza del delito de pertenencia a banda armada y si cabe entender presente con nuevos actos un delito renovado, pese a haber

sido ya condenado anteriormente por ese mismo delito, sin incurrir en lesión del principio «non bis in idem».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

3. Antes de pronunciarse sobre este motivo, no es de más delimitar los requisitos típicos o naturaleza de esta figura delictiva, según ha tenido ocasión de perfilar la doctrina de esta Sala (véase, entre otras, SS. n.º 1741 de 14 de noviembre de 2000; n.º 1346 de 28 de junio de 2001; n.º 1127 de 17 de junio de 2002; n.º 1117 de 19 de julio de 2003; n.º 380 de 22 de diciembre de 2003; n.º 510 de 22 de abril de 2005; n.º 580 de 6 de mayo de 2005; n.º 220 de 22 de febrero de 2006 y n.º 149 de 26 de julio de 2007).

Los requisitos del delito de integración en banda armada, podemos descomponerlos en los siguientes:

a) sustrato primario, que exige la existencia de una banda armada u organización terrorista, compuesta por una pluralidad de personas entre las que median vínculos de coincidencia ideológica con establecimiento de relaciones de jerarquía y subordinación.

b) sustrato subjetivo o voluntad de pertenencia o integración del sujeto activo en dicha banda de manera permanente o por tiempo indefinido, nunca episódicamente, en que el militante accede a participar en los fines propios de la asociación ilícita.

c) elemento material u objetivo. Realización o posibilidad de realización o de llevar a cabo actividades de colaboración con la banda, que contribuyan a alcanzar la finalidad que el grupo persigue.

4. La Audiencia Nacional construye la sentencia condenatoria sobre una serie de interpretaciones acerca de la prolongación en el tiempo del delito (naturaleza perma-

nente) y la cesación de sus efectos antijurídicos o límite de comisión del mismo, dando ya por concluida la lesión al bien jurídico protegido.

Nos viene a decir que al ser encarcelado el acusado en 1990 se rompió, aunque fuera en contra de su voluntad, esa vinculación que permitía desplegar una actividad (propia de un socio o asociado) dentro de la banda, faltando el requisito material y objetivo antes mencionado. Prácticamente el autor del hecho resulta forzosamente apartado de la banda y poco menos que incoicuzado.

Sin embargo, esta interrupción de actividades propias de un militante de la banda, en alguna medida se “reanudó”, al descubrir que en el año 2001 seguía interconectado, en la medida de lo posible, con los demás miembros del grupo terrorista, lo que hace que cerrada y concluida la comisión de un delito se produjera una renovación de la voluntad delictiva, integrándose de nuevo o “reanudando” su actividad dentro de la banda al ponerse en contacto con la cúpula radicada en Francia, merced a la elusión de los controles penitenciarios.

No se excluye —dice la Audiencia y con razón— que, juzgado y condenado un miembro de una organización terrorista, pueda en el futuro decidir integrarse de forma activa y eficaz en la misma con participación en sus fines, cometiendo de nuevo otro delito de pertenencia a banda armada, además y lo que es más importante, que la eficacia de cosa juzgada no puede proyectarse en el futuro, generando la impunidad de nuevas acciones.

La Audiencia Nacional entiende y está en lo cierto que, a pesar del informe de la Unidad Central de Inteligencia (folio 1092 y ss. de actuaciones), ratificado en el juicio oral, que se refiere a la importancia del colectivo de la presos de ETA (“frente de makos”) en

el mantenimiento de la patógena ideología de la banda, por más que se evidencie que tales presos tratan de actuar de forma coordinada frente a la administración penitenciaria en sus protestas y reivindicaciones, tal circunstancia no permite estimar acreditada la reanudación de los vínculos con la organización ni la participación efectiva en la misma. La Audiencia distingue perfectamente las interrelaciones o cohesión entre sí de los presos de ETA y su dependencia o actividad prestada directamente a la banda en la consecución de sus objetivos, respecto a los cuales el acusado se halla impedido de realizar aportaciones propias de un militante durante la estancia carcelaria, dado el riguroso régimen penitenciario a que se someten los presos condenados por delitos de terrorismo.

5. No obstante las atinadas razones expuestas por la Audiencia, debemos ahondar más en la naturaleza de este delito, al objeto de determinar si nos hallamos ante la prolongación en el tiempo de la comisión del delito por el que fue condenado el recurrente, o por el contrario, dado el carácter del delito, calificado de “estado” o “permanente”, es posible afirmar que cesó definitivamente la vinculación y se cometió un nuevo delito con la remisión a la dirección de ETA por parte del acusado de la misiva a que se refiere el factum.

La jurisprudencia de esta Sala no ha llegado a precisar en sus resoluciones el momento en que puede darse por concluido ese estado permanente de lesión antijurídica o cuánto tiempo debe estar desconectado un miembro de una organización terrorista para dar por concluida y cerrada la situación delictiva de pertenencia a la misma.

La declaración de la sentencia n.º 1117 de 19 de julio de 2003, tuvo el carácter de *obiter dicta*, pues el caso que se resolvía era si la actividad de colaboración con banda armada desarrollada, primero en España y después en Francia, sin solución de continuidad, constituía un delito o dos, concluyéndose que no existiendo acto interruptivo, la condena en España por la actividad des-

plegada en este país debe comprender la actividad no interrumpida realizada también en Francia.

En dicha sentencia se afirmaba la posibilidad de cometer más de un delito de pertenencia a banda armada, si concluido un periodo de adscripción voluntaria a dicha banda, posteriormente se abandona, es expulsado de la misma o sobreviene una situación de fuerza mayor en el que se imposibilita desarrollar la actividad colaboradora propia de un militante. Se apuntaba como posible el ingreso en prisión, y era lógico entenderlo así, dadas las drásticas precauciones y controles observados por los servicios penitenciarios en los contactos con el exterior de los presos por delitos terroristas.

La Audiencia considera que desde el ingreso en prisión en 1990, se eliminó la posibilidad de realizar actividades dentro de la banda, favoreciendo sus fines, pero se “reanudaron en 2001” con tal misiva, en la que se llevan a cabo aportaciones estimables sobre la estrategia de la organización terrorista. No obstante, en el mismo texto de la carta, cuyo contenido se incorpora al factum, se habla de otras comunicaciones previas, y sobre ellas, en la fundamentación jurídica de la sentencia (pag. 15) se nos dice que de la carta “se desprende que no se trató de una comunicación aislada, sino que se había conseguido un canal de comunicación estable con la cúpula de la organización”.

Como hechos probados, la Audiencia sólo tiene certeza de la comunicación epistolar de 2001, y de lo que en ella se expresa, pero de forma indirecta o implícita la propia sentencia no excluye otras comunicaciones.

6. De acuerdo con lo hasta ahora manifestado, se plantea la cuestión de cuál es el tiempo o circunstancias precisas para entender extinguido y definitivamente roto el vínculo de conexión con la banda a efectos de la permanencia o desaparición de lo que hemos llamado requisito material o de eventual aportación de colaboración a la banda, en su condición de miembro de la misma.

El recurrente entiende que la admisión por parte de la combatida de la existencia de

comunicaciones anteriores del Sr. Juan Antonio con su organización, desconociéndose, cuántas o en qué momento y forma se han producido, permite sostener la vulneración del principio *in dubio pro reo*, y entender que los tres requisitos que integran el delito, en particular el material o de aportación de actividad a la asociación ilícita, se han mantenido con mayor o menor intermitencia en todo momento desde su ingreso en prisión. El delito es el mismo, prolongado en el tiempo, a pesar de haber sido juzgado por él.

Pero el recurrente no repara que aunque más pronto o más temprano, desde su ingreso en prisión (acto de ruptura “física” con la banda) consiguiera un canal de comunicación con el exterior, hasta que esto no tuvo lugar, es patente que estuvo por más o menos tiempo rota su vinculación con la banda, hasta tanto se lograra de nuevo tal conexión por medio de contactos epistolares.

Pero esta ruptura, que hemos denominado “física” o material, fue seguida de la que podríamos llamar ruptura jurídica, integrada por la sentencia condenatoria sufrida por pertenecer el recurrente a banda armada, que cerró un periodo de integración en la misma, en la que el recurrente sufrió el correspondiente reproche reflejado en la condigna sanción, lo que supone concluir jurídicamente un periodo de actividad delictiva dentro de la banda.

Conocida la sentencia firme, el acusado conscientemente reitera su actividad corporativa por medio de cartas, entrando en relación con la cúpula de ETA. Se ha producido una renovación en la voluntad delictiva, que persiste en la ilicitud, volviendo a introducirse (con las consiguientes limitaciones), en actividades colaboradoras con los fines criminales de la organización terrorista.

7. Todavía cabría preguntarnos si con el comportamiento enjuiciado se lesiona de nuevo el bien jurídico protegido o por el contrario la lesión se resuelve y concluye con la pertenencia a la organización, por más o menos tiempo, en una o más ocasiones. Mas, como tiene dicho esta Sala, aunque sea con el carácter de *obiter dicta*, es posible cometer el delito una y más veces, si se llevan a cabo actividades de la misma naturaleza, después de concluida una etapa o periodo de pertenencia a la banda (ruptura de hecho) o por consecuencia de la condena por actos típicos de integración (ruptura jurídica).

El sujeto activo vuelve a incorporarse al entramado de interrelación formado por individuos organizados (banda terrorista) que constituye caldo de cultivo o fuente permanente de atentados contra la vida, integridad corporal, libertad, etc. que se prolonga en el tiempo gracias a la perseverancia de la militancia de sus miembros o a la incorporación de otros nuevos o reincorporación de los que un día dejaron de pertenecer a ella, constituyendo su sola existencia y continuidad un grave peligro para la sociedad, creando inseguridad o miedo colectivo e impidiendo el normal ejercicio de los derechos fundamentales, que es lo que trata de evitar la ley penal.

La voluntad, manifestada con actos de colaboración o de cooperación, persistiendo en su vinculación a la organización terrorista, después de una condena por haber formado parte de ella, supone un daño añadido y desde luego no implica infracción del principio *non bis in idem*, pudiéndose más bien hablar —como oportunamente refirió el Fiscal en la vista oral— de un *bis in alterum*, es decir, se cometió otro delito de la misma naturaleza a través de actos o actividades diferentes, no enjuiciados hasta el momento.

Sentencia 887/2007, Sala de lo Penal del TS, de 7 de noviembre de 2007

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

Arts. 18.3 CE; 579 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se estima el recurso del Fiscal contra la sentencia absolutoria que se dictó sin tomar en consideración las intervenciones telefónicas practicadas e indebidamente anuladas por el Tribunal de instancia, al cumplir, a juicio de la Sala, todos los requisitos constitucionalmente exigibles.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Contra la sentencia absolutoria se alza el Fiscal, formalizando tres motivos de casación, el primero de los cuales lo canaliza a través del art. 852 LECr, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y por causar indefensión (art. 24 CE).

1. La sentencia absuelve a los tres procesados del delito contra la salud pública del que venían siendo acusados, en primer lugar, por entender que los autos que acuerdan las intervenciones telefónicas son nulos y en consecuencia se hallan privadas también de validez jurídica las grabaciones y transcripciones de las conversaciones intervenidas, así como las actas resultantes de las entradas y registros domiciliarios.

El tribunal de instancia no ha entrado a valorar las intervenciones telefónicas por considerar que han sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y el Fiscal estima sin embargo que dichas intervenciones y otras pruebas derivadas de ellas se ajustaron a las exigencias constitucionales.

Halla cobertura legítimante el motivo en el intangible derecho a la tutela judicial que

asiste a las partes acusadoras en casos de indebida y arbitraria anulación de una o varias pruebas, que provocan una absolución injusta, privando a una parte procesal del derecho al proceso debido o a la utilización de los medios de prueba pertinentes. La legitimación procesal para combatir tales irregularidades la confirmó el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 27 de febrero de 1998.

(...)

5. Esta Sala en sintonía con la doctrina del Tribunal Constitucional viene exigiendo, como condicionantes sintéticamente expresados para una regular intervención telefónica, que cumpla con el canon constitucional mínimo de corrección, que concurren una serie de indicios que excedan de la mera sospecha o conjetura vaga y subjetiva de la policía que solicita la medida, indicios de los que racionalmente pueda presumirse la probabilidad —no la certeza— de que se está perpetrando un delito grave y de que la intervención telefónica se revela como un eficaz medio de investigación no fácilmente sustituible por otro que no comporte tal injerencia en el ámbito de lo privado de la persona. Condiciona la decisión sobre la restricción de este derecho, con la excepción

temporal y materialmente limitada prevista en el artículo 579.4 de la L.E.Criminal, dejándolo en manos exclusivamente del poder judicial, en particular del Juez de Instrucción, a quien corresponde la ponderación de los intereses en juego, mediante un juicio acerca de la proporcionalidad y necesidad de la medida, juicio que deberá contenerse en una resolución judicial motivada, adoptada en el ámbito de un proceso penal.

En el momento de acordar su decisión el Juez ha de atender necesariamente a varios aspectos. En primer lugar, a la proporcionalidad, en el sentido de que ha de tratarse de la investigación de un delito grave.

En segundo lugar, a la especialidad, en tanto que la intervención debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general.

Y, en tercer lugar, a la necesidad, excepcionalidad e idoneidad de la medida, ya que sólo debe acordarse cuando, desde una perspectiva razonable, no estén a disposición del investigador otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para la instrucción de la causa. A estos efectos deben constar directamente en la resolución judicial o al menos por remisión expresa al oficio policial cuando la actuación se deba a una solicitud de esos agentes, los datos fácticos en los que el Juez apoya su valoración acerca de aquellos aspectos.

Igualmente debe precisarse en la resolución judicial el plazo de duración inicial y los momentos y la forma en que el Juez debe ser informado del estado y resultados de la investigación (STC n.º 184/2003, de 23 de octubre).

6. Planteado así el problema y conocida la doctrina jurisprudencial aplicable, hemos de hacer ciertas consideraciones en relación al caso que nos atañe.

Sobre la ausencia de detalles sobre las informaciones inicialmente facilitadas a la policía por confidentes y respecto a la no especificación de los mecanismos de inves-

tigación, la sola lectura de los oficios instando la medida permiten corroborar la existencia de datos objetivos y concretos, perfectamente accesibles a terceros, evidenciadores de una situación altamente sugerente de la comisión de un delito grave.

La policía por propia iniciativa no tiene por qué revelar la fuente inicial de la investigación, y menos si se trata de un confidente, pues de hacerlo, no sólo se malograría este medio de investigación, sino que el confidente correría peligros serios de reacción vindicativa de los delatados. (...)

7. Por lo demás es suficiente sopesar y valorar los elementos indiciarios concurrentes, ya resumidos al principio de este fundamento, para concluir que el auto en conjunción con el oficio policial se ajusta a los principios de proporcionalidad, especialidad, necesidad, excepcionalidad e idoneidad, ampliándose a los demás requisitos formales, como son declaración del secreto de las diligencias, fuerza policial ejecutora, tiempo límite de vigencia de la medida, la necesidad de dar cuenta periódica de resultados (cada siete días) y aportación de las cintas grabadas al Juzgado.

(...)

Como colofón a todo lo dicho se puede afirmar que los oficios policiales contienen datos objetivos suficientes para decidir una intervención telefónica, por lo que los autos judiciales que acuerdan la medida injerencial, consecuencia de los oficios de 18 de enero de 2005, 9 de febrero de 2005, 17 de febrero de 2005 y 8 de marzo de 2005, se ajustan al canon de exigencia constitucional y deben desplegar toda su eficacia probatoria, debiendo valorarse como pruebas el contenido de las grabaciones telefónicas, si fueron regularmente introducidas al plenario, así como el resultado de las entradas y registros realizados en el domicilio de María Milagros, de los que prescindió la Audiencia al estimarlos resultado de diligencias previas ilícitas por conexión de antijuricidad (art. 11.1 LOPJ).

Consecuentes con todo ello es patente que se ha producido la indebida anulación

de una prueba y las derivadas o reflejas, lesionando el derecho del M.^º Fiscal, como parte acusadora, a la tutela judicial efectiva, al proceso debido y a la utilización de los medios de prueba idóneos, derechos proclamados en el art. 24 CE.

El motivo primero debe estimarse. (...)

Tercero.—(...)

(...)

La estimación del primer motivo determina la nulidad de la sentencia, que no del juicio. Sin embargo ante la inevitable contaminación e influencia del asunto en los Magistrados intervinientes, susceptible de crear prejuicios, se estima de mayor garantía de independencia e imparcialidad, que sean otros Magistrados de la Audiencia Provincial los que conozcan del mismo, lo que supone la nueva celebración del juicio.

Sentencia 951/2007, Sala de lo Penal del TS, de 12 de noviembre de 2007

ENTRADA Y REGISTRO. HALLAZGO CASUAL

Arts. 18.2 y 24.2 CE; 551 y 553 LECrim.

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

SÍNTESIS

Desestima la Sala el recurso del condenado que cuestionaba la validez de la aprehensión de droga en su domicilio, encontrada de forma casual por los agentes policiales que ejecutaban el lanzamiento, considerando por contra innecesaria autorización judicial y existente el consentimiento válido del afectado. Contiene voto particular que se reproduce asimismo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

El motivo quinto —también con importantes deficiencias técnicas—, sugiere que la aprehensión de la heroína se realizó sin respetar el derecho a un proceso con todas las garantías, pues la diligencia de entrada y registro se llevó a cabo sin autorización judicial. No consta tampoco documento escrito que justifique la autorización del recurrente y, sobre todo, no se realizó a presencia de Letrado.

El motivo no es viable.

La alegación que ahora se formula es, cuando menos, extemporánea. El recurrente introduce en sede casacional una cuestión que no ha sido objeto de debate a lo largo de la causa y que tampoco fue alegada en el acto del juicio oral. Esta omisión debilita sobremedida el significado procesal de una reclamación que debió haberse suscitado con anterioridad. Especialmente significativo es que la defensa no formulara pregunta alguna sobre esta materia en la declaración del imputado (...).

Ya en el juicio oral, quien hoy reivindica la vulneración de su derecho a la inviolabilidad domiciliaria despreció la posibilidad

ofrecida por el art. 786.2 de la LECrim, que habilita un turno de intervenciones con el fin de que las partes puedan expresar lo que consideren oportuno acerca de la vulneración de derechos fundamentales. Según puede leerse en el acta del juicio, a la invitación formulada por la Audiencia, se replicó por las partes que “... no hay cuestiones previas” —folio 1—. Y en el mismo acta se describe —folio 2 vuelto— que las conclusiones fueron elevadas a definitivas sin mención alguna al problema que ahora se suscita.

Pese a todo, una concepción de la vigencia de los derechos fundamentales inspirada en la máxima flexibilidad desde el punto de vista de las exigencias formales y que huya de un entendimiento ligado al principio de preclusión procesal, aconseja adentrarnos en el verdadero alcance de la alegación formulada acerca de la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE).

Desde este punto de vista, conviene tener presente que el hallazgo de los 250 gramos de heroína se produce en el transcurso de una diligencia de lanzamiento por desahucio acordada por el titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de La Coruña, en el marco de los autos de ejecución núm. 1286/05-U, siendo llevada a cabo por funcionarios del Servicio Común de Notificaciones. En el momento en el que esa diligencia se está llevando a efecto, la propietaria arrendadora del piso, en unión del agente de policía núm. NUM000, “... encontraron en el cajetín del contador de electricidad perteneciente a la vivienda en cuestión situado al lado de la puerta en el exterior, un calcetín que contenía varias bolsas con una sustancia que, convenientemente analizada, resultó ser heroína”.

El examen del acta de entrada y registro (art. 899 LECrim) añade detalles que no han sido reflejados en el juicio histórico. De modo especial, que la droga aprehendida a raíz de ese registro lo fue a indicación del propio acusado, que no sólo autorizó esa entrada, sino que indicó a los propios agentes los lugares en los que se hallaba el resto de los calcetines en los que ocultaba la droga. Y

este dato, de especial significado jurídico, lo afirma y reconoce Pedro Miguel en todas aquellas ocasiones en las que ha tenido oportunidad de hacerlo.

Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos similares. Así, la STS 352/1996, de 25 de abril, en un caso prácticamente idéntico al que ahora es objeto de análisis, declaró que la protección constitucional del domicilio se extiende, como es lógico, a las viviendas arrendadas, incluso en el momento en el que se está practicando el lanzamiento. Sin embargo, aclaró que “... la repetida vulneración claro es que no ha tenido lugar de ninguna de las maneras, pues fue el propio encartado, sabedor de que la fuerza actuante estaba registrando la casa (...), el que permitió que se entrase en su habitación y que se registrase la misma, sin poner ningún obstáculo ni manifestar oposición de clase alguna lo que tanto quiere decir como que prestó su consentimiento para la entrada y registro realizado”.

Sobre el consentimiento del interesado como presupuesto para la validez de la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, se ha pronunciado esta Sala en numerosas ocasiones (cfr. por todas, SSTS 1803/2002, de 2 de noviembre y 261/2006, de 14 de marzo). La necesidad de que la prestación de ese consentimiento se verifique en condiciones que impidan cualquier asomo de presión psicológica que lleve al interesado a abdicar del cuadro de garantías que constitucionalmente otorga el art. 18.2 de la CE, viene siendo reiterada de forma unánime por la jurisprudencia. Ese consentimiento como verdadera fuente de legitimación del acto de injerencia de los poderes públicos en el domicilio del imputado, se deriva del propio enunciado constitucional, así como de lo previsto en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 8 del Convenio de Roma y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La LECrim, en su art. 551, autoriza incluso una forma de consentimiento tácito —de obligada interpretación restrictiva—, cuando establece

que se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que lo permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el precepto constitucional.

Dicho en palabras de esta Sala, “... el consentimiento o la conformidad implica un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental” (cfr SSTS 628/2002, de 12 de abril; 1061/1999, de 29 de junio y 340/1997, de 7 de marzo).

En el presente caso, el consentimiento otorgado por Pedro Miguel reunió todas las condiciones exigidas para conferirle validez como presupuesto de exclusión de la necesidad de autorización judicial. Ninguna vulneración de derechos fundamentales puede ahora reivindicarse, sobre todo, teniendo en cuenta que en el acto del juicio oral se practicaron pruebas —declaración del acusado, testimonio de los agentes que intervinieron en la diligencia— sin conexión causal con la vulneración que se dice cometida.

Se impone, en consecuencia, la desestimación del motivo por su manifiesta falta de fundamento (art. 885.1 LECrim).

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO D. JOSÉ ANTONIO MARTÍN
PALLÍN A LA SENTENCIA RESOLUTORIA DEL
RECURSO DE CASACIÓN N.º 443/2007,
SENTENCIA N.º 951/2007, PONENTE
D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ

A) PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES.

1. Nuestro texto constitucional, encomienda al Juez la salvaguardia del derecho a

la inviolabilidad del domicilio. No limita la posibilidad de entrada y registro a los casos en que se persigue encontrar rastros, vestigios, efectos, instrumentos u objetos del delito. Sólo la garantía judicial ejercida en el curso de un proceso penal avala la posibilidad de utilizar estos elementos probatorios para desmontar la presunción de inocencia y proporcionar un proceso justo y con igualdad de armas.

2. La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula en su Título VIII (arts 545-588) los requisitos de la entrada y registro en lugar cerrado, la ocupación de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica. Si conectamos dicho título con el contenido del artículo 18 de la Constitución, se pueden comprender las garantías exigidas para la diligencia de entrada y registro. Es necesario un auto de la autoridad judicial que esté conociendo o investigando un hecho con caracteres delictivos. Para garantizar la autenticidad del resultado de la diligencia se exigen una serie de garantías que se desarrollan a lo largo de los preceptos citados. Es imprescindible la presencia del Secretario Judicial, y el respeto a los términos en que se concede la autorización para la entrada y registro (de día o durante las horas de la noche).

3. Existen, en nuestro sistema, otros supuestos en los que, sin existir investigación penal, permiten que el juez autorice la entrada en los domicilios para conseguir objetivos amparados por la ley, sin entrar en contradicción con los presupuestos constitucionales del artículo 18 de la Constitución española.

4. En el ámbito contencioso-administrativo, la Ley General Tributaria requiere el consentimiento del interesado o la autorización judicial. No cabe otra actividad que el examen e inspección de los bienes elementos o explotaciones necesarias para el cumplimiento de las obligaciones tributarias. El artículo 113 de la Ley General Tributaria autoriza a la Administración para solicitar la oportuna autorización judicial cuando sea

necesario entrar en el domicilio, constitucionalmente protegido, de un obligado tributario.

El artículo 142.2 de la propia Ley y concordantes, sólo autoriza las entradas domiciliarias con la finalidad exclusiva de proceder a la ejecución forzosa de los actos administrativos que declaran obligaciones. La sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 1995, al interpretar las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial que regulan la autorización judicial declara que “la misma tan solo contempla las potestades administrativas de autotutela, tanto la ejecutoria como más cercanamente la ejecutiva por referirse a los supuestos de ejecución forzosa de actos de la administración”. La actividad inspectora está encaminada a comprobar la posible existencia de una infracción tributaria, en su caso, de un delito contra la Hacienda Pública. Una vez comprobada la infracción tributaria de posible carácter delictivo, se deberá pasar el tanto de culpa al juzgado penal correspondiente. Según la jurisprudencia mayoritaria, la autorización judicial en el ámbito tributario es una autorización ad hoc específica y exclusiva para la ejecución de las resoluciones judiciales que acuerden la ejecución de obligaciones tributarias. Si en el curso de la entrada surge un hallazgo inesperado, como un cadáver, armas o explosivos, nadie pensaría o sostendría que la diligencia de levantamiento de cadáver o de ocupación de los explosivos la lleve a cabo la Agencia Tributaria o el agente judicial si es que está presente.

B) HECHOS DE LA PRESENTE CAUSA.

5. El Juzgado de 1ª Instancia, por Auto de 3 de noviembre de 2005 acuerda el lanzamiento para el día 29 de noviembre siguiente. Se autoriza expresamente a la Comisión Judicial que en el caso de que se encuentre cerrada la puerta o no se consienta la entrada, se lleve a efecto ésta recabando al efecto el auxilio de la fuerza pública. El acta que contiene las incidencias del lanzamiento

(folio 126) realizado a las diez de la mañana, del día 29 de noviembre de 2005, hace constar que el acusado abre la puerta voluntariamente, se describe el mobiliario, se procede al cambio de cerradura haciéndose cargo de las nuevas llaves la parte que insta el desahucio y se da por terminada la diligencia, firmando todos.

6. Si esta acta refleja la realidad está claro que los policías intervinientes, inspeccionaron por su cuenta el cajetín del contador de la luz y al descubrir el caletín se encontraron ante efectos que pudieran denotar la existencia de un hecho delictivo. Una vez detectada la sustancia sospechosa debieron dar cuenta al Juzgado Penal de guardia solicitando la oportuna intervención judicial habilitante. Lejos de proceder de esta forma, a las trece horas del mismo día, es decir, tres horas después (F 7 y 8) la hija de la propietaria es la que autoriza de forma libre la entrada y no el acusado. El acusado y su compañera se encuentran presentes, con absoluta pasividad, sin ser informados de sus derechos, limitándose a reconocer la evidencia, pero sin autorizar, como exige el artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento ni exteriorizar un consentimiento informado y libre.

Existe una total incompatibilidad de intereses entre la titular de la vivienda y el acusado por lo que se le ha dejado indefenso y sin posibilidad de ejercitar sus derechos constitucionales a no colaborar en la localización de pruebas que puedan ser utilizadas en su contra, por lo que constitucionalmente la diligencia es nula y cualquier otra prueba derivada de la anterior deviene ilícita e inutilizable. En consecuencia no ha existido actividad probatoria válida y predomina la presunción de inocencia.

Los agentes de policía no se encontraban en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya que no había constancia de que se estuviere cometiendo un acto delictivo flagrante en el interior del domicilio ni por supuesto se trataba de urgente o ex-

cepcional necesidad o de delitos de terrorismo.

7. Actuaron sin conocimiento de la autoridad judicial y sin que ésta pudiese decidir lo conveniente en el curso de un procedimiento penal. Lo correcto y así debe entenderse por la policía y avalado por los jueces, ante un hallazgo inesperado, como el que ya hemos comentado (muerto o explosivos), es llamar al Juzgado de Guardia para que, mediante presencia del Secretario Judicial se proceda de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

8. El caso presente tiene además unas características que nos sitúan ante el borde del fraude de ley. Si bien es cierto que se puede entrar en una vivienda con el consen-

timiento de su titular, que en este caso no se ha prestado, no es menos cierto que si el objeto de la entrada es localizar efectos o instrumentos del delito se debe advertir al autorizante, normalmente el titular, que la ley le autoriza a no declararse culpable y que corre el riesgo de que se pueda utilizar en su contra el resultado del registro. De todas formas, la diligencia resulta conflictiva desde el punto de vista de la prueba ya que la virtualidad probatoria podrá quedar en entredicho si no se han observado los requisitos legales de la habilitación judicial motivada para un fin específico de tal forma que la ley exige la notificación íntegra y literal del Auto, o por lo menos, que se informe debidamente a la persona cual es el objeto de la entrada y registro.

Sentencia 950/2007, Sala de lo Penal del TS, de 13 de noviembre de 2007

ESTAFA CONTINUADA

Arts. 74 y 250.1.7.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

De las cuestiones abordadas en esta sentencia, seleccionamos las relativas a la interpretación de la agravación de la estafa por el “abuso de relaciones personales” y su eventual extensión a los partícipes, así como la regla penológica a seguir en caso de delito patrimonial continuado, de conformidad con el Acuerdo de Sala de 30 de octubre de 2007 (recogido en el número 23 de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Octavo.—(...)

(...)

En el apartado 7.º, la ley entiende que agrava el hecho la concurrencia de abuso de

las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador. La jurisprudencia de esta Sala había considerado que la agravante de abuso de confianza no era apreciable en supuestos delictivos basados precisamente en el aprovechamiento de la confianza de-

positada por la víctima en el autor. En estos casos, se entendía que tal abuso estaba comprendido en la acción típica como un elemento de la misma. El legislador, sin embargo, ha entendido que tal agravación es posible en los casos específicos recogidos en el artículo 250.1.7.^a, de forma que debe entenderse que se trata de una exigencia añadida a la defraudación de la confianza ínsita en el tipo delictivo. Así se dice en la STS n.º 610/2006, de 29 de mayo, y en la STS n.º 1169/2006, de 30 de noviembre, que “ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa”. Por lo tanto, es necesario para la aplicación de esta agravación que, además del artificio engañoso, el autor aproveche las relaciones personales previamente existentes para hacerlo más eficaz (STS n.º 2015/2000, de 22 de diciembre), debilitando los mecanismos de autoprotección de la víctima.

De otro lado, es claro que no se trata de un supuesto de agravación por la mera existencia de relaciones personales previas, sino que es preciso que concurra un abuso de las mismas que exceda el mecanismo engañoso propio de la estafa. Entre las relaciones personales cabe incluir algunas derivadas del parentesco. En este sentido, el Código Penal distingue distintos casos. En algunos de ellos, enumerados en el artículo 268, la concurrencia de determinadas relaciones parentales da lugar a una exención de pena, por

aplicación de la excusa absolutoria. En otros, a través del artículo 23, a una atenuación, pues ese es el efecto que tradicionalmente se asigna por la jurisprudencia al parentesco en casos de delitos patrimoniales. En realidad cabría cuestionar si la defraudación de la confianza depositada en el autor por uno de los parientes contemplados en el texto legal debe merecer menos pena que la ejecutada sobre un extraño. Pero es cuestión resuelta por la ley.

Finalmente, como consecuencia de las previsiones del artículo 250.1.7.^a, provoca una agravación de la pena prevista para el tipo básico cuando se abuse de las relaciones personales previas al cometer el delito de estafa, y no se encuentre dentro de los anteriores supuestos. En estos casos no es suficiente con la concurrencia de la relación personal, sino que es preciso acreditar el abuso de la misma, el cual debe resultar con claridad del hecho probado. Dicho de otra forma, en caso de estafa, el abuso no está implícito en la existencia de la relación personal, pues en ese caso habría bastado con exigir en el subtipo la existencia de dicha relación, omitiendo la mención al abuso.

(...)

3. En segundo lugar, niega que la existencia de relaciones personales entre defraudador y víctima sea aplicable a aquellos autores en quienes tal relación no concurre, basándose en lo dispuesto en el artículo 65 del Código Penal. El Ministerio Fiscal, que impugna el motivo, sostiene que se trata de un coautor cuyo dolo abarca el parentesco de otro de los coautores con la víctima, y que no se trata de una circunstancia subjetiva solo aplicable a aquel en quien concurra y no comunicable a los demás, sino de un elemento básico del tipo o del subtipo que conforma el injusto diseñado por el legislador.

4. La doctrina ha discutido si las circunstancias que integran un subtipo agravado deben seguir el régimen de comunicabilidad que se establece en el artículo 65 para las agravantes genéricas. Es decir, si las agravantes que consistan en cualquier causa

de naturaleza personal solo deben aplicarse respecto a aquellos en quienes concurran o si, por el contrario, al formar parte del tipo, en realidad del subtipo agravado, aunque tengan naturaleza subjetiva, son aplicables a todos los partícipes que intervengan en la ejecución, siempre que las conozcan y de una u otra forma las acepten.

El artículo 65 se refiere a las circunstancias atenuantes y agravantes y no debe interpretarse separadamente de los que le siguen, que se refieren también a las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal. Del régimen instaurado por la ley para la determinación de la pena en atención a las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, resulta no solo una mayor o menor pena según los casos, sino además un sistema de individualización de la sanción en función de las atenuantes o agravantes genéricas que se aprecien, que contiene en algunos casos posibilidades de compensación (artículo 66.7) entre unas y otras cuando concurran simultáneamente, lo que no ocurre cuando se trata de subtipos agravados, en cuyo caso los efectos de las circunstancias se aplican sobre la pena establecida para éstos por la ley sin posibilidad de compensación.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que los subtipos agravados pueden construirse sobre la base de la concurrencia de elementos que determinan una mayor cantidad de injusto, constituyéndose en un elemento del tipo, aun de naturaleza subjetiva, que resultaría comunicable a todos los que, conociéndolo, participaron en la ejecución. Lo que se considera más grave en el artículo 250.1.7.^a es el aprovechamiento de las relaciones personales existentes, que determina la defraudación de un mayor grado de confianza y consiguientemente una mayor vulnerabilidad, sean aquellas concurrentes en todos los autores cuando sean varios o solo en algunos de ellos, pues en la acción conjunta ejecutada al tiempo por todos los coautores, todos ellos aprovechan las facilidades derivadas de la situación que tiene su origen en uno de ellos.

La cuestión, por lo tanto, debe resolverse estableciendo la comunicabilidad del elemento típico que determina la agravación, si bien es preciso que sea conocida su existencia no solo por quien lo aprovecha directamente, sino por los demás autores o partícipes. Estos deben conocer no solo que el elemento concurre en los hechos, sino que es aprovechado de alguna forma en la ejecución de la acción. En el caso, es preciso, no solo que los acusados supieran que el perjudicado era suegro del coautor Sebastián, sino además que conocieran que éste aprovechaba esa circunstancia para hacer más eficaz el engaño. Tal aspecto debe encontrar sus bases fácticas suficientemente expresadas en el relato fáctico.

A pesar de las alegaciones del recurrente, consta que todos sabían que el coacusado Sebastián conseguía las aportaciones de su suegro. Pero, como hemos dicho, no basta la concurrencia de la relación personal (en este caso, parental), que todos conocían, sino que es preciso que se abuse de la misma y que los partícipes conozcan tal abuso para que la agravación les pueda ser aplicada, y no se dice en la sentencia con la necesaria claridad que el recurrente supiera en qué medida existía un aprovechamiento de esa condición, es decir, en qué medida se abusó de la confianza derivada de la relación personal basada en el parentesco por afinidad, sin que sea posible deducirlo de la existencia de serias posibilidades de que así ocurriera. No se declara probado que las acciones del coacusado Sebastián demostrativas del abuso de la relación personal, más allá de la apariencia de seriedad de la empresa y de la escasa instrucción del perjudicado, fueran conocidas por el recurrente. Así, se dice que fue Sebastián quien convenció a Antonio para que entregara el dinero y renovara la inversión, pero no se expresa en qué basó el convencimiento ni se dice que ese aspecto concreto fuera conocido por el recurrente.

En esas condiciones, la agravación no puede ser aplicada al recurrente, lo que determina la estimación parcial del motivo.

Consiguientemente, al no ser aplicable ninguna de las agravaciones previstas en el artículo 250.1, la pena será la prevista en el artículo 249 con aplicación del artículo 74, ambos del Código Penal.

(...)

Décimo.—Aunque nada dicen los recurrentes, plantea el Ministerio Fiscal la corrección de aplicar al caso el artículo 74.1 y el artículo 74.2 del Código Penal, pues tratándose de delitos patrimoniales entiende que solo sería de aplicación el segundo apartado, lo que podría influir en la pena.

1. Efectivamente, en la jurisprudencia se han sostenido ambos criterios, lo cual hacía precisa la unificación de doctrina, propia y característica de las funciones de este Tribunal. Partiendo de que el artículo 74.2 contiene una norma específica para los delitos patrimoniales, una línea jurisprudencial entendía que solamente se aplicaba tal disposición, de forma que el Tribunal podría recorrer en su integridad el marco penológico asignado en cada caso, sin que fuera obligatorio imponer, al menos, la pena correspondiente en su mitad superior, tal como dispone el artículo 74.1 con carácter general.

En este sentido, en la STS n.º 400/2007, de 17 de mayo, con cita de la STS n.º 1404/1999, de 13 de octubre, se dice lo siguiente: “Pero actualmente en esta Sala existe una doctrina reciente (Sentencias de 23 de diciembre de 1998 y 17 de marzo de 1999) en virtud de la cual, habida cuenta de la configuración actual del artículo 74 (en el que se regula la figura del delito continuado, con un apartado 2 destinado a determinar las penas para esta clase de delito en los casos de infracciones contra el patrimonio, separado con un punto y aparte del apartado 1 en el que se define la configuración de este delito y se señala la pena a imponer con carácter general), ha de entenderse que no es aplicable a los casos de delito continuado, en las infracciones de carácter patrimonial, esa agravación que, como regla general se prevé en el apartado 1, consistente en la imposición de la pena correspondiente en su mitad

superior, que es la norma que aplicó la sentencia recurrida. Tal apartado 2 es una norma especial en cuanto a la pena a aplicar en los delitos continuados cuando éstos consisten en “infracciones contra el patrimonio”, según esta reciente doctrina jurisprudencial, norma que desplaza a la general del párrafo 1, si bien sólo en cuanto a la materia de determinación de la pena. Es decir, que en estos casos de delitos continuados contra el patrimonio no es preceptiva la imposición de la pena en su mitad superior, sino que ha de aplicarse lo dispuesto específicamente en el apartado 2 que tiene un doble contenido:

1.º Tener en cuenta el perjuicio total causado, es decir, que han de sumarse las cuantías de los varios delitos o faltas contra el patrimonio que quedan integrados en la única figura del delito continuado.

2.º La posibilidad, para los casos de delito masa, de imponer motivadamente la pena superior en uno o dos grados”.

En esta línea se pronunciaron también las Sentencias 1297/2002, de 11 de julio; 692/2003, de 12 de mayo; 1614/2003, de 1 de diciembre; 278/2004, de 1 de marzo; 1256/2004, de 10 de diciembre; y 883/2006, de 25 de setiembre, entre otras.

2. Una segunda línea interpretativa, reconociendo la especificidad del artículo 74.2 para los delitos patrimoniales, sostenía la aplicabilidad del artículo 74.1 cuando alguna de las infracciones que constituían el delito continuado, aisladamente considerada, superara el límite de la notoria o especial gravedad, pues en esos casos no se produciría una vulneración de la prohibición de doble valoración. Doctrina que resultaría igualmente aplicable en el marco del artículo 249.

Esta tesis es la seguida en la STS n.º 226/2007, de 16 de marzo, en la que, con cita de otras, se decía lo siguiente: “El delito continuado recoge el mayor contenido del injusto derivado de la constatación de una comisión sucesiva y reiterada de unas conductas agresivas a un mismo bien jurídico, bajo un dolo único y aprovechamiento de

idénticas circunstancias. Es obvio que esa conducta, caracterizada por la concurrencia de los presupuestos del delito continuado, merece un mayor reproche penal. De ahí, las especiales previsiones en la penalidad que planteó el art. 69 bis del Código, hoy 74 del Código Penal de 1995. Desaparecidas las connotaciones pietistas que fundamentaron en un principio la aplicación del instituto de la continuidad delictiva, hoy se asume la entidad propia y específica del delito continuado, con independencia de si su aplicación mejora o empeora la consecuencia jurídica (Cfr. STC 89/1983 y reiterada jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 21 de octubre de 1991). El delito continuado tiene previstas unas especiales reglas de aplicación de la pena que se contienen en el primer apartado del art. 74 (CP/95). Ahora bien, tratándose de delitos contra el patrimonio, razones de proporcionalidad de la pena, de no vulneración del principio *non bis in idem* y de especialidad, han sido tenidas en cuenta por el legislador penal que ha dispuesto una normativa penológica especial. Así, dispone que en los delitos contra el patrimonio se tendrá en cuenta el perjuicio total causado, y la posibilidad de imponer una pena superior en uno o dos grados, “si el hecho revistiera especial gravedad y hubiera perjudicado a una generalidad de personas” (art. 74 CP/95). En los delitos continuados contra el patrimonio, la jurisprudencia de esta Sala, en virtud de los principios antes señalados, ha entendido que la naturaleza de las conductas, plurales pero unificadas, posibilita que el resultado producido sea tenido como un conjunto de las distintas acciones, lo que permite bien la consideración de delitos lo que eran resultados típicos de falta, bien la consideración de especial gravedad (art. 250.6) lo que hasta entonces, y teniendo en cuenta el resultado individualizado, no lo era. Esta previsión sobre la consideración conjunta del resultado permite satisfacer el reproche derivado de la naturaleza continuada de las conductas. (SSTS 23 de diciembre de 1998, 17 de marzo de 1999). En este sentido, el Pleno no jurisdic-

cional de la Sala II, de fecha 27 de marzo de 1998, declaró que “en el caso de varios hurtos la calificación como delito o falta deberá hacerse por el total sustraído si previamente a esa valoración económica se ha apreciado continuidad en las acciones sucesivas realizadas”. Consecuentemente, la consideración del total perjuicio causado por varias conductas realizadas en ejercicio de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, satisface, en términos generales, las exigencias penológicas del delito continuado. En el hecho probado la calificación correcta es la de delito continuado de apropiación indebida del art. 252 y 250.1.6, es decir, la pena privativa de libertad de 1 a seis años de prisión y multa de seis a doce meses, con la consideración del art. 74.2 a tenor del cual deberemos tener en cuenta el perjuicio total causado. Esta construcción no es pacífica en la jurisprudencia de esta Sala. Como se destacó en la STS 760/2003 de 23 de mayo, se han mantenido dos posturas en aquellos supuestos en los que las distintas conductas constitutivas de un delito continuado patrimonial individualmente analizadas son, por sí mismas, causantes de un perjuicio que permite aplicar el reproche previsto en la norma por su consideración agravada por su especial gravedad. Partiendo de la existencia de dos reglas distintas para la determinación de la pena del delito continuado, en ocasiones se ha entendido que, si bien en principio no es posible aplicar la regla del apartado primero en los casos de delitos continuados de carácter patrimonial, sin embargo tal posibilidad surge de nuevo cuando cada una de las infracciones aisladamente consideradas ya merecían la calificación de especial gravedad en atención a la cuantía. Así, en la STS núm. 482/2000, de 21 de marzo, se dice lo siguiente: «En los delitos continuados contra el patrimonio, la jurisprudencia de esta Sala, en virtud de los principios antes señalados, ha entendido que la naturaleza de las conductas, plurales pero unificadas, posibilita que el resultado producido sea tenido como un conjunto de las distintas acciones, lo que

permite bien la consideración de delitos lo que eran resultados típicos de falta, bien la consideración de especial gravedad (art. 250.6 CP/1995) lo que hasta entonces, y teniendo en cuenta el resultado individualizado, no lo era. Esta previsión sobre la consideración conjunta del resultado permite satisfacer el mayor reproche derivado de la naturaleza continuada de las conductas (STS 23 de diciembre de 1998 y 17 de marzo de 1999). Consecuentemente, la consideración del total perjuicio causado por varias conductas realizadas en ejercicio de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, satisface, en términos generales, las exigencias penológicas del delito continuado. A lo anteriormente señalado se excepciona aquellos supuestos en los que las distintas conductas constitutivas de un delito continuado patrimonial individualmente analizadas son, por sí mismas, causantes de un perjuicio que permite aplicar el reproche previsto en la norma por su consideración agravada por su especial gravedad. Concretamente, en el delito de estafa si cada una de las conductas, aisladamente consideradas, determina un resultado de especial gravedad, el “plus” que supone su reiteración, aprovechando idénticas circunstancias o en ejecución de un plan preconcebido, merece la aplicación de la regla específica prevista en el párrafo primero del art. 74.1 del Código Penal pues la norma específica que estos artículos contemplan, la consideración del perjuicio total causado, no satisface en su integridad el contenido del injusto marcado en los presupuestos del delito continuado». En el mismo sentido la STS núm. 1284/2002, de 8 de julio; 136/2002, de 6 de febrero; 1411/2000, de 15 de septiembre, 1079/2005, de 29 de septiembre”.

En el mismo sentido la STS n.º 873/2006, de 8 de setiembre y la STS n.º 353/1999, de 24 de mayo.

3. El Pleno no jurisdiccional celebrado el 30 de octubre de 2007 deliberó sobre estas dos distintas posibilidades, acogiendo como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla

específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del artículo 74.1 solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.

La Sala ha entendido hasta ahora de forma pacífica que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado conforme dispone el artículo 74.2 CP. De manera que si la suma de ese perjuicio es superior a 36.000 euros, la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1.6.º y si es inferior a esa cifra la del artículo 249, o en su caso, la correspondiente a la falta.

Cuando esa cifra (la relevante para incrementar la pena básica) se alcanza por la suma de las diferentes infracciones, acudir a la agravación del apartado 1 del artículo 74 vulneraría la prohibición de doble valoración de una misma circunstancia o de un mismo elemento, pues de un lado se ha tenido en cuenta para acudir al artículo 250.1.6.º, con la consiguiente elevación de la pena (o para convertir varias faltas en un delito) y de otro se valoraría para acudir al artículo 74.1, agravándola nuevamente. Ello conduciría a determinar la pena conforme al perjuicio total causado pero sin que fuera preciso imponerla en su mitad superior, de forma que el Tribunal podría recorrer la pena en toda su extensión.

Por lo tanto, la regla del artículo 74.2 resulta específica para los delitos contra el patrimonio en el sentido de que la pena básica que debe ser tomada en cuenta en el caso de estos delitos continuados no es la correspondiente a la infracción más grave sino la correspondiente al perjuicio total causado, ambas en su mitad superior (pudiendo alcanzar

hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). De esta forma, el delito continuado patrimonial recibiría un trato penológico similar a cualquier otro delito continuado.

Como excepción a la regla anterior se presentan aquellos casos en los que la aplicación del artículo 74.1 infringiera la prohibición de doble valoración, lo que tendría lugar cuando la valoración del perjuicio total causado ya supusiera un aumento de la pena correspondiente a las infracciones cometidas separadamente consideradas.

En consecuencia, el delito continuado se debe sancionar con la mitad superior de la pena que puede llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado con indepen-

dencia de la clase de delito de que se trate. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica que debe ser incrementada con arreglo al artículo 74.1 no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Y, finalmente, la regla contenida en el artículo 74.1, solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración, es decir en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado.

Por lo tanto, aun cuando el Ministerio Fiscal cita una parte de la doctrina de esta Sala sobre el particular, su tesis no puede ser acogida.

Sentencia 924/2007, Sala de lo Penal del TS, de 14 de noviembre de 2007

ENTRADA Y REGISTRO

Arts. 18.2 CE; 551 LECrim. y 11.1 LOPJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García

SÍNTESIS

Se declara la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, así como del artículo 18.2 de la Constitución, a consecuencia del registro domiciliario efectuado por un policía local que disponía de las llaves del piso, facilitadas por su titular; con la finalidad exclusiva de recoger ropa, sin que sea posible aplicar la teoría del “descubrimiento inevitable”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia violación del derecho a un juicio con todas las garantías estimando que existió una vulneración en la actuación poli-

cial que penetró en el piso del recurrente sin el preceptivo mandamiento judicial, y, sin presencia de secretario judicial y por tanto con la ausencia de todo control judicial.

Se dice en la argumentación del motivo, que el primo de la perjudicada penetró en el

piso conyugal con las llaves que Aurora le había dejado con la exclusiva finalidad de recoger unas ropas del niño, y por su propia decisión intervino las sustancias que se reflejan en el *factum*, sin que tampoco conste acta de ocupación.

(...)

Se afirma en la sentencia de instancia que existía una autorización de la esposa para que su primo entrase en el piso, y que, en cualquier caso la teoría del fruto del árbol envenenado tiene su límite en la teoría del “descubrimiento inevitable”, por lo que no existe conexión de antijuridicidad entre la entrada en el piso —para el supuesto de que fuese nula— y el hallazgo de la droga, pues ésta se hubiera obtenido de todos modos.

Ninguno de los argumentos es aceptable.

Cierto que la esposa entregó las llaves a su primo, pero lo fue con la exclusiva finalidad de recoger ropas del niño. Obviamente la entrada para este fin fue autorizada por persona legítima como es la esposa que ocupaba el piso conyugal y ello en el escenario de una agresión por parte de su marido.

Ahora bien, cualquier otra gestión o pesquisa efectuada dentro del domicilio por el portador de la llave carece de toda autorización y no queda cubierta por la inicial entrega de las llaves. Dicho de otro modo, cualquier extralimitación de la persona autorizada de los concretos límites dados por el autorizante quedan extramuros de la autorización y por tanto deben ser estimados como ilegítimos. En tal sentido se puede citar, entre otras, la sentencia de esta Sala 1066/2001, de 6 de junio, que apreció la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio —art. 18.2 CE— en la actuación de la policía que entró en un piso con la llave que le facilitó la titular del piso para una gestión relativa a su hijo menor y en ese marco, los agentes efectuaron un registro y ocuparon una carta que abrieron.

En relación a la teoría del “descubrimiento inevitable” es clara su inaplicabilidad al caso de autos ya que aquélla tiene su aplica-

ción cuando existiendo varias vías de investigación, la nulidad de una de las líneas de investigación no arrastra a la nulidad de todo cuando se hubiera llegado a idéntico descubrimiento por otra de las vías de investigación abierta y de forma independiente a la vía anulada.

En el presente caso no existieron vías distintas e independientes, sino una exclusiva autorización para entrar en una vivienda y recoger unas ropas, existiendo una extralimitación que no queda cubierta por la inicial autorización.

Se dice en el *factum* que la droga estaba encima de la mesa del salón, sobre el particular no hay dato objetivo que lo evidencie. Más aún, al folio 12 del atestado se dice que “.... comprobadas las diferentes dependencias de la vivienda Cesar, primo de la moradora encuentra y hace entrega a los compañeros de....” y se cita las drogas, cuchillo y báscula y pistola de balines.

Aunque así hubiese sido y la droga estuviese a la vista en el salón como no existía urgencia alguna, lo procedente hubiese sido suspender en ese momento toda actividad y ante el hallazgo casual, solicitar el oportuno mandamiento judicial dejando la oportuna vigilancia en línea a lo acordado en el art. 570 de la LECriminal en una interpretación analógica. (...)

No se trata de un requisito formal, la existencia de mandamiento judicial con la presencia del secretario judicial en la diligencia es un presupuesto de la admisibilidad de la prueba, ya que por la naturaleza de la misma del registro domiciliario, de imposible reproducción, es preciso que en el momento de su práctica exista el secretario judicial que con su presencia garantiza la legalidad de la ocupación, precisamente por ser ajeno a la actuación policial y como garante en ese momento de la legalidad procesal de la actuación. Sólo así quedan salvaguardados los derechos del imputado en el Plenario, desde el respecto al derecho a contradecir, lo que sólo de forma limitada cabe efectuarlo en relación a un registro domici-

liario en el que la presencia del secretario sirve de garantía al exacto cumplimiento de la ley procesal.

En definitiva, existió una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Se vulneró el art. 18.2.º de la Constitu-

ción, y en definitiva, la nulidad del registro deja en total orfandad probatoria la condena al privarle de toda prueba de cargo por lo que también se vulneró el derecho a la presunción de inocencia que también se alega en el motivo segundo de los formalizados.

Sentencia 925/2007, Sala de lo Penal del TS, de 15 de noviembre de 2007

ENTRADA Y REGISTRO

Arts. 18.2 CE; 567 y 569 LECrim.; 11.1 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

Nulidad de la diligencia de entrada y registro por haberse producido la entrada previa de la policía sin esperar a la llegada de la Comisión Judicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero y único.—(...)

El segundo punto es más conflictivo en cuanto que la autorización judicial se produce, pero los agentes de la autoridad entran en el domicilio antes de la llegada de la Comisión judicial. La sentencia se basa en las manifestaciones de los agentes en el juicio oral según cuyo testimonio, cuando cuentan con la autorización judicial y la Comisión judicial está preparada, se procede a la entrada en la vivienda, en principio únicamente por parte de los agentes, para prevenir posibles riesgos para la integridad física de los componentes de la Comisión judicial. Una vez que el domicilio en cuestión está asegurado, se avisa para que entren el Secretario Judicial y sus acompañantes para la realización del registro.

Para reforzar esta argumentación, se dice que las propias procesadas manifestaron que el tiempo que transcurrió (no se dice cuánto) entre que entraron los policías y las personas que venían del Juzgado, todos estuvieron en el salón de la casa sin que nadie se trasladase a otra habitación.

3. Si se da carta de naturaleza a esta anormal forma de proceder, se está modificando la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se propicia un modo de actuar absolutamente ilegal y contrario al mandato constitucional que exige no sólo la autorización judicial sino el protagonismo exclusivo de los delegados o Comisiones judiciales sin descartar la propia presencia del Juez autorizante.

Llama la atención esta laxitud interpretativa sin que merezca ni el más mínimo reproche formal por parte de la Sala sentenciadora. Según su tesis, esta modalidad de

entrada, de aseguramiento para controlar el domicilio como si se tratase de una operación de comandos en caso de terrorismo podría ser generalizada sustituyendo a la redacción actual de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es un mal precedente que se debe atajar de formar clara e inequívoca señalando su absoluta incompatibilidad con las garantías constitucionales. La Ley, aun en los casos en que existe un peligro de fuga, sólo autoriza a realizar operaciones de cerco para controlar las salidas y entradas del domicilio en casos graves de urgencia e inevitable necesidad.

4. Fuera de ello, la actuación preventiva de los policías arrogándose la interpretación de la ley y entrando en el domicilio sin esperar la presencia judicial, no puede supe-

rar ni los más mínimos controles de seguridad y garantía de protección de los derechos fundamentales. La decisión está absolutamente vedada y no puede generalizarse. En este caso, la responsabilidad por la actuación no corresponde a los agentes de la autoridad que se vieron amparados por una decisión desinformada de los garantes del derecho de inviolabilidad del domicilio, sino de la despreocupación por los derechos fundamentales de resolución de estas características que no pasaría el filtro de cualquier organismo encargado de velar por las garantías constitucionales y los derechos humanos en general.

En consecuencia, la obtención de las pruebas es radicalmente ilícita y vicia el contenido de la sentencia que debe ser anulada con la consiguiente declaración de inocencia de las procesadas.

Sentencia 937/2007, Sala de lo Penal del TS, de 21 de noviembre de 2007

IMPAGO DE PENSIONES

Art. 227 Código Penal

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

SÍNTESIS

No realiza el tipo del denominado “impago de pensiones” el incumplimiento de un pacto extrajudicial no avalado por alguna de aquellas resoluciones judiciales expresamente mencionadas en el artículo 227 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—No hay delito de impago de pensiones si las insatisfechas no fueron establecidas en un resolución jurisdiccional re-

caída en los procedimientos a que hace referencia el art. 227 del Código Penal.

Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia también infracción de ley en relación con el art. 227 del Código Penal.

Entiende la recurrente que los hechos tal como se han declarado probados implican impago de lo obligado según resolución judicial en materia de alimentos, ya que tal carácter tiene la que despacha ejecución en virtud de convenio por el que los progenitores acuerdan que el acusado satisfaga pensión a favor de los hijos comunes.

No postula el recurso la toma en consideración del tipo penal, por lo demás descartado en la sentencia contra la que se recurre, de abandono de familia previsto y penado en el art. 226 del Código Penal, por lo que queda fuera de consideración la situación de necesidad de los destinatarios de la pensión. Y firme en este punto la recurrida.

El tipo penal cuya aplicación se postula exige como elementos constitutivos: a) que una resolución de naturaleza judicial establezca la obligación de prestación económica, y que dicha resolución sea dictada dentro de los procesos a los que el tipo penal hace referencia (aprobandos un convenio o en los de separación, divorcio, nulidad, sobre filiación o sobre alimentos, en este caso circunscrito a los exigidos a favor de hijos), b) la realidad de la no realización del pago de esa prestación, en los tiempos y cuantía que el tipo penal refleja, c) la posibilidad de que dicho pago pueda ser realizado por el obligado (*in necessitate nemo tenetur*), sin que, sin embargo, se requiera una situación de necesidad por parte del que tiene derecho a la prestación ni que se derive para éste, perjuicio alguno diverso del de la no percepción de la prestación, tratándose de un delito de mera inactividad, y d) el conocimiento de la resolución judicial unido a la voluntad de no realizar el pago, cuya voluntad se estima ausente en los supuestos de imposibilidad de hacer efectiva la prestación, lo que le aleja del reproche de delito que instaure la prisión por deudas.

En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal. Así en la sentencia de 3 de febrero y en la de 3 de abril de 2001.

La exclusión del tipo penal cuya aplicación postula la recurrente se funda en la sentencia recurrida en una consideración: la falta de título de la obligación que reúna las condiciones del previsto en el tipo penal.

El debate en el caso que ahora juzgamos se centra por ello en determinar si reúne la condición típica la resolución judicial que despacha ejecución en virtud de la escritura pública por la que el acusado se obligaba, en pacto con la madre de sus hijos y con la que había mantenido relación de afectividad estable, a pagar alimentos a dichos hijos.

No es difícil advertir una substancial diferencia entre tal tipo de resolución (despacho de ejecución) que se limita a valorar como título ejecutivo un acuerdo respecto del cual carece el Juzgador de toda facultad de control a efectos de homologación, y la resolución a que se refiere el tipo penal, caracterizada porque la Autoridad Judicial efectúa una valoración de las circunstancias concurrentes para decidir, con buena autonomía respecto a la voluntad de los sujetos obligado y acreedor de la prestación.

De ahí que el tipo penal utilice el verbo establecer como contenido de la resolución judicial cuya inobservancia permite calificar de típica la conducta del incumplidor.

Es obvio que no tiene igual significación antijurídica el incumplimiento de una obligación únicamente configurada por la voluntad de sujetos contratantes, sin sometimiento a homologación judicial, que incumplir la obligación que, aunque responda a la misma función, se configura desde la imparcialidad del titular de la potestad jurisdiccional.

En el caso presente, la prestación cuya insatisfacción se denuncia es meramente contractual y la ejecución se despacha por resolución jurisdiccional que atiende a los requisitos del título pero no a los criterios con que la obligación se configura en el marco de los procesos a que la norma penal hace referencia.

El motivo no puede estimarse.

Sentencia 959/2007, Sala de lo Penal del TS, de 23 de noviembre de 2007

BLANQUEO DE DINERO

Art. 301 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García

SÍNTESIS

Se ocupa la sentencia de diversas cuestiones relativas al delito de blanqueo de dinero, previsto en el artículo 301 del Código Penal, de las que recogemos aquí la afirmación de lo difícil que resulta apreciar en algún caso la modalidad de imprudencia grave y la no aplicación de este delito a quien ha sido condenado, sobre la base de hechos idénticos, por tráfico de drogas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Este tipo de infracción penal fue introducido en nuestra legislación por LO 8/1992, de 23 de diciembre, que introdujo un nuevo precepto en nuestro CP, el apartado 3 del 344 bis h), luego recogido en el actual art. 301.3 del vigente código de 1995.

Este art. 301, después de definir en sus apartados 1 y 2 este delito de blanqueo de capitales en su modalidad dolosa, creada por la misma LO 8/1992, dice así en su punto 3:

“Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo” (del valor de los bienes).

La doctrina en nuestro país ha señalado una doble dificultad en esta clase de delito; por un lado, el que los tipos a los que hace referencia (art. 301.1 y 2) sean infracciones esencialmente dolosas al exigirse de modo expreso, como uno de sus elementos, uno de carácter subjetivo como es el de que el suje-

to que ha realizado alguno de los comportamientos sobre los bienes que allí se especifican haya actuado “sabiendo que estos (los bienes) tienen su origen en un delito”. Si se ignora tal procedencia delictiva por no haber actuado el sujeto con la debida diligencia al respecto, hay posibilidad de entender que ha existido una imprudencia. Pero, y aquí radica la segunda dificultad, tal imprudencia ha de ser grave, esto es, habría de entenderse que cualquier persona en su misma situación habría llegado con facilidad a alcanzar ese conocimiento del origen delictivo de los bienes. De todos es conocido cómo no es fácil separar en estos casos lo grave (o temerario) de lo leve (o simple).

A estas dificultades se refiere la sentencia de esta sala 1034/2005, de 14 de septiembre citada en el fundamento de derecho 1.º, pág. 21, de la sentencia recurrida.

Cuarto.—Por otro lado, hay que entender, a la vista del texto de este art. 301.3, que nos hallamos en principio ante un delito común, no especial, es decir, ante una infracción que puede cometer cualquier ciudada-

no, ya que no se exige en esta particular norma penal ninguna cualidad concreta en la persona del sujeto activo.

Sin embargo, entendemos que esta clase de delitos de imprudencia grave es de difícil comisión para los particulares.

Hay una ley particular en esta materia de blanqueo de capitales, la 1/1993, de 28 de diciembre y su reglamento del año de 1995 que prescriben determinadas medidas para la prevención de estos delitos y para impedir la utilización del sistema financiero y otros rectores de la vida económica en pro de estas actividades, imponiendo determinados deberes específicos en esta materia a las entidades de crédito, aseguradoras, agencia de valores, sociedades de inversión colectiva, casinos de juego, promociones inmobiliarias, notarios, registradores, abogados, procuradores, etc.

La infracción de los deberes impuestos a estas personas jurídicas y físicas podrían constituir esa imprudencia grave del art. 301.3 CP. Cuando no exista vulneración de estas obligaciones específicas es difícil la comisión de esta clase de delitos; para los particulares, podemos decir —si no como regla absoluta, sí como criterio general— que no es posible la condena penal conforme a esta norma de nuestro código. En todo caso se requiere para tal condena que quede expresado en la sentencia condenatoria en qué punto concreto se produjo la infracción de ese deber de cuidado inherente siempre al concepto de imprudencia, es decir, ha de decirse qué es lo que podía haber hecho el acusado en estos casos de negligencia inexcusable, cómo podía haber alcanzado en este concreto ese conocimiento de la procedencia delictiva de esos bienes cuyo blanqueo se ha realizado.

La sentencia de esta sala 924/2005, de 17 de junio, razona ampliamente en este sentido y absuelve a quienes venían condenados por la Audiencia Provincial porque, fuera de esos casos en que hay incumplimiento de esos deberes específicos regulados en esa Ley de 1993 y en ese reglamento de 1995, si no hay delito doloso (art. 301.1 y 301.2) es

prácticamente imposible que pueda existir el cometido por imprudencia grave (art. 301.3). (...)

Segundo.—(...)

(...)

2. Ya sabemos cómo el delito de blanqueo de dinero de tal art. 301.1 CP tiene como presupuesto la existencia de otro delito anterior que origina unos bienes, de modo que los actos de adquisición, conversión, transmisión, ocultación y demás especificados en esta norma penal (art. 301.1) han de recaer sobre esos bienes adquiridos de forma delictiva.

Cuando en la misma persona concurren los dos comportamientos, el de adquisición de esos bienes (o participación en el delito del que esos bienes proceden), y asimismo el de blanqueo de capitales, puede ocurrir que exista un concurso de normas, consecuencia de la absorción del segundo por el primero (art. 8.3.^o CP) o un concurso real de delitos.

El criterio para resolver en qué caso nos encontramos ha de ser el habitual en esta clase de cuestiones: si una de las normas a aplicar no abarca la total antijuricidad del hecho nos hallaremos en presencia de un concurso real, al ser necesario aplicar las dos normas penales en juego para cubrir esa total significación antijurídica de lo acaecido. En caso contrario habrá concurso de normas.

Vamos a referirnos ahora al supuesto de blanqueo de dinero o ganancias procedentes de los delitos contra la salud pública relativos al tráfico de drogas, que es el único previsto en aquella ley que introdujo esta infracción penal en nuestro código, la LO 8/1992, de 23 de diciembre, luego ampliado en el CP 1995 a los delitos graves, y finalmente a toda clase de delitos por LO 15/2003 que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. Este delito de blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas es el que ha generado la doctrina de esta sala en esta materia, representada, entre otras, en nuestras sentencias 1637/1999, de 10 de enero de

2000; 1234/2002, de 28 de junio; 198/2003, de 10 de febrero; 1071/200, de 30 de septiembre; 449/2006, de 17 de abril y 550/2006, de 24 de mayo.

Así en esta última resolución citada por el recurrente Víctor, podemos leer que “no es posible la penalización autónoma de los efectos del delito (blanqueo) a quien a su vez ha sido castigado como autor del delito base (tráfico de drogas), si bien para ello es necesario que exista una completa identidad

entre la autoría del delito base y la del blanqueo procedente de ese”.

Si tal identidad existe, la total ilicitud del comportamiento correspondiente queda cubierta con la sola aplicación del delito relativo al tráfico de drogas (*non bis in idem*). Y si no hay esa identidad, no basta sancionar con la aplicación del art. 368 y siguientes del CP, sino que en la conducta del autor del hecho hay un plus que hace preciso acudir a la otra norma penal, la del blanqueo (art. 301.1), para cubrir esa total ilicitud.

Sentencia 1007/2007, Sala de lo Penal del TS, de 23 de noviembre de 2007

PRINCIPIO DE OFICIALIDAD. PRUEBA

Art. 729.2 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la potencialidad del principio de oficialidad en orden a la práctica de la prueba.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

8. Tampoco puede acogerse el reproche sobre exceso de rigor formal, porque el Tribunal *a quo* no propiciara la subsanación, habiéndolo podido y debido introducir el informe él mismo, ya como pericial, ya como documental, conforme al art. 729.2 LECr., que exceptúa lo dispuesto en el art. 728 LECr., siendo necesaria la prueba para el

refuerzo de la credibilidad de otras debidamente propuestas y practicadas.

Se olvida que, aunque por esta Sala se reconoce (Cfr. STS de 6 de julio de 2000, n.º 710/2000) que el ejercicio por el Tribunal de las facultades prevenidas en el art. 729 LECr. no es arbitrario, por lo que puede ser objeto de revisión casacional cuando pueda ocasionar indefensión por limitar de modo no razonable el derecho a la prueba aplicando un criterio excesivamente formalista o restrictivo, la facultad otorgada en el

n.º 2 del art. 729 encuentra su límite en el derecho del procesado a ser juzgado por un tribunal imparcial.

Así, esta Sala ha señalado, (Cfr. STS 599/1994, de 21 de marzo) que: “la pretensión del recurrente se fundamenta en una extensión del principio de oficialidad que supera los límites que el mismo tiene reconocidos en la ley. En efecto, si bien es cierto que el art. 729.2 LECr. autoriza al Tribunal a practicar las pruebas no propuestas por las partes que considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de acusación, no lo es menos que esta disposición encuentra su límite en el derecho del procesado a ser juzgado por un Tribunal imparcial (art. 6 CEDH y 24 CE). Esta garantía resulta, como es claro, desconocida cuando el Tribunal asume el papel de acusador y persecutor del acusado. Por tal motivo, el art. 729.2 LECr. no puede ser utilizado por el Tribunal en contra del acusado, como lo pretende la recurrente. Y, en todo caso, el derecho a la tutela judicial efectiva del acusador particular en un proceso penal no implica que el Estado deba asumir (el costo de) las pruebas que aquél necesite para hacer valer su pretensión”.

Igualmente, se ha precisado (Cfr. STS de 16 de julio de 2004, n.º 918/2004), que: “el art. 729 LECr., incluido en la normativa general que regula el procedimiento ordinario, contempla varias excepciones a la regla general del art. 728 LECr. sobre la práctica de las pruebas en el juicio oral, respetando el equilibrio de las partes propio del sistema acusatorio para preservar la imparcialidad del juzgador. El art. 729.2 y 3 LECr., como ha destacado la doctrina, es cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates. El Tribunal ejercita una facultad ordinaria de

resolución que la ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes. Para la doctrina actual es inobjetable siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación”.

En el caso ninguna de las partes acusadoras efectuó solicitud alguna al Tribunal de instancia para que admitiera como prueba el informe pericial sobre perfil genético obtenido de restos fisiológicos. La propia sentencia recoge que el resultado se obtuvo sobre el estudio y análisis de una maquinilla de afeitar recogida durante la inspección técnica policial realizada en 9 de enero de 2001, en el habitáculo utilizado presuntamente por la organización ETA en varios secuestros. De tal información destacan dos notas que proporcionan especiales características al resultado del informe y que evidencian la necesidad de su contradicción, contrastación, y eventual impugnación, para llegar a constituir una verdadera prueba, a la que pudiera atribuírsele virtualidad como elemento externo corroborador de la participación del procesado: el dilatado plazo (4 años, 8 meses y 24 días s.e.u.o) entre el 14 de abril de 1996 en que se puso término al secuestro del Sr. Luis Pedro y el 9 de enero de 2001 en que fue encontrada la maquinilla; y el hecho de que no fuera la única, ni la última de las llevadas a cabo, la detención ilegal de la víctima del supuesto enjuiciado, utilizando el habitáculo donde fueron encontrados los restos fisiológicos analizados.

En esas condiciones la incorporación de oficio del informe, sin más, por la Sala, sin duda hubiera sobrepasado los límites de la imparcialidad que debe presidir la actuación de todo Tribunal.

Sentencia 970/2007, Sala de lo Penal del TS, de 26 de noviembre de 2007

INCONGRUENCIA OMISIVA

Arts. 24.1 CE; 732, 788.3 y 851.3 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo

SÍNTESIS

Se aprecia en la sentencia de instancia el vicio de incongruencia omisiva que vulnera el derecho del acusado a la tutela judicial efectiva, ordenando la devolución de la causa al Tribunal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El primer motivo de casación denuncia la vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que se dice quebrantado porque la sentencia impugnada no ha dado respuesta a la cuestión planteada por la defensa del acusado sobre la concurrencia de la eximente incompleta del art. 20.2 CP, como en su versión de atenuante del art. 21.2.

El motivo tercero del recurso abunda en esta reclamación, ahora en base al quebrantamiento de forma previsto en el art. 851.3 LECr.

Dada la íntima relación entre ambos motivos, y siendo así que tiene su entronque constitucional en el art. 24 CE que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva con proscripción de toda indefensión, principio constitucional del que es una de sus expresiones el quebrantamiento de forma invocado, examinaremos conjuntamente estas censuras.

En el escrito de defensa del acusado se establecía que no concurrían circunstancias modificativas de la responsabilidad pero también se interesaba como diligencia de

prueba “para que se libre oficio-requerimiento al C.A.D. de Arrecife al objeto de incorporar al procedimiento los datos relativos a mi representado, es decir, si el mismo consta como toxicómano, desde cuándo, tratamiento si lo sigue”, prueba que fue admitida por el Tribunal, incorporándose a las actuaciones Informe de dicho organismo sobre la drogodependencia del acusado, e incorporándose esta prueba documental al debate procesal del juicio. En el juicio oral, solicitó que se aplicara la atenuante del art. 21.2 CP.

El art. 851.3 LECr establece, en relación con el 901 bis a), que cuando no se resuelva en la sentencia sobre todos los puntos que hayan sido objeto de defensa (y de acusación) se anulará la sentencia y se devolverá al Tribunal de instancia para que subsane la irregularidad conforme a derecho.

Una reiteradísima y conteste doctrina jurisprudencial ha establecido los requisitos de la incongruencia omisiva (y de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva) que este quebrantamiento de forma conlleva: a) que el Tribunal no haya resuelto alguna cuestión jurídica o pretensión de carácter sustantivo; b) que dicha cuestión o pretensión haya sido formulada en tiempo y

forma procesalmente hábiles; c) que la resolución judicial de que se trate no dé respuesta de forma manifiesta y directa o bien de modo implícito o indirecto a las mismas; y d) que, en último término, el vicio denunciado no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (v. ss. de 25 de febrero de 1985, 7 de diciembre de 1989, 18 de marzo de 1992, 27 de enero de 1993, 28 de marzo de 1994, 25 de marzo de 1996, 6 de octubre de 1997, y 24 de marzo 1998 entre otras). Y, aunque la más reciente jurisprudencia estima improcedentes las respuestas meramente implícitas, por exigencias del art. 24 de la Constitución (v. ss. T.C. 175/1990, 88/1992, 263/1993, 169/1994 y 58/1996, entre otras, y ss. de este Tribunal de 13 de octubre de 1990 y de 9 de febrero de 1993, *ad exemplum*), no es menos cierto que la misma jurisprudencia viene matizando su posición al respecto. Así, en la S.^a del T.C. 26/1997, se dice que “en lo que se refiere a la incongruencia omisiva, en múltiples ocasiones ha reiterado (este Tribunal) que no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión”. El mismo Tribunal Constitucional, en la S.^a 172/1997, afirma que, para apreciar este vicio procesal, “ha de comprobarse si la cuestión ha sido suscitada en el momento procesal oportuno y “si la ausencia de contestación por el órgano judicial ha generado indefensión”;... siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita —y no una mera omisión— que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino los motivos fundamentadores de la respuesta tácita”.

El Ministerio Fiscal se opone a la estimación del motivo alegando que el artículo 732 de la LECr señala que una vez practicadas

las diligencias de prueba, las partes podrán modificar las conclusiones de los escritos de calificación y en este caso formularán por escrito las nuevas conclusiones y las entregarán al Presidente del Tribunal, lo que no consta que esto se produjera.

Este reproche del Ministerio Público no puede ser acogido porque en el caso examinado no estamos ante un sumario ordinario, sino ante un Procedimiento Abreviado (n^o 15/2006) para el que rige, a los efectos que nos ocupan el art. 788.3 LECr no exige la formalidad contemplada en el art. 732, para el caso de modificación de las conclusiones provisionales o escrito de defensa.

A tenor del Acta oficial del Juicio Oral, la solicitud por la defensa del acusado de la aplicación del art. 21.2 CP no fue una mera alegación *in voce* expuesta por vía de informe. Se trata de una auténtica pretensión jurídica, como lo es toda aquella solicitud de apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (véase, por todas, STS de 2 de diciembre de 2002) y tal pretensión de naturaleza jurídica se formuló en el tiempo y forma legalmente establecidos en el mencionado art. 788.3 LECr, es decir, después de practicada la prueba y respondiendo a la pregunta formulada por el Presidente del Tribunal sobre si se elevaban a definitivas o se modificaban las calificaciones provisionales; lo que, por otra parte, quedó documento formal y oficialmente en el Acta del juicio.

Siendo ello así, y aunque se pretendiera hacer aplicación del art. 732 LECr, como precepto de aplicación subsidiaria a las disposiciones legales que regulan el Procedimiento Abreviado, consideramos que dicha regla resulta intrascendente en el supuesto examinado, no sólo porque la pretensión de la defensa se formuló en el momento y en la forma procesalmente hábiles, y así quedó documentada, sino porque, en cualquier caso, la protección y garantía de un derecho fundamental como es la tutela judicial efectiva y la defensa del acusado, no pueden quedar supeditados a la observancia de un

exasperado formalismo redundante y superfluo.

El grave defecto de forma en que incurre la sentencia que ahora se recurre no puede tampoco ser remediado en este trance de casación a través del expediente de subsanación de tal irregularidad algunas veces utilizado por esta Sala. En primer lugar, porque esta excepcional posibilidad solamente cabe en aquellos supuestos en los que, junto al motivo por quebrantamiento de forma, el recurrente formula otro motivo de fondo que postula la aplicación de la cuestión omitida en la instancia, lo cual permitiría a este Tribunal a quo dejar sin respuesta, lo que en el caso presente no acaece a tenor de los restantes motivos casacionales formulados en ninguno de los cuales se alude a la atenuante cuya apreciación se propugnó al Tribunal sentenciador (véase STS de 7 de abril de 1997). Y, en segundo término, y a mayor abundamiento, porque al suplir esta Sala al Tribunal de instancia en su función de resolver sobre la concurrencia o no de la grave

drogadicción sin posibilidad de recurrir el pronunciamiento, estaría privando al recurrente de la doble oportunidad de alcanzar su objetivo si la respuesta que diera la Sala *a quo* no le fuera satisfactoria impugnando la misma ante este Tribunal. Por todo cuanto acontece procede estimar el motivo, lo que exime del examen del resto de las censuras que se formulan en el recurso, debiendo devolverse la causa al Tribunal de instancia para que, la Sala *a quo* integrada por los mismos Magistrados y como prescribe el art. 901 bis a) LECr, reponga aquélla al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho, salvando el defecto de razonamiento respecto a la circunstancia atenuante alegada y matizando y explicitando, en su caso, la individualización de las penas impuestas al acusado. Solución que se adopta de conformidad con una reiterada praxis jurisprudencial de la que son exponentes, por todas, las SSTS de 21 de septiembre y 20 de octubre de 1998 y 21 de junio de 1999.

Sentencia 1062/2007, Sala de lo Penal del TS, de 27 de noviembre de 2007

ANÁLISIS DE ADN

Arts. 363 y 778.3.º LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín

SÍNTESIS

Cuestionada por el recurrente la forma en que se realizó la toma de muestras del acusado, la Sala confirma su regularidad sin que sea necesaria autorización judicial por no invadir la integridad corporal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

3. Toda la argumentación se centra en torno a la forma en que se realiza la toma de muestras orgánicas al acusado. No parece

discutirse la pertenencia de las prendas encontradas en el lugar de los hechos.

Suscita, con carácter general, si la huella genética, una vez analizada y codificada, constituye un indicador identificativo no sólo de la persona sino de sus posibles patologías con la consiguiente lesión o deterioro de sus derechos a la intimidad.

(...)

4. No nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma derivada de un acto voluntario realizado por los sujetos objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal.

En estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva. La toma de muestras para el control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible. Los restos de saliva escupidos y la colilla se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada. Sólo se denuncia la ausencia de intervención judicial.

Las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 363 y 778.3.^º) regulan, con rango legal, la obtención de muestras biológicas del sospechoso cuando sean necesarias e indispensables para la determinación de su perfil de ADN, procurando que la necesaria decisión motivada del juez se ajuste a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad.

5. Uno de los aspectos que se denuncian es el relativo a la posible afectación de la intimidad del acusado ya que los perfiles genéticos no solo sirven para la identificación de personas sino que pueden almacenar datos relativos a la salud que son eminentemente sensibles. No cuestionamos esta alegación que admitimos, con carácter general, por su indudable base científica, pero, en el caso presente, se obtuvieron solamente para la identificación a través de una muestra

aleatoria y con fines de investigación de un delito. No consta en las actuaciones que el proceso posterior de almacenamiento incluya datos más allá de los necesarios para las labores de investigación policial. En todo caso, si el almacenamiento de datos excesivos e innecesarios perjudica o contraviene la normativa de la Ley de Protección de Datos será competencia de la Agencia de Protección de Datos investigar el fichero y reducirlo a los términos previstos por la ley. Todo ello para nada afecta a la identificación previa realizada con criterios adecuados, lo que hace innecesaria la autorización judicial al no suponer invasión corporal alguna. Es más, la Orden de 2 de septiembre de 2003 del Departamento de Interior Vasco, limita su finalidad a las actividades de policía científica orientadas a relacionar personas con el espacio físico de la infracción penal.

6. En cuanto a la autodeterminación o *habeas data* informativo creemos que se saca de contexto y no se ajusta a la realidad de lo sucedido en el caso presente. La autodeterminación en la facilitación de los datos es un presupuesto imprescindible que forma parte del derecho fundamental a la libertad y se complementa con otras garantías procesales.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea efectivamente, en su artículo 8, proclama que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal y que sólo podrán ser recogidos mediante su consentimiento o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley.

Si relacionamos este precepto con el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se llega a la conclusión de que la salvaguarda de la intimidad permite la injerencia prevista por la ley o cuando se trate de medidas aceptables en una sociedad democrática para la prevención del delito.

7. La Ley de 13 de diciembre de 1999 de Protección de Datos excluye de su ámbi-

to de aplicación los ficheros y tratamientos establecidos con fines de investigación del terrorismo y formas graves de delincuencia organizada. En todo caso, el hipotético incumplimiento del registro constituye una irregularidad administrativa que, en modo alguno, supone la vulneración de un derecho fundamental que lleve aparajada la nulidad absoluta del análisis practicado.

La orden de 2 de septiembre de 2003 por la que se regulan los ficheros automatizados de datos personales por el Departamento de Interior del Gobierno Vasco, establece un indiscutible marco de regulación de la recogida de muestras genéticas. De modo impecable, respeta el principio de autodetermina-

ción de la persona previo consentimiento informado o, en su caso en virtud de requerimiento judicial. Una vez mas insistiremos en que todo el protocolo seguido para tomar muestras espontáneas y ajenas a cualquier compulsión personal se ha cumplido de forma escrupulosa.

La impugnación de sus resultados sólo es posible sometiendo a una discusión técnico-científica el dictamen analítico y su comparación con la muestra obtenida, en el lugar del delito sobre una prenda que pertenecía a la persona que se vincula directamente con su participación en los hechos delictivos. Esta prueba contradictoria no ha sido solicitada.

Sentencia 922/2007, Sala de lo Penal del TS, de 28 de noviembre de 2007

IMPAGO DE PENSIONES POR QUIEN RESULTA DESPUÉS NO SER PADRE BIOLÓGICO

Art. 227 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín

SÍNTESIS

Condenado dos veces por “impago de pensiones”, se suscita un posterior procedimiento civil que concluye negando al autor su condición de padre biológico. Pese a ello, el Tribunal Supremo niega la revisión de aquellas condenas, entendiéndose que pervivía la obligación de alimentos. Recogemos también un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero y único.—Teniendo en cuenta las especiales características del caso que se somete a revisión, trataremos en bloque las cuestiones jurídicas que se debaten.

1. La parte recurrente sostiene que, admitida la impugnación de la paternidad, de-

cae uno de los elementos que permiten la aplicación del artículo 227 del Código Penal. Según su tesis, la prestación económica que contempla dicho precepto ha de tener como beneficiarios, bien al cónyuge bien a los hijos del que debe satisfacerla, lo que no sucede en el presente supuesto ya que el menor jamás ha sido hijo del solicitante, ha-

biendo sido la filiación nula con todos los efectos que ello implica.

2. Esta afirmación es demasiado tajante, ya que la posterior comprobación de la inexistencia de paternidad biológica produce efectos en determinados aspectos, pero no en la totalidad de las relaciones jurídicas hasta ese momento existentes. El artículo 41 de la Ley de Registro Civil establece que la filiación hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, de sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito. En el caso que nos ocupa, al tratarse de una filiación surgida en el seno de un matrimonio, el Registro determinó la filiación materna y paterna.

Esta realidad jurídica se mantiene intacta y con todos los efectos a ella correspondientes, y así lo establece de forma clara el artículo 50 de la Ley del Registro Civil al disponer que no podrá extenderse asiento alguno contradictorio con el estado de filiación que prueba el Registro mientras no se disponga otra cosa por sentencia firme dictada en juicio declarativo con audiencia del Ministerio Fiscal. Hasta tal punto el efecto es limitado que una vez declarada la inexistencia de filiación matrimonial y, por tanto, detectada una ilegítima, el Registro debe mantener la reserva correspondiente, según el artículo 51, y no podrá librarse certificación que contenga este dato si no es a petición de las personas a quienes directamente afecte o con autorización del Juez de 1.^a Instancia a quienes justifiquen interés especial.

3. Es decir, los efectos de una ilegitimidad declarada con posterioridad, no tiene fuerza expansiva ilimitada y queda enmarcada en la previsión que el artículo 112 del Código Civil. Dicho precepto dispone que la determinación legal tiene lugar, en este caso, desde la inscripción como hijo matrimonial en el Registro Civil. La nueva situación jurídica surge no de la pericia biológica sino de la parte dispositiva de la sentencia del juicio de impugnación de la paternidad, de fecha 14 de diciembre de 2006. Declarada la nulidad de la paternidad, registralmente adjudicada al recurrente, con todos los

efectos que ello implica, se acuerda y se procede a la rectificación de la inscripción de nacimiento en cuanto que la filiación matrimonial allí establecida no se corresponde con la realidad registral.

4. Ahora bien, el artículo 112 del Código Civil no establece una retroactividad absoluta de esta nueva situación. Por un lado mantiene, la validez de los actos otorgados en nombre del hijo menor y no puede alcanzar a las obligaciones derivadas de la patria potestad mantenida durante la vigencia del asiento registral que así lo confirmaba.

5. La posterior separación o divorcio de los padres registrales, llevó consigo la adopción de una serie de medidas previstas legalmente para estos casos, entre ellas, la prestación de pensión alimenticia al hijo menor y así se estableció en el presente caso. El incumplimiento de estas prestaciones es lo que da lugar a la condenas que ahora se pretende revisar.

6. La parte recurrente, al formalizar el Recurso de Revisión alega que el artículo 227 del Código Penal, exige una serie de elementos que supone una restricción del círculo de autores. Añade que nos encontramos ante un delito especial, propio, que sólo puede existir si en el sujeto activo se da esa calidad de progenitor, en la persona obligada a pagar la pensión.

En cuanto a la exigencia de un sujeto activo especial propio, es decir, la existencia o concurrencia de la condición de padre estaba cumplida por la fe registral indestructible sino es por resolución judicial contraria que se produjo por hechos conocidos con posterioridad al agotamiento del delito y declarados, todavía más tarde en sentencia firme.

7. En primer lugar, debemos señalar que el artículo 227 se refiere a las personas que dejaren de pagar la prestación económica a favor de su cónyuge o de sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado. Aunque se trate de un matiz gramatical hay que diferenciar entre el concepto de hijo, condición legal que establecía la fe pública del Registro Civil y progenitor que,

además de la misma significación jurídica, lleva añadida la condición de procreador biológico.

8. El Código Penal no distingue y solo exige la condición de hijo que es la que ostentó el menor durante el tiempo en que se cometieron los hechos que han dado lugar a las condenas que se pretende revisar. El legislador penal ha querido reforzar el cumplimiento de obligaciones que son debidas en función de una resolución judicial perfectamente válida sin perjuicio de que al permitirse la investigación de la paternidad, pueda suceder que, años más tarde, incluso cuando el menor haya alcanzado la mayoría de edad, se determine que la paternidad legal no coincide con la biológica y se acuerde acomodar la realidad biológica y la realidad registral.

9. El Convenio sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, nos recuerda que el niño necesita cuidados y asistencia especiales y la debida protección legal de estos derechos primarios y fundamentales.

El artículo 227 del Código Penal se encuentra en el Título XII que protege como bien jurídico las relaciones familiares y dentro de las obligaciones de prestar y cumplir los deberes familiares prestando asistencia a los menores que la necesitan y que además ha sido fijada por resolución judicial.

10. El recurrente ha recorrido hasta el agotamiento irreversible, todos y cada uno de los elementos del tipo, objetivos y subjetivos, que exige el artículo 227 del Código Penal.

En cuanto a los elementos objetivos, el acusado tenía la obligación de prestar y cumplir con el pago de la pensión por su condición de padre determinado por la inscripción registral e indiscutido en el momento de comisión de los hechos.

El menor cumplía con la condición de hijo determinado legalmente e incluido como sujeto preceptor de la pensión por lo que el impago supuso el abandono de obligaciones familiares tuteladas penalmente.

11. El valor probatorio de los asientos del Registro civil y de sus respectivas certificaciones es algo consustancial al carácter de documento público que tienen, en tanto que autorizados por empleado público competente con las solemnidades establecidas por la ley, según la definición de tales documentos dadas por la ley, según la definición de tales documentos dada por el artículo 1216 Código Civil. Dicho carácter lo reconocen explícitamente el artículo 7 la Ley del Registro Civil y actualmente también el artículo 317. 5.º Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, siendo así que según el artículo 17 Reglamento del Registro Civil “el Encargado y, por su delegación, el Secretario son los únicos funcionarios que pueden certificar de los asientos del Registro”, que como tal “hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten”. Ahora bien, conformarse con este primer estadio equivaldría a quedarse en la mitad del camino, porque lo verdaderamente característico de las inscripciones del Registro civil no es ya el valor probatorio que les corresponde en tanto que documentos públicos, sino que los hechos inscribibles sólo pueden ser probados a través del Registro Civil, constituyendo así una verdad oficial de lo en ellas reflejado, que sólo se puede suplir en los limitados casos que prevé la Ley.

12. Si se mantiene la tesis de que el sujeto activo del delito tiene que ser el padre biológico, cosa que no entra en las previsiones del legislador, podríamos extender esta realidad a toda clase de delitos especiales propios en los que, por ejemplo, un funcionario que carecía de las condiciones legalmente establecidas, comete delitos de prevaricación, cohecho o negociaciones prohibidas a los funcionarios. Ello daría lugar a que si más tarde se demuestra que falsificó o simuló su condición de funcionario habría que revisar y absolver, por evidente inocencia, de los delitos de cohecho o prevaricación cometidos.

La existencia del elemento subjetivo, actuar consciente y deliberadamente, está ro-

tundamente afirmado en las sentencias condenatorias y a ellas nos remitimos.

13. En relación con la estructura del tipo, nos encontramos ante un delito de omisión de cumplimiento de un mandato jurídico que le estaba directamente recordado al notificarle la resolución judicial en la que se le advertía de su obligación de pagar la pensión. Por ello, el mandato jurídico era claro e ineludible. El recurrente sabía y conocía perfectamente que el derecho no le permitía omitir la acción correspondiente. Tenía perfecta conciencia de lo injusto de su negativa a cumplir lo que se le ordenaba sin error posible. Su condición de obligado estaba inexorablemente determinada por su condición de padre, por su conciencia de que éste era su estado y por el mandato judicial.

14. Si se mantiene la postura literalista, habría que revisar la agravante de parentesco, en el caso de que hubiera matado al hijo. Esta posibilidad ha sido rechazada por reiterada y unánime jurisprudencia de esta Sala que, al mismo tiempo, nos recuerda que el supuesto contemplado en el n.º 4 del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exige que la concurrencia de esos nuevos hechos o nuevos elementos de prueba evidencien la inocencia del condenado de forma tan exacta y certera que no permita abrigar duda alguna, resaltando, de una parte el error cometido en la sentencia revocada y de otra la notoria inculpabilidad del condenado.

15. Si no exigimos que los hechos evidencien la inocencia del condenado, acogiéndonos a lecturas textualistas, ajenas al carácter y naturaleza del Recurso de revisión, atenderíamos contra el principio de levedad que se vería ignorado ante un hecho que vulnera inequívocamente el bien jurídico lesionado y lo que es más grave, contra el principio de justicia como valor superior.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
EXCMO. SR. D. JOAQUÍN DELGADO
GARCÍA, CONTRA SENTENCIA NÚM.
922/2007 DICTADA EN EL RECURSO DE
REVISIÓN NÚMERO 20097/2007

De acuerdo con el encabezamiento y antecedentes de la sentencia de la mayoría, no así con sus fundamentos de Derecho ni con el fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Dice así el artículo 954 LECr:

“Habrá lugar al recurso de revisión contra sentencias firmes en los casos siguientes:

4.º Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos nuevos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado.”

Segundo.—Tal ha ocurrido en el caso aquí examinado. Hubo dos sentencias penales condenatorias y firmes que sancionaron a Romeo por sendos delitos del artículo 227 CP al haber dejado de pagar las pensiones alimenticias a que se encontraba obligado en favor de su hijo Guillermo relativas a dos períodos de tiempo diferentes. Conocedor dicho condenado de que no era él el padre del citado Guillermo, inició el correspondiente proceso civil que terminó con sentencia que asimismo alcanzó firmeza que declaró la inexistencia de esa relación de filiación. Esta última sentencia constituye un nuevo hecho que evidencia la inocencia del condenado, esto es, que carecían de fundamento esas obligaciones de pagar las prestaciones económicas por cuyo no abono se condenó al aquí recurrente como autor de dos delitos del referido artículo 227 CP.

Así pues, procede anular las dos referidas sentencias firmes penales por lo dispuesto en el último párrafo del artículo 958 LECr.

Tercero.—Los razonamientos expuestos en la sentencia de la mayoría tienen validez a los efectos meramente civiles, esto es, en cuanto justificación del deber de pago de los alimentos en favor del hijo menor de edad y demás obligaciones inherentes a la patria potestad; pero no pueden aplicarse para justificar los pronunciamientos meramente penales, respecto de los cuales la averiguación de la inexistencia de la paternidad biológica en la que estaba fundada la relación de patria potestad sí ha de producir efecto retroactivo pro reo. El hecho acreditado con posterioridad a las referidas sentencias penales condenatorias, relativo a la menciona-

da falta de paternidad, determina la ausencia de un elemento del tipo del artículo 227 CP por el que se sancionó en tales dos sentencias: no era hijo suyo aquel en cuyo favor el entonces acusado tenía obligación de abonar las correspondientes prestaciones económicas.

El texto del artículo 954.4.º obliga a tal retroactividad penal en beneficio del reo. La verdad material conocida después de tales condenas penales, fundamento de este recurso de revisión en nuestra LECr, así lo requiere.

Por todo ello, procede anular las dos referidas sentencias firmes.

Sentencia 960/2007, Sala de lo Penal del TS, de 29 de noviembre de 2007

CONFORMIDAD Y CONFESIÓN

Arts. 406, 655 y 739 LECrim.

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

SÍNTESIS

Reconocidos los hechos por el acusado al inicio del juicio y manifestada su conformidad con la calificación y pena del Fiscal sin que se desembocara en una sentencia de “estricta conformidad” por no concurrir todos los requisitos del artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no es aceptable una impugnación posterior ante el Tribunal de casación en atención al valor probatorio de la confesión y a la imposibilidad de revisar cuestiones fácticas y jurídicas que fueron aceptadas libremente y sin oposición.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ, por inaplicación del art. 24.2 CE., regulador del derecho a la presunción de inocencia, por cuanto la sentencia recurrida condena al recurrente como autor responsable de un delito de tenencia ilícita

de armas, sin haber realizado un mínimo de actividad probatoria de cargo que determina la culpabilidad del mismo.

(...)

Segundo.—En el caso actual la sentencia de instancia consideró probados los hechos, que en relación al hoy recurrente Pedro

Francisco constituían un delito continuado contra la salud pública de los arts. 368 (sustancia que causa grave daño a la salud), y art. 369.3 (cantidad de notoria importancia) y 6 (pertenencia a una organización), art. 370 (conducta de extrema gravedad), y art. 74 CP., redacción anterior LO 15/2003 de 25 de noviembre, y un delito de tenencia ilícita de armas de los arts. 563 y 564.1.1 CP., por la propia confesión del acusado en el acto del juicio y las periciales del análisis de las sustancias intervenidas y de balística, cuyos contenidos no han sido impugnados.

a) Pues bien, respecto al valor de la confesión es doctrina reiterada y constante la de que obtenida con las debidas garantías legales, constituye prueba idónea y suficiente para estimar enervada la presunción de inocencia (entre otras, SSTS 7 de octubre de 1982, 27 de septiembre de 1983, 25 de junio de 1984, 25 de junio de 1985, 23 de diciembre de 1986, 9 de octubre de 1995, 27 de enero de 1997, 2 de febrero de 1998, 4 de mayo de 1998, 8 de julio de 2002, 12 de mayo de 2003).

Es cierto que son numerosas las sentencias en la que el Tribunal Supremo exige la necesidad de practicar otras pruebas distintas de la confesión que corroboren la veracidad de la misma (STS 26 de diciembre de 1989), pero ello no significa que la confesión por sí sola, carezca de valor probatorio y que deba acreditarse por medio de otras pruebas distintas. Es significativa al respecto la STS 18 de enero de 1989, que distingue entre la prueba de la existencia del delito (cuerpo del delito), y la prueba de la autoría y en la que se afirma expresamente que “si la Ley impone al Juez el deber de verificar la existencia del delito confesado para adquirir la convicción respecto de la verdad de la confesión, es porque sola (la confesión) no es prueba suficiente de la existencia misma del delito (...). El art. 406 LECrim. exige distinguir entre la prueba de la existencia del delito (cuerpo del delito) y de la prueba de la autoría. Solo la primera no puede ser probada exclusivamente por la confesión.

Con respecto a la autoría, por el contrario, la confesión es por sí misma suficiente”. Igualmente la STS 20 de diciembre de 1991 recuerda cierto que el art. 406 LECrim. establece que “la mera confesión del procesado no dispensará al Juez Instructor de practicar todas las diligencias necesarias para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito”, pero la STS de 30 de abril de 1990 precisa el valor pleno de las declaraciones de los acusados, acreditada la existencia del delito o falta, la confesión del acusado puede ser prueba suficiente de su autoría.

En efecto el art. 406 LECrim. no puede ser interpretado como una negación del carácter del medio de prueba que a la confesión indudablemente corresponde, sino como una afirmación del mismo. Por tanto, la confesión, en un correcto entendimiento de dicho precepto, no será idónea, en principio para probar el cuerpo del delito que no consta por otros medios de prueba. Pero constando el cuerpo del delito (en el caso de autos la pistola semiautomática, marca “Gaspar Arrizaga”, modelo 1915, con n.º de serie NUM019, recamerada para cartuchos 7,65x17 mm. Browning), la confesión puede, por sí misma, ser prueba suficiente de la autoría.

(...)

Siendo así una lectura del acta del juicio oral permite constatar que el letrado del hoy recurrente Pedro Francisco mostró su conformidad con los hechos, calificación jurídica y penas solicitadas por el Ministerio Fiscal y el referido acusado al ser interrogado por el Ministerio Fiscal, manifestó que reconocía los hechos que aparecían en el escrito de acusación, lo que implicó que por las partes no se continuara su interrogatorio.

Es cierto que dada la pena que por el delito contra la salud pública se solicitaba a este acusado, superior a la prevista en el art. 655 LECrim. unido a que dos de los procesados no se conformaron con los hechos y la autoría impidió el dictado de una sentencia de estricta conformidad, por su “conformi-

dad” del acusado, corroborada por la actividad probatoria de su escueta declaración, reconociendo los hechos, supone que éstos sean “aceptados como existentes”. Con independencia de que tal “aceptación” no corresponda siempre y en todo caso a la verdad histórica, lo cierto es que supone una declaración de voluntad que en primer y decisivo término obtura *ea ipsa* la posibilidad de que la acusación produzca prueba de signo incriminatorio o de cargo y por ello produce en la instancia una preclusión para el acusado de poder alegar en otro grado jurisdiccional la ausencia de aquélla, que es en definitiva el sustrato esencial sobre el que descansa, como reaccional que es, el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y en consecuencia no cabe alegar en casación tal vulneración cuando fue el acusado mismo quien impidió tal producción de prueba (SSTS 326/1995, de 8 de marzo; 122/1997, de 4 de febrero). Criterio que se apoya en la consideración de que esa conformidad del acusado, garantizada y avalada por su letrado 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 consideración pueden concretarse en tres (SSTS 12 de julio de 2006, 6 de abril de 2001 y 2 de enero de 2001).

1) el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente sin opo-

sición y con el asesoramiento jurídico necesario.

2) el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla *pacta sunt servanda*; que se conculcaría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado.

3) 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.

No otra cosa acaeció en el caso presente en el que tras haberse conformado su letrado con la calificación y penas solicitadas por el Ministerio Fiscal, que habían sido rebajadas de forma considerable y manifestar el acusado su conformidad con los hechos es solo en el trámite del art. 739 LECrim. cuando el acusado, por vez primera en el acto del plenario manifestó que en el asunto de las armas no las había visto en su vida, ni el trámite este que por su propia naturaleza y momento procesal tras la práctica de la prueba e informes de las partes, impide que esas manifestaciones sean sometidas a debate por las partes, pues si fuera así, es claro que lo dicho por el acusado dejaría de ser la última palabra para convertirse en una más de sus declaraciones ante el Tribunal.

El motivo por lo razonado, debe ser desestimado.

Sentencia 1021/2007, Sala de lo Penal del TS, de 3 de diciembre de 2007

INCENDIO

Arts. 16, 266 y 351 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se plantean dos cuestiones problemáticas en el delito de incendios: el momento consumativo y el sentido de la remisión al artículo 266 del Código Penal (daños), cuando no se pone en peligro la vida o la integridad física de las personas; en particular, si cabría, en este caso, degradar el hecho a falta en razón de la cuantía de los daños irrogados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La sentencia de instancia condenó al acusado como autor de una falta contra el patrimonio por daños causados mediante incendio a la pena de veinte días de multa. El importe de los daños causados no pudo ser determinado adecuadamente, entendiéndose el Tribunal provincial que no superaban los 400 euros, y que la remisión del artículo 266 al 263 implica el reconocimiento del citado límite cuantitativo para considerar los hechos como constitutivos de delito, siéndolo de falta en otro caso. Contra la sentencia interpone recurso el Ministerio Fiscal que interesa la aplicación del artículo 351.2 en relación con el artículo 266.1, ambos del Código Penal, sosteniendo que en todo caso el hecho debe ser considerado constitutivo de delito y no de falta.

1. El artículo 351 del Código Penal sanciona a quienes provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o la integridad física de las personas. La existencia del referido peligro, por lo tanto, es un elemento del tipo objetivo. No lo es sin embargo una determinada cuantía del daño causado con el incendio, que resulta irrelevante ante la existencia del tal peligro.

En el apartado segundo, dispone que cuando no concurra el peligro para la vida o la integridad física de las personas, los hechos se castigarán como daños previstos en el artículo 266. El alcance de la remisión es dudoso, pues no queda del todo claro si implica un cambio en la naturaleza de la in-

fracción o si solamente se hace a efectos penológicos. No obstante, puede entenderse que no se modifica la naturaleza del delito, pues su definición permanece entre los de peligro, encuadrados dentro de los que protegen la seguridad colectiva, bien jurídico que, aunque de escasa concreción y susceptible de ser afectado por una gran variedad de acciones, hace referencia a la protección de otros bienes distintos, de carácter individual, pero que se relacionan con la seguridad material de la colectividad. Consecuentemente, aun cuando no sea apreciable un peligro para la vida o la integridad física, siempre será exigible al menos un peligro potencial para otros bienes, susceptible de ocasionar una alteración en la seguridad colectiva.

De otro lado, en el artículo 266, que es un delito contra el patrimonio, afectado por lo tanto por la entidad o cuantía del perjuicio causado, también se menciona el incendio como medio comisivo agravatorio, junto con otros medios de similar potencia de creación de riesgos, y unido a un supuesto diferente relativo a la puesta en peligro de la vida o la integridad física. De su regulación se desprende que cuando mediante incendio se ponga en peligro la vida o la integridad física de las personas, se aplicará el artículo 351.1; cuando se causen los daños de los artículos 263, 264, 265, 323 y 560 mediante incendio, provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, se impondrán las penas previstas en cada caso en el artículo 266; cuando se ponga en peligro la vida o la inte-

gridad física al causar daños de los previstos en los artículos citados provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, se impondrán asimismo las penas previstas en cada caso en el artículo 266; y cuando además de utilizar estos medios comisitos se ponga en peligro la vida o la integridad física de las personas, la pena se impondrá en su mitad superior.

2. De todo ello se deriva que la cuestión que se viene a plantear radica en determinar si la remisión efectuada en el artículo 266.1 al artículo 263 implica que, en todo caso, la provocación de un incendio supondrá la imposición de la pena correspondiente al delito, contemplada en el mismo, con independencia de la cuantía de los daños causados, o si, por el contrario, si ésta es inferior a 400 euros la infracción debería ser considerada falta, tal como se entiende en la sentencia impugnada, pues el artículo 263 castiga los daños causados en propiedad ajena que no estén comprendidos en otros preceptos del Código, siempre que excedan de 400 euros. La duda se centra en si al referirse el artículo 266 a los daños del artículo 263 lo hace solo a los causados en propiedad ajena no contemplados en otros preceptos, como tipo residual, o si también se refiere a estos cuando, además, la cuantía exceda de 400 euros, es decir, excluyendo aquellos que serían constitutivos de una falta del artículo 625.1.

La dificultad de interpretación de estos preceptos se hubiera evitado si el legislador hubiera procedido a establecer en el artículo 351.2 la pena correspondiente al delito de incendio cuando no existiera peligro para la vida o la integridad física de las personas, teniendo en cuenta expresamente otra clase de peligro, en cuanto que se trata de un delito contra la seguridad colectiva, sancionándolo de otra forma cuando tal peligro no existiera.

En cualquier caso, la agravación de las penas básicas del artículo 263 hasta una pena privativa de libertad comprendida entre uno y tres años prevista en el artículo 266.1,

debe encontrar explicación en las previsiones contenidas en éste, todas las cuales se sitúan en la ley al mismo nivel agravatorio. De ellas, algunas se refieren al modo comisivo, en atención a su especial peligrosidad, lo cual teóricamente no impediría tener en cuenta la cuantía para distinguir entre delito y falta. Así ocurre cuando se refiere a daños causados mediante incendio, o provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva. Pero la última previsión, del mismo nivel que las anteriores, según la cual la agravación tiene lugar cuando, con independencia del modo de ejecución empleado, se causa el daño poniendo en peligro la vida o integridad de las personas no puede compaginarse con una consideración a la cuantía del daño efectivamente causado, pues este dato resulta absolutamente irrelevante ante la consideración a aquel peligro. Sucede así, que los daños del artículo 263, cuando se cometan poniendo en peligro la vida o la integridad física de las personas se castigarán conforme al artículo 266.1, con independencia de la cuantía, pues el dato típico determinante es la creación del peligro. Se trata, por lo tanto, de infracciones en las que el bien jurídico protegido no es solamente el patrimonio, sin perjuicio de la corrección sistemática de su ubicación. Situadas las demás previsiones de agravación al mismo nivel de consideración, como se ha dicho, no se justificaría un tratamiento distinto a unas y otras en función del daño efectivamente causado, pues no es ese dato el que la ley tiene en cuenta para establecer una sanción más grave.

3. Sin embargo, no sería posible una aplicación automática del artículo 266, solo en atención a la concurrencia formal del empleo de un determinado medio, siendo por el contrario exigible una comprobación de la concurrencia de las condiciones que justifican la agravación, es decir, de la existencia de un peligro, debido precisamente al medio empleado. Es cierto, como se acaba de decir, que la agravación se justifica en el empleo de medios de ejecución que por sí mismos son especialmente peligrosos. Pero pre-

cisamente por ello, deberán excluirse de la aplicación del precepto aquellos supuestos en los que, además del daño causado, no es posible apreciar ningún peligro, pues entonces carece de justificación la agravación. Los delitos contra el patrimonio tienen en cuenta principalmente el daño causado. También pueden atender, como ocurre en estos casos, al peligro existente a causa de la forma o el medio de causación, pero si tal peligro no es apreciable dadas las circunstancias, solo se debería atender a la entidad del daño. Tomando por ejemplo el incendio, bajo tal denominación no podría englobarse cualquier utilización del fuego, olvidando el peligro creado. Son perfectamente imaginables supuestos de daños causados en propiedad ajena por la utilización del fuego que no integren el concepto de incendio: la quema de un objeto material de ajena pertenencia en medio de una plaza desierta, excluyendo todo riesgo de propagación, supone indudablemente la causación de unos daños por medio del fuego, pero no podría calificarse el hecho como la provocación de un incendio. En este sentido, el DRAE define el incendio, en su primera acepción, como fuego grande que destruye lo que no debería quemarse, excluyendo, del concepto por lo tanto, otros posibles usos del fuego aun cuando también sean causantes de alguna clase de daño patrimonial.

Otro tanto ocurre con las demás previsiones del artículo 266, en las que se contienen agravaciones de la pena en atención a un medio comisivo especialmente peligroso o a la puesta en peligro de la vida o la integridad de las personas, supuestos en los que el peligro generado por la acción no solo afecta a bienes materiales.

4. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre estas cuestiones en varias sentencias.

La STS n.º 977/2006, de 11 de octubre, sancionó a la acusada como autora de un delito de daños del artículo 266.1.º a pesar de que los daños causados mediante el incendio habían sido tasados en 300 euros, aunque no se planteó la cuestión relativa a la posibilidad de sancionar los hechos como constituti-

vos de una falta. Según el hecho probado, la acusada se situó junto a la entrada de la casa (...) y, con ánimo de prender fuego al inmueble y sabedora de que sus moradores se hallaban en su interior, roció con una mezcla de gasolina y aceite mineral las dos ventanas de la fachada, sustancia que hizo arder, y al ser sorprendida por el matrimonio que habita la casa, compuesto por Amparo y Jesús María, se retiró apresuradamente a su domicilio. Dicho matrimonio sofocó el incendio, evitando así su propagación. Las dos ventanas resultaron dañadas y el coste de su reparación ascendió a 300 euros. Se razona en la sentencia que en casos de aplicación del art. 351.2.º será de aplicación el tipo básico del art. 266.1.º con lo que el incendio sin riesgo para la vida o integridad física debe ser sancionado con pena de uno a tres años de prisión, penalidad prevista para el delito de daños que como ya antes se ha razonado que está más acorde al desvalor de la acción y del resultado. En el caso que se estudia el resultado se saldó con unos daños valorados en trescientos euros, y en cuanto al riesgo no existió. Asimismo se recuerda que el delito de incendio ha sido calificado generalmente por nuestra jurisprudencia “como un delito de riesgo al mismo tiempo abstracto y concreto, abstracto porque por su propia naturaleza lleva ínsito un riesgo de propagación y por tanto sus consecuencias son difícilmente previsibles. Pero también peligro concreto por el riesgo que puede suponer para las personas que puedan estar en su interior”.

Otro tanto ocurre en la STS n.º 1132/2005, de 7 de octubre, en la que también se condena por un delito del artículo 266, excluyendo la condena por falta, a pesar de que los daños causados habían ascendido a 204,8 euros.

Por el contrario, en la STS n.º 1186/2005, de 14 de octubre, en línea con la tesis sostenida en la presente, se sancionaron los hechos como constitutivos de falta. Según el relato de hechos probados, el procesado “roció con gasolina parte del jardín exterior del albergue municipal de Santa Cruz de Tenerife, donde se encontraban algunas personas

con las que momentos antes había mantenido una discusión. Tras prender fuego a la zona donde había gasolina con un mechero, arden plantas y algunas de las pertenencias (cartones y mantas) de los que allí se encontraban y que se habían alejado previamente al observar la actitud del procesado. Avisado el vigilante de seguridad del albergue, éste (Alfonso) sofocó el fuego sin que hubiera alcanzado a persona alguna”. Supuesto en el que, claramente se excluye cualquier clase de riesgo más allá del daño efectivamente causado.

Entonces se razonó de la siguiente forma: Sabido es que este tipo privilegiado de incendio —cuando no ha existido peligro para la vida o integridad de terceros— deriva la pena a la correspondiente al art. 266 del Código Penal —daños mediante incendio—, y, a su vez, remite al delito de daños del art. 263 evidentemente, el doble reenvío que se efectúa desde el art. 351 del Código Penal al 266, y de este al art. 263 —daños mediante incendio— requiere y exige una entidad del incendio, que aún no existiendo peligro para la vida o integridad física de las personas tenga una consistencia o intensidad tal que aparezca proporcionada a la condición de delito y de la pena a imponer —de seis a veinticuatro meses de multa—; el propio art. 266 se refiere a incendio o explosión o utilización de otro medio de singular potencia. Ello tendría por consecuencia que en tales casos no cabría la degradación a falta cualquiera que fuese la cuantía de los daños causados, y por tanto, no siendo aplicable la limitación cuantitativa de la barrera de los cuatrocientos euros de daños, en tal sentido, STS 1132/2005, de 7 de octubre, en un caso de incendio causado en las dos puertas de una vivienda.

La exclusión implícita del peligro a causa de la entidad mínima del incendio, justificó entonces la sanción como falta.

(...)

Segundo.—(...)

1. La tentativa requiere la existencia de un plan del autor orientado al cumplimiento

del tipo; el inicio de actos exteriores de ejecución; y que el resultado no se produzca por razones independientes de su voluntad. La jurisprudencia ha admitido la tentativa en el delito de incendio. En la STS n.º 443/2005, de 11 de abril, con cita de otras de esta Sala, aunque referida al artículo 351.1.º, se argumentaba que el delito de incendio del artículo 351 del Código Penal “ha sido configurado por esta Sala como un delito de peligro abstracto, (STS núm. 1342/2000, de 18 de julio; STS núm. 1585/2001, de 12 de septiembre; STS núm. 2201/2001, de 6 de marzo de 2002; STS núm. 753/2002, de 26 de abril), aunque más modernamente se ha precisado su conceptualización como delito de peligro hipotético o potencial. Como se dice en la STS núm. 1263/2003, de 7 octubre, “en estas modalidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro”. En consecuencia, el delito deberá considerarse consumado cuando el fuego se haya iniciado en condiciones que supongan ya, desde ese momento, la existencia del peligro para la vida o la integridad física de las personas, aun cuando la intervención de terceros impida su concreción y desarrollo efectivos. Entre esas condiciones deberán examinarse las relativas a las posibilidades de propagación. La tentativa sólo será posible cuando mediando un principio de ejecución no se haya iniciado el incendio, o, como supuesto límite, cuando, aun iniciado el fuego, lo haya sido en condiciones tales que, objetivamente valoradas, permitan su extinción de forma inmediata, conjurando así el peligro que de otra forma sería capaz de generar la acción. En sentido similar la STS núm. 1263/2003, antes citada”.

Sentencia 1094/2007, Sala de lo Penal del TS, de 27 de diciembre de 2007

PRINCIPIO ACUSATORIO. HOMOGENEIDAD ENTRE TENTATIVA DE HOMICIDIO Y AMENAZAS

Art. 24 CE

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manmuel Maza Martín

SÍNTESIS

Tras resumir la doctrina jurisprudencial relativa al principio acusatorio, entiende el Tribunal Supremo (a diferencia de la Sala de instancia) que aquél no aparece lesionado si se condena por amenazas condicionales, siendo la acusación de homicidio intentado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El segundo Recurso, interpuesto en este caso por el Fiscal, con apoyo en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiere a la infracción de Ley consistente en la indebida inaplicación del artículo 169.2 del Código Penal, que tipifica el delito de amenazas, al considerar que aunque dicho tipo penal no forma parte de la acusación, actuó incorrectamente la Audiencia al afirmar que dicha infracción se había cometido pero que tenía vedada su sanción al haberse interesado tan sólo la condena por un delito de homicidio intentado.

En este sentido, con el ya referido obligado respeto a la intangibilidad de los hechos declarados como probados por la Resolución de instancia, hemos de concluir, al igual que el Tribunal *a quo*, en la conclusión de que en los mismos se describe el delito de amenazas que postula el Fiscal en su Recurso, pues es obvio que disparar con un arma de fuego en dirección a unas personas con las que se mantiene un fuerte enfrentamiento

supone la ejecución de una conducta ilícita caracterizada por integrar la amenaza de un mal que constituye delito contra la vida o integridad física de aquellas (art. 169 CP), de la suficiente gravedad como para superar el límite de la simple falta descrita en el artículo 620.1.º.

La cuestión, por tanto, se circunscribe a determinar si, en efecto y como sostiene el recurrente, dicha calificación puede alcanzarse a partir de la pretensión relativa a la existencia de una tentativa de homicidio o si, por el contrario, de acuerdo con el criterio de la Audiencia, ello vulneraría el principio acusatorio y, en definitiva, el derecho de defensa del acusado.

Y es que, como es sobradamente conocido, el principio acusatorio, rector de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, de acuerdo con lo que reiterada Jurisprudencia afirma, consiste, en realidad, en el respeto al derecho de toda persona a conocer con exactitud la acusación formulada contra ella, íntimamente vinculado, por tanto, con el fructífero ejercicio del derecho de defensa, de modo

que resulte imposible que el Juez condene por infracciones que no han sido objeto de acusación, o por un delito más grave de aquel por el que se acusó, o distinto de éste, salvo que ambos, el que es objeto de acusación y el sancionado, guarden tal relación de homogeneidad en sus elementos integrantes que, verdaderamente, no haya duda de que la Defensa pudo ejercerse con la exigible suficiencia, respecto de la infracción en definitiva objeto de castigo, o aplicando circunstancias agravantes o subtipos agravados no invocados por la Acusación. Impidiéndose, en definitiva, la posibilidad real de defenderse a quien ignora o considera lógicamente innecesario que deba hacerlo respecto de un determinado extremo gravoso para él (SSTS de 29 de mayo de 1992 y 16 de mayo de 1995, entre otras, y la del TC de 19 de abril de 1993, por ejemplo).

En el presente caso lo cierto es que dicho acusado pudo defenderse perfectamente, en el terreno de lo fáctico, de las imputaciones relativas a la ilicitud de la conducta llevada a cabo por él y buena prueba de ello es, precisamente, el que tras la oportuna actividad probatoria y el debate contradictorio correspondiente, la Audiencia pudiera llegar a confeccionar un relato de hechos como el que figura en su Resolución.

Mientras que por lo que se refiere a la homogeneidad o no de ambas infracciones: el homicidio intentado objeto de acusación y las amenazas cuya condena aquí se interesa, baste recordar el contenido de la doctrina de esta Sala, como la incorporada a la Sentencia, citada por el Fiscal, de 14 de febrero de 2003, para concluir en la atribución de ese carácter homogéneo a ambos ilícitos y, por consiguiente, de la posibilidad de condena por el delito de amenazas.

Además de la referida Sentencia y la anterior de 22 de diciembre de 2000, de sentido semejante ambas, también dice la más reciente de 9 de junio de 2003:

“Una constante y sólida doctrina jurisprudencial, reflejada en las SSTC 83/1983, 134/1986, 17/1988, 168/1990, 11/1992 y

277/1994 y en las SSTS 2.^a de 14 de noviembre de 1986, 15 de julio de 1991, 25 de enero de 1993, 7 de junio de 1993, 649/1996, 489/1998, 1176/1998, 512/2000, 1298/2000 y 1986/2000 entre otras muchas, enseña que la vigencia y efectividad del principio acusatorio, del que forma parte inescindible el derecho a ser informado de la acusación, es una de las garantías sustanciales del proceso penal y, en su virtud “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria” —STC 277/1994— pues «el derecho a ser informado de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa en el proceso penal». La efectividad del principio acusatorio exige —se dice en la STC 134/1986— “que el hecho objeto de la acusación y el que es la base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la calificación de la Sentencia”. La doctrina de esta Sala —SS de 10 de octubre de 1986, 28 de febrero de 1987, 10 de abril de 1989, 25 de junio de 1990 y 7 de marzo de 1991, entre otras— y también la del TC en algunas de las sentencias ya mencionadas, ha incorporado a las exigencias del principio acusatorio que el delito por el que se condena no esté castigado con pena más grave que el que fue objeto de acusación —lo que siempre fue un quebrantamiento de forma susceptible de servir de base a un recurso de casación— y que, en el caso de que estuviese castigado con pena igual o menor, exista homogeneidad entre uno y otro. En relación con esta última condición, se ha dicho que «no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo señalado en la sentencia, siendo inocuo el cambio de calificación si existe homogeneidad». Esta homogeneidad puede ser afirmada cuando, de un lado, el bien jurídico protegido es el mismo en el delito por el que

se acusó y en el delito por el que se condena y, de otro, cuando el acaecer histórico es común en el relato fáctico de la calificación de la acusación y en el de la sentencia, de suerte que en el segundo no se haya incluido dato alguno, relevante para la subsunción, que no estuviera ya en el primero.

Más recientemente, la STS 1954/2002 ha insistido en que “el principio acusatorio constituye un presupuesto básico del enjuiciamiento penal, aún cuando no esté proclamado con tal denominación en el art. 24 de la Constitución, que lo que recoge es únicamente la manifestación de su contenido esencial, consistente en el derecho a ser informado de la acusación formulada. Derecho de información que implica necesariamente la debida congruencia entre la acusación de la que se informa y el fallo que pueda dictarse. Por ello el contenido esencial del principio acusatorio se concreta en la necesidad de que se formule acusación por una parte ajena al Órgano Jurisdiccional y que éste se mantenga en su enjuiciamiento dentro de los términos fácticos y jurídicos delimitados por dicha acusación o los introducidos por la defensa. Ello implica que no se puede condenar por unos hechos sustancialmente distintos de los que han sido objeto de acusación, ni por un delito más grave ni por circunstancias agravantes, grados de perfeccionamiento y grados de participación más severos”. En esta misma línea de relacionar el contenido esencial del principio que nos ocupa con los derechos a ser informado de la acusación y la defensa, la STC 278/2000 tras reiterar anteriores pronunciamientos, añade “también hemos destacado el necesario carácter real y efectivo de la lesión al derecho fundamental de defensa para que pueda extraerse de ella relevancia constitucional, por lo que lo decisivo a la hora de enjuiciar la posible vulneración del principio acusatorio por esta razón no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, es decir el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos

declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación”.

A la luz de esta doctrina y en trance de dar respuesta a la pretensión deducida en el recurso, debemos preguntarnos si los hechos declarados probados en la Sentencia —en los que, como hemos dicho, concurren cuantos elementos integran el delito de amenazas— fueron objeto de imputación ante el Tribunal de instancia y pudieron ser, por ello, debatidos por las Defensas. La respuesta debe ser afirmativa. En primer lugar, las palabras y actos amenazadores, proferidas aquéllas y realizados estos, por los procesados Juan Alberto y Carlos Miguel el día de autos, cuando se dirigieron contra Ramón después de interceptar con su vehículo la marcha del de éste y provocar la colisión de ambos, se encuentran entre los hechos relatados por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación en los términos a que hicimos referencia al comienzo de esta fundamentación, por lo que no se puede decir que dichos procesados no se pudieron defender de tales imputaciones. Que aquellas amenazas fueron, por otra parte, el acto final de una concatenación de hechos producida según el plan ideado e impulsado por Rodrigo, secundado y concretado por Íñigo y materialmente ejecutado por Juan Alberto y Carlos Miguel, es algo que claramente se desprende de los escritos de conclusiones provisionales y definitivas de los dos últimos —la realidad de las amenazas de que fue finalmente objeto Ramón, no admitida en dichos escritos pero sí sostenida por el Fiscal, pudo ser racionalmente declarada probada por el Tribunal de instancia valorando el conjunto de la prueba— de suerte que la existencia de una

trama orientada al amedrentamiento de la víctima, tal como aparece descrita en el factum de la Sentencia recurrida, fue sometida a debate contradictorio en la instancia por haber sido introducida en el mismo, no precisamente por las Acusaciones, que imputaban a todos los procesados haber participado en la ejecución de un plan para asesinar a Ramón, sino por algunas de las Defensas que, aun sin reconocer se hubiese cometido un delito de amenazas, relataron los hechos de forma no muy distinta a como lo ha hecho el Tribunal en la declaración probada de la Sentencia recurrida. Y si lo decisivo, a la hora de apreciar si hay o no efectiva vulneración del principio acusatorio, es verificar si en los hechos en que se funda la condena hay elementos que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la Defensa, debe tenerse por indiferente que la presencia de los elementos de hecho realmente debatidos tenga su origen en la imputación formulada por la Acusación o en la narración alternativa propuesta por la Defensa. Esta última reflexión nos lleva a concluir que tampoco hubiese supuesto una vulneración del principio acusatorio la condena de los procesados Íñigo y Rodrigo como responsables, en concepto de inductores de distinto grado, de un delito de amenazas, porque los hechos declarados probados que pudieron servir de fundamento a la condena de los dos fueron relatados en las conclusiones de defensa del primero e introducidos, de esta manera, en el debate celebrado ante el Tribunal de instancia. Este, en consecuencia, no declaró probados hechos no que hubieran sido imputados o que no hubiesen sido reconoci-

dos por los acusados, esto es, hechos que no hubiesen sido debatidos en el juicio oral. Todos los que declaró probados habían sido objeto de debate de una u otra forma. Con independencia de que pueda establecerse, en determinados supuestos, una relación de homogeneidad entre un homicidio intentado y unas amenazas —la hemos reconocido puntualmente en las Sentencias 1986/2000 y en la más reciente 1875/2003, aunque cuidando de advertir en la primera que esta doctrina no es fácilmente aplicable en términos de generalidad— entiende la Sala que no hubiese resultado violado, en este caso, el principio acusatorio declarando culpables a los procesados de un delito de amenazas no condicionales porque pudieron defenderse en la instancia de todos los hechos, integrantes de dicha infracción, que han sido declarados probados en la Sentencia recurrida. Y si el principio acusatorio no hubiese sido violado con dicha condena, porque los procesados estaban informados de los hechos que la podían fundar y pudieron defenderse frente a ellos, el pronunciamiento de una sentencia absoluta del delito de asesinato en grado de tentativa, no acompañado de la condena por un delito de amenazas no condicionales, en cuyo tipo los hechos probados eran plenamente subsumibles, debe ser considerado infracción del art. 169.2.º CP que será corregida en la segunda Sentencia que a continuación dictaremos.”

Por todo ello este Recurso ha de estimarse, con dictado a continuación de la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se extraigan las consecuencias punitivas de una tal estimación.

Sentencia 1030/2007, Sala de lo Penal del TS, de 4 de diciembre de 2007

ATENTADO A MÉDICO DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

Art. 550 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Se trata de la sentencia relativa a una agresión, causando lesiones, a un médico del Servicio Público de Salud. La Audiencia condenó sólo por las lesiones, absolviendo del atentado, sentencia casada por ésta del Tribunal Supremo, que se extiende sobre la aplicabilidad del delito de atentado. Recogemos también un voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

1. Abandonada la conceptualización del bien jurídico protegido por el delito de atentado como referencia al principio de autoridad, se ha identificado aquél con el orden público, entendido como aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales. En definitiva, se sancionan a través de esos preceptos los hechos que atacan al normal funcionamiento de las prestaciones relativas al interés general que la Administración debe ofrecer a los ciudadanos. Aun cuando la mención a las autoridades y a sus agentes como sujetos pasivos pudiera dar a entender que el delito de atentado se refiere exclusivamente a actos dirigidos contra quienes se caracterizan por tener mando o ejercer jurisdicción o contra quienes actúan a sus órdenes o bajo sus indicaciones (artículo 24 del

Código Penal), la consideración de los funcionarios públicos como tales sujetos pasivos, amplía necesariamente al ámbito de estos últimos. Una limitación en atención al cumplimiento de funciones derivadas de resoluciones en las que se actúe con tal mando o jurisdicción, no encuentra precedentes definitivos en la jurisprudencia, que, por el contrario, se ha orientado a considerar como sujetos pasivos a los funcionarios públicos en cuanto vinculados al cumplimiento o ejecución de las funciones públicas antes referidas.

El sujeto pasivo del delito de atentado son las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos.

La jurisprudencia ha señalado que el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del Código Penal, según el cual “se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”, es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro

del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo. Por el contrario, se trata de un concepto más amplio que éste, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo, (STS n.º 1292/2000, de 10 de julio; STS n.º 68/2003, de 27 de enero; STS n.º 333/2003, de 28 de febrero y STS n.º 663/2005, de 23 de mayo), e incluso de la clase o tipo de función pública. Se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto «nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo». Así, se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se reconoce con arreglo a los criterios expuestos tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas desarrolladas por quienes participan en ella, como en aquellos otros casos en los que son acciones de los particulares las que, al ir dirigidas contra quienes desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos. A través, pues, de la incidencia del concepto, se defienden tanto los intereses de la Administración como los de los ciudadanos.

2. En cuanto al concepto de función pública, la doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación. Desde un punto de vista formal se ha entendido que se calificarán como funciones públicas las actividades de la Administración sujetas al Derecho público; teniendo en cuenta las finalidades con las que se ejecuta la actividad, se ha sostenido también que serán funciones públicas las orientadas al interés colectivo o al bien común, realizadas por órganos públicos.

La jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos.

Así, en la STS n.º 1292/2000, se dice que “lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública”. En la STS n.º 68/2003, luego de referirse a las funciones públicas del Estado, entidades locales y administración institucional, afirma que “cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública”. También en este sentido la STS n.º 1590/2003, de 22 de abril de 2004. También en la STS n.º 866/2003, de 16 de junio, se entendió que lo “verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicio públicos”.

En la STS n.º 876/2006, de 6 de noviembre, que confirmó la sentencia por un delito de atentado del que fue víctima el Director-Conservador de un Parque Natural, designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural, se afirmó que “la jurisprudencia exige, para la determinación de la función pública, la existen-

cia de un órgano estatal que realiza un acto que consigue finalidades públicas, y no privadas, y dirigidas al bien común. Desde esa perspectiva, la Jurisprudencia ha considerado como funciones públicas, las que afectan a la cultura, a la Hacienda Pública, a la enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc., y, consecuentemente, funcionarios públicos, a quienes desarrollan funciones del Estado, en un sentido amplio. Para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a las potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc. Criterio que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas”.

3. La jurisprudencia ha considerado que participa del ejercicio de funciones públicas, y en atención a su nombramiento debe ser considerado funcionario público, el Presidente de una sociedad cuyas funciones consistían en la preparación de la venta de una empresa pública, garantizando, a través de una sociedad estatal, que la privatización se realizaba con respeto a los intereses generales, (STS n.º 1590/2003); el asalariado de la administradora que llevaba de hecho la gestión de la administración de lotería, (STS n.º 1544/2004, de 23 de diciembre); un farmacéutico titular, “en cuanto siempre está en relación con los correspondientes Organismos Públicos del área de salud respecto a los asegurados”, (STS n.º 576/2002, de 3 de setiembre), precisándose más adelante en esta Sentencia que “su función, como dis-

pensador de productos médicos a través de la Seguridad Social, ya central, ya autonómica, le hace merecedor de esa consideración funcional definida en el artículo 119 del Código Penal de 1973 en cuanto tal función la ejercía por la simple designación como Farmacéutico Titular, con todos los beneficios y todas las obligaciones que tal cargo supone”; un médico de la Seguridad Social, (STS n.º 2361/2001, de 4 de diciembre), considerando que “dicha actividad por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, provincia o municipio, o entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los servicios de la Seguridad Social, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados con la Administración Pública”, recordando esta sentencia además, que “la cualidad de funcionario público de los médicos y enfermeros de la Seguridad Social ha sido declarada en sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 1973, 15 de junio de 1979 y 7 de abril de 1981, y, entre las de recientísima fecha, cabe citar la de 7 de noviembre de este mismo año 2001”; los miembros de la Junta de Gobierno de un Colegio de Diplomados en Enfermería, citando la STS de 10 de octubre de 1997, en la que esta Sala ha considerado que ostentan la cualidad de funcionarios públicos, en tanto que dicho “Colegio es una corporación de derecho público que ejerce funciones públicas pues tiene competencias de inspección administrativa y sus actos son recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo” (STS n.º 789/2001, de 10 de mayo).

En otras ocasiones, ya en relación con delitos de atentado, la STS de 26 de febrero de 1991 confirmó la condena por atentado contra un Catedrático de Universidad al ser agredido por un alumno al que había suspendido. Y la STS de 22 de julio de 1988, por atentado contra funcionarios integrantes de una Comisión de una Cámara Provincial Agraria; en la STS n.º 1183/1993, de 20 de mayo, confirmando una condena por dicho

delito de atentado, se consideró funcionario público a la víctima, médico de la Seguridad Social, argumentando que la “actividad funcional pública debe referirse a ejercitar alguna actividad que por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, Provincia o Municipio, o Entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los Servicios de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados a la Administración pública. Concretamente, la Sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1973, estimó que un médico de la Seguridad Social es funcionario público a efectos del art. 119 del Código Penal, y las de 15 de junio de 1979 y 7 de abril de 1981, declararon que los farmacéuticos, médicos y enfermeras que por disposición legal se incorporan a la prestación de un servicio social a cargo del —antiguo— Instituto Nacional de Previsión, que depende del Estado, les otorgan los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de funcionario público, y ello aunque la jurisdicción laboral sea la competente para entender de las cuestiones contenciosas que surjan entre ellos, lo que no obsta a tal consideración de funcionarios públicos a los fines de la legislación penal”. En la STS de 7 de abril de 1981 que se cita en la anterior, declaraba de forma terminante que “... legalmente funcionario público es el que por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente participa del ejercicio de funciones públicas (art. 119) siendo el Médico adscrito a un servicio como la Seguridad Social, hombre dedicado a velar por función tan importante, como la salud pública”. Y la STS n.º 876/2006, de 6 de noviembre, antes citada, confirmó la condena por delito de atentado del que fue víctima el Director-Conservador de un Parque Natural, designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural.

4. De lo expuesto se desprende el carácter de función pública que cabe reconocer desde el punto de vista penal a la prestación de los servicios sanitarios públicos.

La Constitución dispone en el artículo 43.2 que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”.

La Ley General de Sanidad, Ley 14/1986, que tiene la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16.^a de la Constitución, ya menciona en su Exposición de Motivos el reconocimiento, en el artículo 43 y en el artículo 49 de nuestro texto normativo fundamental, del derecho de todos los ciudadanos, a la protección de la salud, derecho que, para ser efectivo, requiere de los poderes públicos la adopción de las medidas idóneas para satisfacerlo.

La ley, que tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución, dispone al regular el sistema de salud, como modelo organizativo propio y característico de los servicios sanitarios públicos, que los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades (artículo 3.1), lo que claramente excede de la simple prestación de un servicio asistencial; que la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española (artículo 3.2), y que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas competentes, organizarán y desarrollarán todas las acciones sanitarias a que se refiere el Título I dentro de una concepción integral del sistema sanitario (artículo 4.1). Por otra parte, el artículo 18 de la Ley establece que las Administraciones Públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los Órganos competentes en cada caso, desarrollarán entre otras las siguientes

actuaciones: la atención primaria integral de la salud, incluyendo, además de las acciones curativas y rehabilitadoras, las que tiendan a la promoción de la salud y a la prevención de la enfermedad del individuo y de la comunidad, y la asistencia sanitaria especializada, que incluye la asistencia domiciliaria, la hospitalización y la rehabilitación. En el mismo sentido, el artículo 6 de la ley. En cuanto a la organización, dispone el artículo 45 que el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

Es decir, asistencia al individuo y al tiempo actuaciones generales dirigidas a la promoción y aseguramiento de la salud de todos los integrantes de la comunidad, actividades difícilmente dissociables en cuanto que del ámbito de la prestación asistencial se obtienen en gran medida los datos que se utilizarían luego para justificar la adopción y determinar, en su caso, el contenido de las medidas dirigidas a la prevención de la enfermedad y a la protección de la salud pública en general. O bien para no considerar necesaria la adopción de medida alguna.

5. La intervención de los poderes públicos en orden a la satisfacción de los intereses públicos relacionados con la salud, con sometimiento al Derecho Público, no solamente resulta de las disposiciones de la Ley 14/1986, General de Sanidad.

La legislación vigente deposita en manos de los facultativos el ejercicio de facultades que implican una cierta capacidad de coerción con la finalidad de satisfacer necesidades públicas. Así, por ejemplo, el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, dispone que “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanita-

rias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas”.

También son de interés las previsiones contenidas en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que regula el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, en cuyo artículo primero ya se dispone que “esta Ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal”, resultando aplicable, según el artículo 2 al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado.

6. Estos amplios conceptos de función pública y, consiguientemente, de funcionario público, unidos al aumento de la presencia de la Administración, directa o indirectamente, en la vida pública pueden llegar a producir un incremento excesivo de la reacción penal basada en la aplicación de los preceptos que sancionan el delito de atentado a situaciones que pudieran encontrar otras soluciones en otros preceptos del Código Penal. Cabe plantearse si el delito de atentado debería quedar reducido a aquellas situaciones en las que la autoridad o el funcionario desempeñaran funciones públicas caracterizadas por la coerción, en el sentido de capacidad de imponer legalmente el cumplimiento de la determinación o resolución adoptada, bajo la amenaza de sanción, lo cual ordinariamente será atribuible a la autoridad o a sus agentes en cuanto actúan bajo las órdenes o indicaciones de aquélla, y sólo excepcionalmente a los funcionarios públicos. No obstante, sería deseable que

esa restricción encontrara un apoyo expreso en una Ley Orgánica, si ese fuera finalmente el designio del legislador.

Segundo.—1. En el caso, el Tribunal acepta con claridad que la víctima, médico de la sanidad pública, tenía la condición de funcionario, pero niega que participara en el ejercicio de funciones públicas, principalmente porque considera que la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud, constituye un servicio público, pero no una función de la misma clase. Y en segundo lugar, entiende que el dolo exige que el sujeto debe conocer el carácter funcional de la víctima, “conocimiento que difícilmente puede inferirse cuando dicha acción típica se dirige contra un sujeto cuya función no exterioriza ninguna manifestación de autoridad”. El Ministerio Fiscal, por el contrario, sostiene que se trata de funciones públicas y que dados los hechos el acusado conocía el carácter público de la actuación del agredido.

El primer aspecto encuentra respuesta en las consideraciones efectuadas con anterioridad. Como ya se ha dicho, las disposiciones legales vigentes, especialmente las contenidas en la Ley 14/1986, como desarrollo de lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución, ponen de manifiesto la existencia de toda una serie de actuaciones relacionadas con la protección de la salud pública, como finalidad reconocida en el citado precepto constitucional, que son encomendadas a los poderes públicos quienes actuarán a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (artículo 43.2 CE), estando reguladas por normas de carácter administrativo, a las que asimismo quedan sujetos quienes las prestan. Por lo tanto, debe ser considerada como una función pública a los efectos penales.

Es posible cuestionarse si, a los efectos del delito de atentado, únicamente debe ser considerada función pública, en cuanto a los médicos de la sanidad pública, aquella integrada por las actividades directamente encaminadas a la protección de la salud pública,

excluyendo aquellas otras más bien relacionadas con las prestaciones asistenciales a individuos concretos, que, ciertamente, podrían también ser desempeñadas dentro del ámbito privado. Sin embargo, tal distinción no encuentra precedentes en la jurisprudencia anterior, como ya antes se puso de relieve, y además, las funciones públicas de tutela de la salud pública, que según la Constitución han de realizarse a través de las prestaciones y servicios necesarios, resultan difícilmente separables en forma suficientemente clara de aquellas otras actuaciones desarrolladas por los facultativos en el marco de la prestación asistencial de la que obtienen, o pueden obtener, los datos que finalmente les permiten adoptar las medidas que la ley les autoriza en orden a la protección de la salud pública. Cuando la Ley General de Sanidad dispone en el artículo 3.1 que los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, se están refiriendo, de forma congruente con lo dispuesto en el artículo 18, a finalidades públicas que coexisten con otras finalidades relacionadas con la salud individual durante los actos en que consiste la prestación asistencial, sin que aparezcan criterios seguros que permitan diferenciar unas de otras en su ejecución práctica.

2. La segunda cuestión ha de relacionarse con las particularidades del caso concreto. En el hecho probado se establece que el acusado era paciente del agredido, Médico del Centro de Asistencia Primaria, y que le había atendido extrayéndole una pieza dentaria. Los dos actos agresivos tuvieron lugar tras acudir el acusado a las inmediaciones del referido Centro y claramente en relación con la actividad sanitaria del médico prestada con anterioridad.

Por lo tanto, dada la existencia de un acto médico anterior, el acusado necesariamente sabía que se había desarrollado en un Centro Público, que no había pagado por ello y además, que no existía ninguna razón personal o de otro tipo que pudiera sugerir una actua-

ción filantrópica por parte del facultativo. Por lo tanto, la conclusión ineludible para el autor es que la actividad prestada no se trataba de una actividad privada, sino enmarcada en el funcionamiento público del sistema de salud, de forma que con su agresión no sólo alcanzaba al particular, sino también a intereses públicos consistentes en la protección de la corrección de la función pública.

Consecuentemente, ambos motivos se estiman.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
EXCMO. SR. D. ANDRÉS MARTÍNEZ
ARRIETA, CONTRA LA SENTENCIA NÚM.
1030/2007, DICTADA EN EL RECURSO DE
CASACIÓN N.º 759/2007

Desde el respeto a mis compañeros expreso a través del presente voto particular mi disensión a la misma, resumiendo los argumentos que expuse en la deliberación.

La razón de mi discrepancia no radica en la condición de funcionario público del médico de la seguridad social que fue objeto de una agresión injustificada y que el tribunal de instancia subsumió en el delito de lesiones. Tampoco, respecto a las consideraciones que en la Sentencia de la mayoría se realizan sobre la importancia de la sanidad y su relación con la función pública. Mi discrepancia se concreta en la aplicación, a los hechos declarados probados, del tipo penal del atentado pues entiendo que desde el ámbito de aplicación de la norma, art. 550 del Código penal, los hechos caen fuera de ese tipo penal al no resultar afectado el bien jurídico objeto de protección de la norma.

La sentencia de la que discrepo parte de un aserto principal: “Abandonada la conceptualización del bien jurídico protegido por el delito de atentado como referencia al principio de autoridad, se ha identificado aquél con el orden público, entendido como aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente,

el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales. En definitiva, se sancionan a través de estos preceptos los hechos que atacan el normal funcionamiento de las prestaciones relativas al interés general que la administración debe ofrecer a los ciudadanos”. Concluye la argumentación afirmando que la extensión que, como consecuencia de una ampliación del concepto de orden y función pública se produce, “puede llegar a producir un incremento excesivo de la reacción penal”, pero entiende que la restricción tendría que venir dada por una legislación expresa que así lo dispusiera, “sería deseable que esa restricción encontrara un apoyo expreso en una Ley Orgánica, si ese fuera el designio del legislador”.

Mi discrepancia se concreta en esta ampliación del concepto de orden público que proporciona la Sentencia: del principio de autoridad, abandonado por su conexión al régimen anterior, a otro, más amplio y ambiguo, la actividad prestacional que desarrolla el Estado. Desde esa concepción tan amplia, basta que una acción agresiva se realice contra un funcionario público, o una Autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, para integrarla en el delito de atentado, lo que supone, como se dice, un incremento en la reacción penal que, a mi juicio, puede ser restringida desde una interpretación actualizada del bien jurídico, el orden público conforme al Título XIII del Código penal, que contempla diversas conductas contrarias al mismo, una de ellas el acometimiento a los funcionarios públicos. Es preciso delimitar los funcionarios a los que se refiere, si a todos los que prestan un servicio público o, por el contrario, el ámbito de aplicación de la norma se restringe respecto a los encargados del mantenimiento del orden público. Por lo tanto, es el orden público el elemento esencial sobre el que debe indagarse para dar un contenido al tipo penal del atentado y desde ese entendimiento indagar el ámbito de lo prohibido en el tipo penal del atentado.

La jurisprudencia de esta Sala ha realizado ese cambio en la concepción del orden público y, en este sentido, la Sentencia de la mayoría es consecuente con nuestros precedentes jurisprudenciales que se recogen en la Sentencia de la que discrepo. También a los criterios jurisprudenciales de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, por todas STS 3.^a de 17 de febrero de 2003, que recoge la STC 6/1983, “En el momento actual, el concepto de orden público es el normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, variación que ya había iniciado el Tribunal Constitucional, STC, de 29 de marzo de 1990, al señalar “hemos tenido ocasión (STC 43/1986) de declarar que dicho concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución”.

Este cambio en la interpretación del bien jurídico se ha realizado sin atisbar las consecuencias que el mismo produciría respecto a las agresiones a los funcionarios y, ahora, la propia Sentencia de la que disiento expresa su recelo ante un incremento excesivo de la reacción penal y llama al legislador para que lo restrinja sin postular un criterio limitativo acorde con el bien jurídico protegido, conforme al Título XIII del Código.

Ciertamente existen tipos penales en los que no es necesario acudir al bien jurídico protegido, pues existe una voluntad decidida del legislador de punir determinadas conductas en las que no es necesario acudir a criterios teleológicos para concretar el ámbito de lo sancionado, pero en otros delitos, como el atentado, es preciso indagar el mismo para no llegar a una desmesurada aplicación y extensión de la tipicidad como resulta del criterio sustentado por la Sentencia que abre la aplicación del tipo a todo acometimiento realizado contra funcionario público en el ejercicio, o con motivo, de funciones de esa naturaleza aunque estén desconectadas del mantenimiento o imposición del orden público. Al entender que el bien jurídico protegido es la actividad prestacional del Estado, toda actividad realizada por un funcionario público es potencialmente suscep-

tible de ser considerada sujeto pasivo del delito de atentado, salvo que se acuda a criterios elitistas, totalmente inadecuados. Esa desmesura en la tipicidad creo no aparece cubierta por el tipo del atentado, siendo precisa una clarificación del bien jurídico, orden público, para delimitar el ámbito de aplicación de la norma.

Como señaló la STS (3.^a) de 27 de noviembre de 2002, el concepto de orden público no es de fácil definición, “no ya solamente por su difícil concreción desde un punto de vista conceptual, sino por el sentido (variable) que se le ha venido atribuyendo a tenor de las distintas etapas de la vida pública del país. Ha ocurrido que el abuso de la noción de orden público en la historia constitucional española, y muy especialmente durante la etapa anterior a la vigente Constitución, provocó recelos en el Constituyente y, luego, en el Legislador a la hora de utilizar dicho concepto”.

Esas dificultades se trasladan a otros conceptos con los que aparece asociado. Así, en el concepto de Autoridad hemos de tener en cuenta la diferenciación que resulta de su consideración de órgano encargado de velar por un orden público establecido por un ordenamiento anterior al vigente y caracterizado por la restricción de derechos fundamentales, a otro, en el que el papel de la autoridad es el contrario, garante de los derechos constitucionales y con capacidad de actuar la coerción, mando, para asegurar el desarrollo de los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos. Pese al contenido diferenciado, antes restricción y ahora garante de su ejercicio, subsiste el elemento esencial derivado de la potencialidad de que sus decisiones sean coactivas respecto a los ciudadanos, precisamente, para garantizar el mantenimiento del orden público derivado de la Constitución.

La asociación entre normas esenciales de la convivencia y posibilidad de coerción, la encontramos siempre en las nociones de “orden público”. Así si asociamos la locución “orden público” al ordenamiento jurídico, nos referimos al conjunto de normas,

valores, principios, tenidos como absolutamente obligatorios para la conservación de una sociedad en una época determinada, caracterizado por la indisponibilidad de las partes y su aplicación de oficio por los tribunales (STS, Sala I de 5 de abril de 1996). Si lo referimos a la seguridad ciudadana, el orden público va vinculado a las potestades coercitivas de la administración, a las normas de policía, para el mantenimiento de unos valores esenciales de la convivencia.

De cuanto llevamos señalado podemos anticipar que el orden público se integra por el conjunto de valores y derechos constitucionales de una sociedad, indisponibles por los ciudadanos, e incluye, como requisito de su protección la potestad coactiva de la administración para preservar su mantenimiento.

En derecho penal, el art. 24 del Código nos define a la Autoridad como la persona que “tenga mando” o ejerce jurisdicción. Dejando aparte el ejercicio de la jurisdicción, como capacidad para la resolución de conflictos sometidos a la jurisdicción, nos interesa el ejercicio del mando, esto es, la capacidad para imponer conductas que están dispuestas democráticamente para asegurar la convivencia social y que inciden en la libertad de los ciudadanos, esto es funciones que afectan al control, que son desarrolladas para garantizar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. El mantenimiento del orden público constitucional es una función esencial de la Autoridad y, por ende, de los funcionarios públicos y de los agentes de la Autoridad.

El orden público, en la medida en que su mantenimiento puede suponer una restricción a los derechos y al ámbito de libertad de los ciudadanos, es un concepto de interpretación restrictiva y excepcional, de donde ha de deducirse que no se rellena con toda la actividad prestacional que desarrolla el Estado, sino respecto de aquellos actos de ordenación y control de la convivencia social. La eficacia del concepto de orden público así elaborado representa un mecanis-

mo de articulación en el proceso dialéctico entre la libertad y la pacífica convivencia social. “El ordenamiento al disponer la obligación de la administración de servir con objetividad intereses generales asume ciertas tareas y funciones que garanticen unos niveles mínimos en la seguridad, en la tranquilidad, en la salubridad y en la moralidad pública —niveles mínimos necesarios para asegurar la convivencia ciudadana pacífica—; e, incluso, en su concepción amplia para asegurar el normal funcionamiento de los servicios públicos” (STS 3.ª de 27 de noviembre de 2002), pudiendo utilizar, con las debidas prevenciones, la coerción. Como señaló la STC 33/1982, “el orden público, en su vertiente de seguridad pública, comprende la actividad administrativa dirigida a hacer posible el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas”.

Así considerado, los ataques objeto de la protección penal en el delito de atentado son los que pueda recibir los funcionarios que actúan en la actividad administrativa dirigida a ordenar y controlar el orden público, en los términos señalados, para garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos. La actividad protegida por el tipo penal no comprende, desde la perspectiva expuesta, toda la actividad prestacional del Estado, sino aquellas funciones, desarrolladas por funcionarios que inciden en la libertad de los ciudadanos, asegurando el normal funcionamiento de los valores democráticos y el correcto ejercicio, por todos, de los derechos fundamentales. Entre esas funciones ha de incluirse las desarrolladas por funcionarios de policía, los integrantes del poder judicial, los que ejercen funciones de inspección y control en distintas áreas... etc., entre los que cabe incluir a los funcionarios de la seguridad social en cuanto impongan restricciones u ordenen la observancia de normas de seguridad o de sanidad.

Quedaría excluida de la tipificación en el delito de atentado, y su punición correspondería, en su caso, a los tipos penales de lesiones o contra la libertad, aquellas conductas de acometimiento al funcionario por actos, propios de la función pública, pero desconectados del orden público, como la respuesta agresiva a un funcionario público por un acto médico.

Desde la perspectiva expuesta entiendo que la agresión al médico de la seguridad social producida en respuesta a un acto médico no debe ser tipificado en el atentado, y sí en las lesiones, por lo que la impugnación del Ministerio fiscal, en el presente recurso, debió ser desestimada, pues como se ha expuesto, la acción agresiva hacia al funcionario no afecta, en los términos expuestos, al orden público.

Sentencia 1061/2007, Sala de lo Penal del TS, de 13 de diciembre de 2007

OBJETO DEL PROCESO. CONGRUENCIA

Arts. 24 CE; 779.1.4.º LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis**

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación particular a consecuencia de la indebida limitación del objeto del proceso efectuada en el auto de transformación en procedimiento abreviado que, posteriormente, se traslada a la sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR (...)

Segundo.—Dos son los motivos de casación formulados por esta parte recurrente en su recurso. El primero de ellos, al amparo del art. 852 de la LECrim., denuncia “vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del deber de motivación de las resoluciones judiciales (art. 120.3, en relación con el art. 24 CE), causantes de una efectiva situación de indefensión”.

Como fundamento del motivo, se dice que “a pesar de que, tanto en la querella como en los escritos de conclusiones se hacía referencia a otro comportamiento eventualmente constitutivo de un delito de estafa procesal, la sentencia ha omitido todo pronunciamiento sobre este extremo”. (...)

La razón de esta impugnación, según se dice en el motivo, proviene de que, describiéndose en la querella, formulada por la acusación particular, determinados hechos presuntamente constitutivos de delito que se imputaban al querellado, el Juez de Instrucción dictó el auto de fecha 20 de abril de 2005, en el que se acordaba proseguir la causa por los trámites del procedimiento

abreviado, reflejándose en el mismo solamente uno de los hechos relacionados con la reclamación judicial en vía civil promovida por el acusado, cuando la querrela se refería, además, a otros hechos que igualmente se imputaban al querrellado Sr. Hugo. Tras el referido auto, la parte querellante solicitó determinadas diligencias complementarias relacionadas precisamente con los hechos omitidos en la citada resolución. Tales hechos se contenían en la querrela que dio origen a estas actuaciones y el querrellado prestó declaración “en referencia a todos los hechos contenidos en la querrela”. Diligencias que fueron acordadas por el Juez de Instrucción. Una vez practicadas dichas diligencias, la parte querellante formuló su escrito de acusación en el que se recogían “tanto los hechos contenidos en el originario auto de acomodación como de los hechos a los que se hizo referencia en el escrito de petición de diligencias complementarias, y, por auto de fecha 20 de diciembre de 2005 (irrecusable), se limitó el objeto de enjuiciamiento a “los hechos sobre los que se abrió la fase intermedia”, únicamente.

Con estos antecedentes —continúa el motivo—, el Tribunal de instancia, al comienzo del juicio oral, se pronunció sobre las cuestiones previas formuladas en tal momento por las partes y, pese a que el Ministerio Fiscal se opuso a la tesis contraria de la defensa del acusado, estimó la cuestión previa planteada por ésta, declarando que el auto de apertura del juicio oral de 20 de diciembre de 2005 “contiene un sobreseimiento tácito respecto de los hechos descritos por la acusación particular en el apartado 2.º de su escrito”, decisión frente a la que la acusación particular formuló respetuosa protesta.

(...)

La parte recurrente —expuestos los argumentos de la sentencia de instancia— entiende que la referida argumentación “no es razonable en términos constitucionales y vulnera palmariamente la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo acerca del valor del auto de acomodación a los trámites

del procedimiento abreviado, de tal modo que la interpretación que ha efectuado la Audiencia Provincial de Barcelona lesiona injustificadamente el principio acusatorio, irrogándole un perjuicio de primer orden al no poder sostener el *ius ut procedatur* por hechos que han ocasionado un perjuicio económico a mi mandante, y no haber tenido una motivación plausible constitucionalmente de esta limitación de su derecho”.

Tercero.—El art. 779 de la LECrim. establece que “1. Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: (...). 4.ª. Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757 (en el que se delimita el ámbito del procedimiento abreviado), seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775”.

La propia Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que si, de acuerdo con el artículo citado, el Juez de Instrucción ordenare la prosecución del procedimiento por los trámites del Capítulo IV (Libro IV, Título II LECrim.), en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que “soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias” (art. 780.1 LECrim.). “Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda..” (art. 783.1 LECrim.). “Contra el auto que acuerde la apertura del juicio oral no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal, pudiendo el acusado reproducir ante el órgano

de enjuiciamiento las peticiones no atendidas” (art. 783.3 LECrim.).

La determinación del objeto del proceso constituye, sin la menor duda, una cuestión esencial del mismo. De ahí la importancia que, en el presente caso, ha de reconocerse a la interpretación de los artículos anteriormente citados, de modo especial al art. 779.1.4.^ª de la LECrim., en cuanto en el mismo se dispone que la correspondiente decisión del Juez de Instrucción deberá contener “la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan”. Para ello, es fundamental examinar dichos preceptos en su contexto natural, que no es otro que el relativo a la regulación del procedimiento abreviado dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dado, pues, que el artículo 779 pertenece a la fase de instrucción del proceso, a la que viene a dar término, parece oportuno poner de relieve que una de las funciones esenciales de dicha fase es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso que debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial (v. arts. 118 y 775 LECrim.); pues, desde la perspectiva del derecho fundamental de defensa, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la necesidad de que, para que pueda acusarse a una persona en el proceso penal abreviado, es preciso que previamente, en la fase de instrucción, haya sido declarada judicialmente imputada, otorgándosele la posibilidad de participar en la fase instructora, “de tal forma que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LECrim.)”, y que, “como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado por unos determinados hechos, sin haber sido oído previamente sobre ellos por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las denominadas diligencias previas” (v. SS TC 135/1989, 186/1990 y 128/1993).

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo ha de-

clarado que “la información al sujeto pasivo del procedimiento penal acerca del objeto del mismo, en lo que pueda afectarle, constituye un elemento esencial para el ejercicio del derecho de defensa, tanto durante la instrucción como en el juicio, pero precisamente por ello tiene sus propios momentos y trámites procesales que no hacen recaer dicha función esencial sobre la resolución que acuerda la conclusión de la instrucción y apertura de la fase intermedia. Dichos momentos son: 1.^º) En fase de instrucción, el traslado judicial de la imputación a la persona afectada, antes o en el momento de recibirle declaración como imputado, instruyéndole de sus derechos y facultándole para intervenir en la instrucción, pudiendo formular las alegaciones que estime oportunas para su defensa y solicitar cuantas diligencias estime pertinentes (arts. 118 y 789.4.^º LECrim.). Con ello se posibilita el ejercicio pleno del derecho de defensa, respecto de los hechos que han sido objeto de imputación judicial durante la instrucción del procedimiento. 2.^º) En la fase intermedia —ya en calidad de acusado y no de mero imputado— cuando se le da traslado de la acusación (art. 790.6.^º LECrim.), una vez que ha sido formulada ésta por quien debe hacerlo (las partes acusadoras y no el Juez de Instrucción), información que le faculta para ejercitar con plenitud su derecho de defensa cara al juicio oral, formulando su calificación alternativa y planteando los medios de prueba que estime pertinentes (v., por todas, STS de 9 de octubre de 2000).

De cuanto queda expuesto, se desprende la necesidad de examinar tanto la naturaleza como la finalidad del auto que, en su caso, debe dictar el Juez de Instrucción, una vez practicadas las diligencias propias de la fase de instrucción, a tenor de lo especialmente dispuesto en el art. 779.4.^ª de la LECrim. Y, a este respecto, debemos poner de manifiesto que dicha resolución constituye solamente la “expresión de un juicio de inculpación formal efectuado por el Juez de Instrucción, exteriorizador de un juicio de probabilidad

de una posible responsabilidad penal” (v. STS de 10 de noviembre de 1999), por lo que su finalidad “no es la de suplantar la función acusatoria del Ministerio Fiscal, anticipando el contenido fáctico y jurídico de la calificación acusatoria, sino únicamente conferir el oportuno traslado procesal para que ésta pueda verificarse, así como para expresar el doble pronunciamiento de conclusión de la instrucción y de prosecución del procedimiento abreviado en la fase intermedia” (v. STS de 2 de julio de 1999).

Importa recordar, finalmente, que lo verdaderamente relevante sobre este auto y sobre el desenvolvimiento ulterior del proceso, desde el punto de vista del derecho de defensa del inculpado, es que, como ya hemos dicho, en la fase de instrucción que dicha resolución viene a concluir, se cumpla la exigencia, destacada por el Tribunal Constitucional, de que la persona acusada haya sido previamente inculpada en la fase de instrucción, dándole la posibilidad de personarse e intervenir en ella en el ejercicio de su derecho de defensa, pues nadie puede ser acusado de unos determinados hechos sin haber sido oído previamente sobre ellos por el Juez de Instrucción, con anterioridad a la conclusión de la denominadas diligencias previas.

Hemos de concluir, por tanto, que cuando el Juez de Instrucción acuerda la conclusión de las diligencias previas y su transformación en procedimiento abreviado, conforme a lo previsto en el art. 779.1.4.^a de la LE-Crim., lo hace en función de los hechos que han sido objeto de imputación, es decir, sobre los que ha girado la instrucción de las diligencias previas, por lo que los mismos son perfectamente conocidos por el inculpado.

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso lleva sin dificultad a la estimación del presente motivo.

En efecto, en la querella que encabeza la presente causa (f. 3 de los autos), se imputan al querellado una serie de hechos que rebasan ampliamente el reducido marco tenido en cuenta en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia —limitado prácticamente al apartado primero de la “relación circunstanciada de hechos” del escrito de querella—, sin mención alguna a los restantes, tales como los relativos a la gestión y tramitación del proyecto de compensación de las fincas denominadas de Pere IV (f. 10) y “respecto a las fincas de Alella” (f. 14), cuando en las actuaciones obra la declaración prestada por el Sr. Hugo, en la fase de instrucción, con intervención de su Letrado y del de la acusación particular (v. f. 128), en el curso de la cual fue interrogado sobre los diferentes hechos denunciados en el escrito de querella.

Por todo lo anteriormente expuesto, procede la estimación de este motivo, por vulneración del derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva, al no respetar la sentencia de instancia el canon de racionalidad constitucionalmente exigible a las resoluciones judiciales, en cuanto se refiere a la delimitación del objeto de este proceso, lo cual implica la anulación de la sentencia recurrida y la devolución de las actuaciones al Tribunal de que proceden para que, previo nuevo señalamiento, se celebre nuevo juicio oral —para el enjuiciamiento del acusado en relación con la totalidad de los hechos que le fueron imputados judicialmente en la querella formulada por la acusación particular y posteriormente en su escrito de acusación—, debiendo estar formado el correspondiente Tribunal por Magistrados distintos de los que dictaron la sentencia que ahora se casa.

Sentencia 1070/2007, Sala de lo Penal del TS, de 14 de diciembre de 2007

ERROR DE PROHIBICIÓN EN DELITO DE ABUSO SEXUAL

Arts. 14.3 y 182.1 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

SÍNTESIS

A la vista de los hechos enjuiciados (el varón acababa de cumplir 18 años, la joven está a punto de cumplir los 13 años y existe una relación de noviazgo aceptada por la familia de la niña), se aprecia error de prohibición invencible, absolviendo al sujeto activo del delito continuado de abuso sexual con acceso carnal del que había sido condenado en la sentencia de instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El recurrente alega un único motivo de casación, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que la condena infringe el art. 14.3, del Código Penal.

Constituye hoy, en efecto, una tesis pacífica que la culpabilidad integra como uno de sus elementos la conciencia de antijuridicidad, de lo que deriva que, cuando el sujeto actúa creyendo que su comportamiento es adecuado a Derecho, el mismo no le es personalmente reprochable, aunque sea antijurídico.

De ahí que el art. 14.3 del Código Penal de 1995, tras el precedente del art. 6 bis del de 1973, exima de responsabilidad penal cuando se estime que concurre un “error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Bien entendido que, como recuerda la Sentencia de esta Sala 865/2005 de 24 de junio tal error difiere del: “... caso en que el autor del delito piense que la in-

fracción cometida es más leve de como en realidad la sanciona la Ley Penal... o, añáde, ... nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida, pues si así fuera sólo podrían delinquir los expertos en Derecho Penal... ni es relevante la mera... equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta... Y lo que interesa aquí destacar... el error de prohibición no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda, como ha señalado la... sentencia de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997”. La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos

casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo”.

Funda su pretensión el aquí recurrente en la premisa de que el acusado “ni siquiera duda” de que su comportamiento pudiera ser ilícito. Estima que el error sobre el significado de su conducta en referencia a su antijuridicidad era invencible.

Desde luego es indiscutible que, dado el cauce procesal elegido para el recurso, las manifestaciones de la sentencia en cuanto a los hechos que han resultado probados son intocables e ineludibles.

Tales premisas fácticas se encuentran, en lo que interesa a la cuestión planteada, tanto en el apartado de hechos probados como, en buena medida en la fundamentación jurídica. Y cabe sintetizarlos así:

1.^º El condenado y la menor mantenían —y no consta que dejaran de mantenerla— una relación de noviazgo.

2.^º Al iniciarse esa relación (dice en sus fundamentos jurídicos la recurrida) se mantuvo una reunión en el domicilio de la menor en presencia de su padre, sin que conste su oposición, ni otra consideración que la de que se reflexionó sobre la edad. En modo alguno consta que se hiciese consideración —menos aún advertencia o admonición— respecto al mantenimiento de relaciones sexuales.

3.^º El acusado sabía que la menor había nacido el día 29 de enero de 1993.

4.^º En el mes de noviembre los novios conversaron sobre la posibilidad de mantener relaciones sexuales, decidiendo que la menor reflexionaría sobre ello.

5.^º Una vez que la menor decidió mantener dichas relaciones, las mantuvieron en tres ocasiones, durante ese mes y el de diciembre de 2005.

6.^º El acusado había cumplido los 18 años el día 15 de octubre de 2005.

Segundo.—La protesta de error realizada por el acusado se muestra veraz.

Nada se discute sobre el bien jurídico protegido en el delito imputado. Ni sobre la

conurrencia del elemento típico de ser la supuesta víctima menor de edad de trece años, así como que tal dato era conocido por el acusado. Ni tampoco se discute que el consentimiento de la menor de trece años no obsta la concurrencia de todos los elementos del tipo.

Centrado el debate en la cuestión del error denominado de prohibición, —tratado en el fundamento jurídico tercero de la sentencia— es necesario delimitar dos cuestiones bien diversas: a) la existencia, o no, de error en el sujeto activo respecto a la trascendencia jurídico penal del hecho de mantener relaciones sexuales con persona menor de la edad de trece años, y b) cual sea la valoración que merezca ese eventual error en lo que concierne a las posibilidades de ser eliminado por el autor, es decir a si el mismo era o no vencible.

La primera cuestión constituye un dato empírico, cuya veracidad o falsedad ha de establecerse en función del resultado de la actividad probatoria en el proceso. El segundo consiste en un juicio de valor, por más que sea tributario de circunstancias fácticas.

Debemos pues comenzar por valorar si la existencia del error viene dada como probada, en la sentencia recurrida, o si, de los hechos declarados probados, cabe concluir la veracidad o falsedad de dicha alegación de error.

La sentencia recurrida solamente se cuida, entre los enunciados de hechos probados, de afirmar que el sujeto conocía el elemento del tipo constituido por la edad de la menor. Y, en cuanto al error de prohibición, entre los fundamentos jurídicos solamente recuerda la exigencia de que debe ser probado.

Con independencia de que también extienda —inadecuadamente— esa exigencia a la calificación de vencibilidad, atina a señalar que, además de no bastar la mera manifestación o protesta de tal error por parte del acusado, la probabilidad de existencia del error está en función de la naturaleza de la norma que establece la prohibición y, por

otro lado, de las circunstancias fácticas del caso concreto.

Porque, en efecto, existen contenidos normativos que tipifican conductas sobre cuya ilicitud no cabe, en principio, admitir duda razonable. De la misma manera que los elementos de hecho que componen determinados comportamientos, singularmente los de naturaleza violenta, alejan toda duda sobre su proscripción.

Ocurre que la sentencia omite, tras diversas consideraciones genéricas, pronunciarse concretamente sobre si el recurrente, cuando afirma desconocer la ilicitud de la relación sexual que se le imputa, es tenido, o no, por mendaz. Ello no impide que, en el marco del motivo alegado, (infracción de ley) se controle, dados los hechos declarados probados, si la inferencia que esos autorizan, según pautas de lógica y experiencia, coincide con la consideración de su falsedad, que aparece implícita en la decisión de la sentencia.

La afirmación básica, premisa mayor del silogismo asumido por la recurrida, es que “la ilicitud del trato sexual entre adultos plenamente capaces y niñas de edad tan escasa como la de doce años cuya capacidad de discernimiento todavía no se encuentra mínimamente formada es hoy notoriamente evidente y de conocimiento general”.

Y luego acude al análisis de las circunstancias del caso concreto —premisas menores— para concluir que las “condiciones del sujeto” y la “naturaleza del delito” no toleran que “se invoque el error”.

Pues bien, ni la premisa mayor —máxima de experiencia—, es aceptable acriticamente y sin matices, ni el razonamiento sobre las premisas menores abarcan todo el espectro de las que merecen consideración.

Lo primero porque la delimitación en la frontera de los trece años para acotar la relevancia del consentimiento que excluye la antijuricidad tipificada en las relaciones sexuales ha sido señalada en tiempo relativamente reciente. Solamente una persona especialmente avisada puede saber que la frontera pasó de los doce a los trece años

con ocasión de la Ley Orgánica 11/1999. Hasta ese momento —seis años antes— no constituía en absoluto una categoría conocida y aceptada que el mayor de doce años no pudiera con su consentimiento excluir la ilicitud penal de esa relación sexual.

Más relevante, si cabe, es la preterición de importantes matices sobre la premisa menor en que incurre la sentencia recurrida. Así ha de subrayarse que el acusado acababa de entrar en el censo de criminalmente responsables apenas un mes antes de los hechos. Y la menor se encontraba a otro mes de poder consentir con efectos enervantes de responsabilidad penal cualquier relación sexual no coactiva.

Es pues harto creíble que el sujeto activo pudiera pensar que su comportamiento era tan lícito como lo sería de reiterarse unos días más tarde que el día en que cometió el hecho que se le imputa en esta causa.

Por ello debemos disentir de la sentencia apelada en cuanto presupone, que no afirma, que el sujeto no se encontraba preso de error sobre la trascendencia jurídica de su comportamiento.

Tercero.—Ese error era, además, invencible.

No se trata ahora de realizar un control de las premisas fácticas de la sentencia recurrida. De lo que el Tribunal, de acuerdo con la tesis del recurso, debe dejar ahora constancia es de la discrepancia sobre la valoración del hecho probado a los efectos del juicio normativo sobre las consecuencias que derivan de lo dispuesto en el art. 14 del Código Penal.

No se trata ahora de establecer si el comportamiento del acusado satisface o no las exigencias del tipo del art. 181.2 del Código Penal. Ello es indudable. Concorre la realidad del acceso carnal, la edad de la persona con la que aquél se mantiene por parte del acusado. Y, porque así lo dice expresamente la sentencia, la conciencia en el acusado de tal dato de la edad de la novia.

De lo que se trata es de la valoración de sí, pese a ello, el acusado no debe ser consi-

derado culpable por razón de tal conducta. Porque el error de prohibición, estimamos, excluye tal culpabilidad, cuando es invencible. Es decir debemos concluir que el acusado no es culpable cuando no pudo haber tenido la conciencia de que su comportamiento era antijurídico. Obviamente, como hemos reiterado, en sentido diverso del error de subsunción. Y tal exculpación ocurre porque, como indica la doctrina, situado en tal error invencible el sujeto no puede considerarse motivado por tal norma.

La evitabilidad del error no excluye la culpabilidad, siquiera la atenúe por la menor entidad del reproche al autor.

Pues bien, la cuestión de la evitabilidad no pasa solamente, y, desde luego, no en este caso, por la existencia de posibilidades de conocer la reprobación que la norma, la actual al tiempo del hecho, hace de su comportamiento. Pasa, antes incluso, por la consideración acerca de si el sujeto tenía o no razones para cuestionarse, primero, e indagar, después, la eventual consideración de su acción como contraria a Derecho, con independencia de la identificación de la precisa norma al respecto.

Para ello es imprescindible una reflexión sobre las específicas circunstancias del caso concreto, sin que, por ello, sea suficiente acudir a estándares generalizadores. De lo que se trata es de valorar si el sujeto, en el específico contexto de su comportamiento, disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta. Al efecto no parece razonable una exacerbación objetiva en clave de inderogable exigencia del deber de examinar el propio deber según el Derecho. Como no es aceptable la laxitud de una absoluta subjetivización.

Y de todo ello, aun sin que pueda hablarse de una deficiente socialización por parte del sujeto, que relegue la norma prohibitiva a espacios, para él, de exotismo normativo, se deriva, en el entender de este Tribunal, que, el acusado, no solamente estaba incurso en error, sino que ni siquiera tenía motivos objetivos para dudar y, por ello, tal error, ausente de todo aviso, era para él invencible.

Lo que nos lleva a estimar este motivo con la consecuencia, a establecer en la segunda sentencia que dictamos a continuación, de absolverle del delito por el que venía condenado.

Sentencia 1045/2007, Sala de lo Penal del TS, de 17 de diciembre de 2007

LÍMITES DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Arts. 125 CE; 101 y 782.1 LECrim.; 19 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater**

SÍNTESIS

Polémica sentencia del Pleno de la Sala (con siete votos particulares) que fija límites al ejercicio de la acción popular en el procedimiento abrevia-

do con base, fundamentalmente, en la interpretación literal del artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

(...) El derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido en el art. 24.1. CE, es un derecho fundamental que presupone la titularidad de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico. El art. 24.1 CE, sin embargo, no impone que los derechos reconocidos por las leyes carezcan de límites.

En el supuesto de la acción para solicitar la punibilidad de un hecho definido en la ley como delito, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha establecido como principio básico que “todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley” (art. 101 LECr). Esta disposición reitera lo previsto en el art. 125 CE y en el art. 19 LOPJ, que también establecen que el derecho de la acción popular se ejercerá según sea establecido en la ley o en las disposiciones legales en las que se lo configure.

(...)

2. En este contexto histórico, la Constitución de 1978 en su art. 125 elevó el derecho reconocido por el art. 101 LECr a la categoría de derecho constitucional, aunque sin otorgarle la condición de derecho fundamental y subordinando su ejercicio a las condiciones que prevea la ley que determine la forma de su ejercicio y los procesos penales en los cuales su ejercicio es admitido.

(...)

De todos modos, en la medida en la que los derechos fundamentales también pueden ser limitados por ley en la forma prevista en el art. 53.1 CE la cuestión carece de trascendencia en lo que respecta a la materia del presente recurso, pues el art. 125 CE confiere al Legislador facultades para configurar el derecho de la acción popular.

3. Por lo tanto, la regulación de los derechos de la acción penal ejercida por ciudadanos españoles que no han sido sujetos pasivos del delito (que actúan quivis ex populo), prevista en la Constitución y antes ya en la LECr, sólo podría constituir un privilegio de determinadas personas cuando el fundamento de la limitación legal del derecho tuviera por fundamento una “razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (art. 14 CE).

Ninguna de estas razones se percibe en las disposiciones legales citadas en el auto recurrido. El art. 782.1. LECr, que establece que el Juez acordará el sobreseimiento cuando lo hayan solicitado el Ministerio Fiscal y el acusador particular, rige, según su texto, para todas las personas que sean parte en un proceso penal regulado por las normas del proceso abreviado, sin prever ninguna diferencia por razones de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición personal. Por lo tanto, no se deriva de esta norma ningún privilegio de carácter personal que pudiera ser constitucionalmente censurado.

(...)

4. El auto recurrido concreta la ratio decisionis en el “principio de legalidad en su vertiente procesal”, entendiendo que “en el procedimiento abreviado no puede abrirse juicio oral sólo a instancias de la acusación popular”, para lo cual invocó el sentido literal del art. 782.1 LECr, en el que se dice que “si el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los arts. 637 y 641, lo acordará el Juez”. El sentido de la expresión “acusador particular”, de acuerdo con el auto recurrido, se debe extraer de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 y del texto del, por la que fue

introducida la actual redacción del art. 782 LECr., en la que la expresión “acusación particular” se identifica con la de los “perjudicados por el delito”. De allí infirió el Tribunal a quo que al haber sido solicitado el sobreseimiento por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, el Juez de Instrucción debía sobreseer la causa.

Esa identificación surge también del texto del art. 782.2 LECr, por lo que las dudas que podría generar el valor interpretativo de la Exposición de Motivos carece de trascendencia.

Consecuentemente: ni la ley aplicada ni la motivación del auto recurrido se fundamentan en el reconocimiento de ningún privilegio para las personas acusadas por la acusación particular.

(...)

6. La Sala tampoco comparte el criterio de los recurrentes en cuanto estos entienden que el art. 782.1 LECr no puede ser interpretado como una limitación del derecho de la acción popular a solicitar por sí la apertura del juicio. Es cierto que en la STS 168/2006 se ha sostenido que “entre los encauzamientos legales a que aluden los arts. 125 CE, 19 LOPJ y 101 LECr no se encuentra aquella restricción” por la que se excluya la legitimación de la acción popular para solicitar la apertura del juicio cuando el Ministerio Fiscal y la acusación particular hayan solicitado el sobreseimiento de la causa. Sin embargo, no es menos cierto que la limitación no tiene por qué estar contemplada en las normas generales que habilitan la regulación legal, pues al tratarse de un derecho de configuración legal es un acto del Legislador el que tiene que decidir la forma del ejercicio del derecho en cada especie de procedimiento. En consecuencia, la limitación, en este caso, surge directamente del propio art. 782.1. LECr. de la misma manera que otras limitaciones legales de la acción pública o de la acción popular, como las contenidas en los citados arts. 191 y 296 CP.

7. A partir de esta aclaración debemos comprobar, en primer lugar, la legitimidad constitucional de la norma establecida en el

art. 782.1 LECr. Es claro, en este sentido, que el Legislador tiene facultades expresamente acordadas por la Constitución para regular el ejercicio de la acción popular. La Constitución en su art. 125, el art. 19 LOPJ y la LECr en su art. 101, como se vio, establecen que el derecho de la acción popular es de configuración legal, es decir: que el derecho es reconocido en tanto y en cuanto el legislador lo regule por ley en lo concerniente a la forma y a los procesos en los que cabe su ejercicio. El texto constitucional es claro: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...) en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine”.

(...)

9. La premisa prevista en el art. 125 CE da lugar a dos consecuencias lógicamente indiscutibles: el legislador está constitucionalmente habilitado para determinar en qué procesos puede ser ejercida, sin estar obligado, por lo tanto, a reconocerla en todas las especies de procesos, y a establecer la forma del ejercicio allí donde la acción popular sea legitimada. La Constitución no dice de qué manera se debe regular el ejercicio de la acción popular, como tampoco dice si el jurado al que se refiere en el mismo art. 125 CE debe ser un jurado popular o de escabinos; tampoco exige una igualdad absoluta entre el Ministerio Fiscal y los que tengan la pretensión de ejercer la acción popular, pues mientras el Ministerio Fiscal, como órgano constitucional, es una parte esencial en todo proceso penal necesario para cumplir con las funciones que requiere un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE), es decir la separación entre la acusación y el tribunal, así como las que le asigna el art. 124.1 CE, la acción popular no es parte esencial del proceso y sólo podrá ser ejercida en los procesos que la ley determine y en la forma determinada en la ley.

10. Con respecto al significado de las expresiones “aquellos procesos que la ley determine” es evidente que, de la misma manera que nadie ha discutido la facultad constitucional del Legislador para estable-

cer el tribunal del jurado sólo para ciertos hechos punibles, tampoco cabe discutir que el legislador haya podido prever una regulación especial de la acción popular en el procedimiento abreviado. Por lo tanto la Sala llega a una primera conclusión: el Legislador tuvo facultades para establecer límites a la acción popular en el procedimiento abreviado que pueden no haber sido establecidas para otras especies de procesos penales.

11. Asimismo, en cuanto a la forma del ejercicio, la ley pudo condicionar las facultades de la acusación popular para solicitar la apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado a que el Fiscal y la acusación particular, si estuviera constituida como parte, no hayan solicitado el sobreseimiento de la causa.

La Sala discrepa del fundamento jurídico atribuido a la acción popular por el auto recurrido (R.J. 3.6.), compartida también por los recurrentes, en tanto ambos entienden que la razón de ser de la acción popular sería la “desconfianza histórica hacia el Ministerio Fiscal”. En realidad, es a partir de este preconcepto hermenéutico que los recurrentes niegan la competencia del Legislador para dictar una norma que limite la apertura del juicio oral en la forma establecida por el art. 782.1 LECr. La Sala entiende, por el contrario, que la confianza en las instituciones constitucionales es un punto de partida interpretativo básico y que la Constitución ha puesto en manos del Ministerio Fiscal en el art. 124 una misión que, por sí misma, es expresiva de la confianza institucional depositada en él.

El fundamento de la acción popular en nuestro ordenamiento jurídico es otro. Aunque la acción popular no sea un elemento esencial de la noción de Estado Democrático de Derecho, lo cierto es que la participación ciudadana en la administración de justicia mediante la acción popular es una manifestación del principio democrático y debe ser entendida como un medio funcional para garantizar esa participación de los ciudadanos en el proceso penal.

12. Por esta razón es claro que la acción popular puede ser regulada en el marco de las competencias generales que se le reconocen al Legislador para configurar el proceso penal y para abreviar, en su caso, la tramitación del proceso en ciertos delitos. Es decir: el Legislador está autorizado a aplicar el principio de celeridad en esta materia y, consecuentemente, pudo establecer una norma como la del art. 782.1 LECr. Esta no es una particularidad de nuestro derecho. La doctrina ha subrayado que incluso en Inglaterra, donde teóricamente la acción popular es todavía hoy el fundamento de la persecución penal, está sometida a numerosas excepciones y limitaciones.

En este sentido es perfectamente plausible que cuando el órgano que “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley” (art. 124 CE) así como el propio perjudicado por los hechos consideran que la causa debe ser sobreseída porque los hechos no constituyen delito, el Legislador no haya querido conferir a la acción popular un derecho superior al de las otras partes conjuntamente consideradas. Parece claro que en tales casos las perspectivas de que la acción tenga éxito estarán claramente mermadas, dado que el Fiscal estima que no está comprometido el interés social, en los términos del art. 124.1 CE, y el perjudicado no encuentra razones para mantener su pretensión punitiva basada en un interés particular. Estando satisfecho el interés social y el interés individual del perjudicado por el delito, está también justificado que se adopten medidas de celeridad que, en modo alguno desprotegen el interés social confiado al Ministerio Fiscal ni el interés particular defendido por el perjudicado.

Téngase en cuenta, por lo demás, que de esta manera la ley no anula el derecho de la acción popular, pues le reconoce importantes derechos procesales, como el de iniciar por sí el proceso, el de solicitar medidas cautelares, el de impulsar la instrucción me-

dante ofrecimiento de pruebas o el de participar con plenitud de facultades en la producción de la misma.

Tampoco sería acertado obviar el hecho de que el procedimiento abreviado tiene por objeto delitos que, considerados en abstracto, constituyen delitos de menor gravedad que los que son objeto del procedimiento ordinario y que ello es, precisamente, lo que justifica la abreviación del procedimiento y las medidas para agilizarlo, entre las que el Legislador ha considerado adecuada la norma del art. 782.1 LECr.

13. Aclarada la cuestión de la legitimidad constitucional del precepto, corresponde comprobar si la interpretación del mismo es sostenible. La cuestión que aquí se plantea se relaciona con el método interpretativo y, en particular, con la cuestión del carácter cerrado o abierto de las enumeraciones legales; en este caso se trata de la enumeración de quiénes están autorizados a solicitar por sí la apertura del juicio, que se desprende del texto del art. 782.1 LECr. La doctrina de la interpretación legal conoce desde antiguo el problema del “casus omissus” y ha forjado distintas máximas para su solución hermenéutica, tales como *expressio unius est exclusio alterius*, *expressum facit cessare tacitum*, *exempla illustrent non restringunt legem*. Cualquiera de estas máximas podría respaldar la interpretación realizada por el Tribunal *a quo*, dado que el carácter cerrado de la enumeración contenida implícitamente en el art. 782.1 LECr surge de su relación con el sistema valorativo de la Constitución.

Desde el punto de vista del sistema valorativo de la Constitución, no cabe sostener que el reconocimiento de la acción popular en art. 125 CE impone una interpretación que vaya más allá del texto del art. 782.1 LECr, como en realidad vienen a sostener los recurrentes. El reconocimiento de derechos a la acción popular, para que actúe junto al Fiscal y al acusación particular, implica un refuerzo de la parte acusadora que necesariamente implica una limitación del derecho de defensa, que es, indudablemente, un derecho fundamental (art. 24 CE). Conse-

cuentemente, dado que los derechos del Capítulo Segundo del Título I CE sólo pueden ser limitados expresamente por ley orgánica (arts 53.1 y 81.1 CE), la omisión en el art. 782.1 LECr de acordar facultades a la acusación popular para solicitar por sí la apertura del juicio, no puede ser entendida sino como una enumeración cerrada, pues de otra manera se infringiría la norma constitucional que sólo admite la limitación por ley orgánica de los derechos del Capítulo Segundo, Título I CE, en este caso, el derecho de defensa.

La disposición del art. 782.1 LECr es, por otra parte, un forma razonable, basada en el principio de igualdad de armas, de equilibrar el peso procesal de las múltiples acusaciones que se admiten en nuestro proceso en relación al derecho de defensa.

14. Considerando la voluntad expresada por el Legislador en el texto legal, es claro que el Legislador ha admitido la distinción entre el derecho del perjudicado por el delito y el de quien actúa en representación del interés popular. En el n.º 1 del art. 782 sólo hizo referencia a la acusación particular y al Ministerio Fiscal. En el n.º 2 del mismo artículo identifica al acusador particular con los “directamente ofendidos o perjudicados”. Por dos veces, por lo tanto, no mencionó a la acusación ejercida por quienes no son directamente ofendidos. Sin perjuicio de ello, la distinción entre la acción (privada) del perjudicado y la acción (popular) de todo ciudadano es reconocida en la doctrina procesal española y europea. Nada indica que el Legislador haya querido innovar conceptualmente al respecto.

Por otra parte, desde la perspectiva de una interpretación subjetiva o histórica se llegaría a igual conclusión, pues el debate parlamentario giró en torno a enmiendas que proponían “esclarecer la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, entre las figuras procesales de acusador particular —como representante del perjudicado por la acción delictiva— y el acusador popular” (B. O. de las Cortes Generales de 23 de mayo de 2002, enmienda N.º 133

respecto de la L. 38/2002, citado en el auto recurrido y por los recurrentes). Este párrafo pone manifiesto que el Legislador entendió que el acusador popular es quien actúa *quis ex populo*, sin haber sido perjudicado por el delito.

Por lo tanto: esa exclusión de la acción popular en el art. 782.1 LECr es una decisión consciente del Legislador, no es meramente arbitraria, tiene una justificación plausible desde el punto de vista constitucional, es razonable en lo concerniente a la organización del proceso y al principio de celeridad y equilibra la relación entre derecho de defensa y la multiplicidad de acusaciones. Es correcto, en consecuencia, concluir que la enumeración es cerrada y que no existen razones interpretativas que justifiquen una ampliación del texto legal.

15. También han invocado los recurrentes la STS 702/2003, que se refiere a la “paridad de armas” de la acción popular con el Ministerio Fiscal. El principio de “paridad de armas” opera en el marco de las relaciones entre acusación y defensa; su aplicación en el de las relaciones entre las diversas acusaciones sólo ha sido sostenido en comentarios de la LECr anteriores a 1930. La Sala estima que la mencionada sentencia no constituye un precedente que permita afirmar que la posición de la acusación popular no pueda ser limitada en la forma que prevé el art. 125 CE. Tal interpretación sería manifiestamente contraria al texto constitucional que difiere al Legislador la razonable configuración del derecho y a la práctica legislativa no cuestionada en la que las relaciones entre las acusaciones es regulada mediante un cuidadosa ponderación de bienes, estableciendo preferencias entre unas y otras y limitaciones de unas respecto de las otras, sea por razones procesales, sea por razones de política criminal.

(...)

Segundo.—Gran parte de la argumentación del primer motivo se reitera, aunque desde otros puntos de vista, en el segundo

motivo del recurso, cuyo fundamento es la infracción del art. 125 CE y de los arts. 19 LOPJ y 101, 783 (actual 761), 790.6 (actual 783.1) LECr, que configuran legalmente el derecho acordado por el art. 125 CE. Los recurrentes plantean varias cuestiones: (a) Se alega desde esta perspectiva que el derecho de la acusación popular es autónomo respecto de la acción pública que ejercita el Fiscal, citando en relación a esta cuestión diversas sentencias del Tribunal Constitucional que sostienen la autonomía de la acción popular que se postula. (b) Sostienen los recurrentes, asimismo, que las innovaciones legales del art. 782.2, introducidas por la L. 38/2002 no modificaron la autonomía del derecho de la acusación popular, pues sólo reflejan “una profunda desconfianza del legislador hacia el Ministerio Público”. Por tal razón la ley incorpora al procedimiento abreviado una disposición semejante a la del art. 642 LECr en el ámbito del procedimiento ordinario, que en nada debería afectar al derecho de la acusación popular. (c) El punto de vista del auto recurrido sobre el significado de la reforma introducida por la L. 38/2002, “que sus redactores saben de sobra que no se ha producido”, se dice en el recurso con manifiesta falta del respeto debido al Tribunal a quo, “subvierte la figura de la acusación popular hasta su práctica extinción, a pesar del rango constitucional que legalmente (sic) le corresponde”. (d) También sostienen los recurrentes que la interpretación del art. 782 LECr en la que se basa el auto es extensiva, porque considera que “acusador particular” es “sólo el ofendido o perjudicado”, agregando que “a nadie se le había ocurrido semejante cosa hasta ahora”. (e) Estiman los recurrentes, por otra parte, que en el auto recurrido se reconoce al Fiscal y al Abogado del Estado un derecho de carácter absoluto a ejercer la acusación, que se le niega a la acusación popular. (f) Al respecto estima que “el auto hace una sesgada referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional para justificar la limitación del ejercicio, el con-

tenido y el alcance de la acción popular”, dado que a su juicio el Tribunal Constitucional “nunca ha consagrado la doctrina según la cual la acción popular carece de autonomía en el ejercicio de su función”. (g) Las críticas concluyen afirmando que si el derecho de la acusación popular es de configuración legal, cabe preguntar cuál es la norma que permita sostener que la acusación popular no estaría legitimada para solicitar por sí la apertura del juicio, sobre todo cuando se trata de “la gigantesca defraudación tributaria perpetrada”, lo que justificaría la existencia del “interés legítimo y personal” de la acusación popular, negado en el auto recurrido.

El motivo debe ser desestimado.

(...)

2. Debemos señalar ahora, en primer lugar, que el art. 125 CE no establece, como ya lo hemos apuntado, qué regulación legal de la acción popular deba ser configurada como una acción absolutamente independiente. El Legislador no está obligado por el art. 125 CE a establecer una acción absolutamente autónoma; en su competencia estaba haberla configurado como una acción adhesiva respecto de la del Ministerio Fiscal, de la misma manera que, probablemente, podría haber configurado el jurado de conformidad con otro de los modelos de participación popular que ofrece el derecho comparado. Ya hemos visto, además, que en nuestra jurisprudencia la STS 702/03, citada por los recurrentes y ya considerada en el F.^o J.^o anterior, se ha admitido que, en ciertas circunstancias la acción popular, sólo puede ser adhesiva.

Por consiguiente, si el derecho de la acusación popular según el art. 125 CE es un derecho de configuración legal el alcance de su autonomía está condicionado por la regulación establecida en la ley. Esta cuestión es totalmente independiente de lo que haya establecido la L. 38/2002.

3. Es verdad que la configuración legal, de todos modos, ha regulado la acción popular, en principio, como autónoma respecto de la del Fiscal. La acción popular, como

señalamos, está autorizada a dar inicio por sí a la instrucción, ofrecer sus propias pruebas, solicitar medidas cautelares, sostener la subsunción de los hechos que estime adecuada y, en su caso, solicitar la pena que, dentro del marco legal previsto para el delito, entienda que corresponde, así como ejercer todos los recursos que pueda ejercer el Ministerio Fiscal. Esta autonomía no queda en absoluto sin efecto, como opinan los recurrentes, cuando se condiciona su derecho a solicitar la apertura del juicio a que el Ministerio Público y la acusación particular no hayan solicitado el sobreseimiento, dado que esta limitación del derecho, como vimos, es procesalmente plausible, porque la apertura del juicio oral tiene un efecto manifiestamente restrictivo de los derechos del acusado, así como consecuencias extra-procesales que, en una ponderación de los bienes constitucionales en conflicto, justifican ampliamente la limitación del derecho de la acusación popular. Es evidente que el Legislador ha realizado esta ponderación entre el derecho de la acusación popular y los derechos de los acusados por ella, en una situación límite en la que tanto el Fiscal como los perjudicados solicitan el sobreseimiento de la causa.

4. Por otra parte, no es correcto sostener que el auto recurrido “lleva a cabo una interpretación *contra legem*”, pues una interpretación ajustada al tenor literal de un precepto nunca puede ser una interpretación *contra legem*. Los recurrentes han querido decir, probablemente, que ellos tienen la pretensión de una interpretación *praeter legem* de los arts. 782.1 y 783.1 LECr apoyada en la suposición de que no cabe ninguna limitación de la acción popular en el procedimiento abreviado. Pero, en la medida en la que esta suposición ya ha sido contradicha al justificar la razón de ser del art. 782.1 LECr, no es necesario reiterar ahora los fundamentos ya expuestos.

5. No obstante, debemos hacer referencia a la afirmación de los recurrentes sobre la “inconsistencia de cuanto arguye el auto” y en especial a la que dice que la interpreta-

ción del art. 782 LECr “encierra otro sofisma”, porque “parte de que la expresión ‘acusador particular’ se refiere tan sólo en dicho precepto al ‘ofendido o perjudicado’”, concluyendo que “a nadie se le había ocurrido semejante cosa hasta ahora” y que “querellante particular, siempre se ha considerado comprensivo de la acusación popular”. La alegación no es correcta, cualquiera que haya sido el acierto o el error de la argumentación del auto recurrido.

Ante todo está documentado en citas contenidas en el propio escrito del recurso que precisamente el Legislador, la jurisprudencia y la doctrina han entendido que los términos “acusador particular” y “acusador popular” mencionan conceptos diversos. En la página 36 del escrito de los recurrentes se transcribe, sin objetar su contenido, el mismo párrafo citado en el auto recurrido, en el que se revela que en el debate parlamentario se tuvo presente “la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente entre las figuras procesales de acusador particular —como representante del perjudicado por la acción delictiva— y el actor o acusador popular”.

Además, es la propia LECr la que establece las bases conceptuales de la distinción de la “acusación popular” respecto del “acusador particular”. En efecto, mientras el art.

101 LECr se refiere a “todos los ciudadanos”, el art. 102 establece qué ciudadanos están inhabilitados para el ejercicio de la acción penal pública, pero deja a salvo el caso de que los inhabilitados hayan sido perjudicados por un delito o una falta cometidos contra sus personas y bienes (o de personas respecto de las que se les reconoce un poder de representación). Asimismo, la distinción conceptual aparece en el art. 270 LECr, donde los extranjeros quedan excluidos del ejercicio de la acción popular, pero se les reconoce el derecho de querellarse “por los delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados”. También en los arts. 280 y 281, de conformidad con los cuales la fianza que exige el primero no es requerida para el ofendido.

En consecuencia: no contradice la ley haber entendido que en el art. 782.1 LECr el concepto “acusador particular” no incluye al acusador popular, toda vez que la base conceptual del sistema legal los distingue.

6. Las anteriores consideraciones valen también para rechazar la vulneración de los arts. 19 LOPJ y 101 LECr, dado que su estructura normativa es una reproducción del art. 125 CE, y la de los arts 783 y 783.1 LECr., que son la manifestación de la configuración legal del derecho de la acusación popular.

Sentencia 11/2008, Sala de lo Penal del TS, de 11 de enero de 2008

**PRINCIPIO ACUSATORIO. IMPOSICIÓN DE PENA DE MULTA NO SOLICITADA
Arts. 24 CE y 789.3 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

Se acoge en la sentencia el criterio recogido en el Acuerdo del Pleno de 27 de noviembre de 2007 (incorporado a este número de la Revista de

Derecho Penal), que matiza, a la vez, al anterior de 20 de diciembre de 2006 (incluido en el número 21).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

B) El motivo Primero, a su vez, sobre la base del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiere a la infracción de ley consistente en la indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal, al haber incorporado la Sentencia recurrida a la imposición de la pena de multa, que no fue solicitada en su momento por el Ministerio Fiscal.

La importancia de esta cuestión, a la vista del Acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006, que decía así: “El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”, y las dudas suscitadas acerca de si ese Acuerdo resultaba o no de aplicación al caso que nos ocupa, en el que no se trata de aplicar una pena superior a la solicitada sino de la posibilidad de imponer la no solicitada, motivó que se suspendiera la deliberación inicialmente se-

ñalada para este Recurso hasta que en una nueva Sala General se estudiase el asunto.

Y así, el día 27 de noviembre pasado en el Pleno en esa fecha celebrado, con base esencialmente en que ambos supuestos eran diferentes entre sí, puesto que en el primero se trataba, en realidad, de una inaceptable corrección “al alza” de las pretensiones formuladas por la Acusación, mientras que en el segundo sólo se lleva a cabo la corrección de una evidente omisión involuntaria, con aplicación de lo previsto expresamente en la norma, se decidió que: “el anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”.

Razones por las que procede también la desestimación de este segundo motivo y con él, la del Recurso en su integridad.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 2/2007, AP PALENCIA, Sec. 1.^a, de 6 de febrero de 2007

MALTRATO FAMILIAR. INCLUSIÓN DE LAS COSTAS DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

Arts. 124, 153.1, 2 y 3 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Miguélez del Río

SÍNTESIS

Confirma la sentencia la regla general según la cual el criterio de condenar al pago de las costas causada por la parte acusadora sólo ha de quebrar cuando su intervención en el proceso únicamente aporte peticiones superfluas, innecesarias, incoherentes o perturbadoras para el enjuiciamiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La parte apelante sostiene también que no procede la imposición de las costas procesales de la acusación particular, como indica la resolución recurrida, con el argumento de que su actuación fue innecesaria. También en esto debe confirmarse la resolución recurrida.

Así es, el criterio de la condena en costas a favor de la parte acusadora según constante jurisprudencia (por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril del 2000),

constituye la regla general que sólo ha de quebrar cuando su intervención en el proceso sólo aporte peticiones superfluas, innecesarias, incoherentes o perturbadoras para el enjuiciamiento, o bien cuando se aprecie una absoluta heterogeneidad con lo solicitado por el Ministerio Fiscal. También es doctrina pacífica que, abandonado ya el antiguo criterio de la relevancia, sólo cuando hayan de ser excluidas las costas de la acusación particular procederá el razonamiento explicativo correspondiente en tanto que, en caso contrario, el Tribunal no tiene que pronun-

ciarse (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1998). Este criterio es el mantenido de manera invariable por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y así en la Sentencia 634/2002 de 15 de abril se dice: “La doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de imposición de las costas de la acusación particular, puede resumirse en los siguientes criterios, (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1995, 2 de febrero de 1996, 9 de octubre de 1997, 29 de julio de 1998, entre otras:

1) La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluye siempre las de la acusación particular (artículo 124 C. Penal 1995).

2) La condena en costas por el resto de los delitos incluye como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil (Sentencias del Tribunal Supremo 26 de noviembre de 1997, 16 de julio de 1998, 23 de marzo de 1999 y 15 de septiembre de 1999, entre otras muchas).

3) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia (Sentencia núm. 430/1999, de 23 de marzo de 1999).

Sentencia 676/2007, AP BARCELONA, Sec. 20.ª, de 4 de julio de 2007

¿HOMICIDIO O LESIONES?: “ANIMUS NECANDI”

Art. 16.1 y 138 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Concepción Sotorra Campodarve**

SÍNTESIS

Ante la disyuntiva de calificar los hechos como un delito de lesiones consumados o una tentativa de homicidio, se sirve la Audiencia de los criterios tradicionales: antecedentes del hecho; relaciones entre la víctima y el agresor; motivación de la agresión; arma utilizada; zona corporal afectada, persistencia en el ataque; entidad, número y gravedad de las heridas causadas; palabras pronunciadas, y condiciones del lugar y el tiempo que acompañan a la agresión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Y acreditada la conducta del procesado, procede ahora analizar el ánimo que movió al mismo a la acción enjuiciada, de matar,

según el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, o simplemente de lesionar, en postura sostenida por la defensa. Ninguna duda cabe al tribunal que fue el *animus necandi* el que presidió la conducta de Gonzalo cuando atacó a su novia. En efecto, aun-

que dicha voluntad pertenece a la esfera interna del sujeto, no siendo por ello objeto de prueba directa a salvo de los supuestos de confesión expresa por el imputado, es lo cierto que la prueba indirecta o indiciaria acompañada de la adecuada inferencia lógica puede llevarnos a la certeza de la presencia de este ánimo en el actuar del agente. Abundante es la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, contenida, por todas en STS de 22 de marzo de 2000 ó 28 de enero de 2005, que desmenuza los elementos que pueden ser tenidos en cuenta para llegar a esta conclusión. Según esta doctrina, son elementos reveladores del ánimo que presidió la acción del procesado, por un lado, los previos al ataque, concretados en los antecedentes de hecho y relaciones entre la víctima y el autor, capaces de evidenciar la presencia de una causa o motivación de la agresión. Por otro, deben ser tenidos en cuenta para inferir el propósito homicida los elementos coetáneos, en concreto, clase de arma utilizada, zona afectada por la agresión, la eventual persistencia en el ataque, entidad, número y gravedad de las heridas causadas o las palabras y condiciones de lugar y tiempo que acompañan a la acción. Por último, también es reveladora del eventual propósito homicida la reacción del agente ante su propia acción.

Pues bien, dicha Jurisprudencia se ve plenamente cumplida en el presente caso. De esta forma, nos llevan a concluir la presencia del ánimo de matar, primero, el momento anterior a la agresión, en que se produjo una discusión entre las partes durante cuyo transcurso la novia del procesado le dijo que lo iba a dejar, algo que lo enfadó sobremedida, procediendo el mismo de modo inmediato a romper el espejo y coger un trozo con el que comenzó la agresión. Segundo, la naturaleza de las armas empleadas en el ataque contra la vida de la víctima, como lo fueron el cristal de un espejo roto, y un cuchillo de importantes dimensiones, ambos aptos para provocar la muerte. Por otro lado, deben tenerse en cuenta las zonas vulneradas en la agresión, en concreto el cuello, el

tórax y el abdomen de la víctima, zonas calificadas por los médicos forenses que han depuesto en el acto del juicio como de riesgo vital, tanto por la localización anatómica como por las estructuras inferiores de la zona afectada. A tal efecto, han puesto de manifiesto que la herida del cuello era larga y dejaba visible la aorta, no siendo mortal de necesidad por milímetros; que la del tórax presentaba riesgo vital por haber afectado a la pleura, y que la del abdomen no lo llegó a presentar por su insuficiente profundidad, ya que no llegó a afectar la cavidad abdominal, algo en lo que, según sus propias manifestaciones, pudo incidir el importante volumen de grasa abdominal que presentaba en aquellas fechas la perjudicada. Asimismo, también abona en este caso la presencia del ánimo de matar la reiteración y persistencia en la agresión, que se desarrolló en un prolongado espacio de tiempo, sucediéndose en dos episodios independientes, y ubicados en dos lugares distintos de la vivienda precisamente por el intento de huida de la víctima ante la primera agresión en el dormitorio, una huida que fue impedida por el procesado, quien la siguió hasta la cocina para continuar con su propósito homicida, esta vez con un cuchillo, con el que intentó de nuevo, también sin conseguirlo, consumir la muerte de aquella. Resta, por último, hacer referencia a las manifestaciones del procesado, tanto coetáneas como posteriores a la agresión, con reiteradas referencias a que ella iba a morir, y a que si ella moría, morirían juntos, expresión proferida escasos instantes antes de su propia autolesión, también con el arma blanca, de tres heridas incisas, dos en el tórax y una en el abdomen, esta última de gravedad por haber interesado el hígado del procesado.

Sentado lo anterior, y delimitada por tanto la calificación jurídica del hecho como de homicidio, procede analizar el grado de consumación delictiva. Teniendo en cuenta que el *iter criminis* avanzó hasta un estadio lo suficientemente elevado como para vulnerar de forma efectiva la integridad física de la víctima, quien sufrió un total de siete

heridas incisas por arma blanca en diferentes lugares de su cuerpo, no cabe sino concluir que nos hallamos ante una tentativa acabada del artículo 61.1 en relación con el 62 del Código Penal, y que el peligro inherente al intento producido impone la rebaja de la pena únicamente en un grado.

4) Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado, sentencia 16 de julio de 1998.

En el caso que nos ocupa, es evidente que la acusación particular ha tenido una actua-

ción en la causa relevante y muy activa, no sólo en la fase de instrucción, sino también presentando un escrito de acusación con peticiones que después fueron aceptadas en parte en la sentencia dictada, solicitando la práctica de importantes medios probatorios e intervinendo directamente en el acto del juicio. Por lo que parece justo indicar que las perjudicadas tienen derecho a ser resarcidas de los gastos ocasionados por un actuar ilícito del acusado, cuales son los ocasionados por la necesaria intervención mediante abogado y procurador en el procedimiento para poder defender sus derechos.

Sentencia 471/2007, AP BARCELONA, Sec. 10.^a, de 6 de julio de 2007

DROGAS: LEGALIDAD DE LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO RADIOLÓGICO

Art. 16 y DA 1.^a LO 12/1995, de 12 de diciembre; 17 y 24 CE y 492 y 520 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Andrés Salcedo Velasco**

SÍNTESIS

Aplica la Sala la doctrina del Tribunal Constitucional conforme a la cual cuando un viajero extranjero llega a un aeropuerto español y se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad, ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos: de ahí que no sea precisa la asistencia de letrado ni la consiguiente previa detención con instrucción de sus derechos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—Abordamos ahora la segunda gran cuestión planteada por la defensa,

que es la relativa a la nulidad de la exploración radiológica y del resultado obtenido en la misma, por no haber contado con la asistencia letrada que estima era impres-

cindible atendidas las circunstancias del caso.

Si bien acabamos de argumentar por qué no estima el tribunal que procediera necesariamente una detención inmediata tras tomar tierra en España del procesado y por tanto la información coetánea de su derecho a la asistencia letrada, y con ello podría darse respuesta a la tesis de la defensa, debemos abordar el tema igualmente pues veremos que hay un matiz referido al momento de la exploración radiológica ya detenido que debe estudiarse con detalle.

En relación con el consentimiento dado para la exploración radiológica y su práctica, en este caso debemos recordar la doctrina jurisprudencial sobre el particular. En esencia es esta.

La resume perfectamente la reciente STS de 31 de octubre de 2006 que aborda, en su motivo tercero, la circunstancia de un examen radiológico en el que se localizó la sustancia estupefaciente en el interior del cuerpo, no precedido ello de la información de derechos.

Señala como, el atestado policial, revela, al igual que en este caso, la existencia de unas sospechas, en el supuesto de la sentencia del Supremo derivaban de un comportamiento nervioso al presentar la documentación en la aduana, y por ello se invita al pasajero a un examen radiológico que permitió, al igual que en nuestro caso de forma voluntaria, del que resultó la comprobación de que portaba de cuerpos extraños, droga.

Una reiterada jurisprudencia ha resuelto impugnaciones semejantes a la que es objeto de la formalizada.

El Tribunal Supremo en junta general de la Sala segunda celebrada el día 5 de febrero de 1999 examinó la cuestión planteada cuando una persona, normalmente viajero que llega aeropuerto procedente del extranjero se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo. Se analizó si para practicar un examen radiológico con consentimiento de

la persona afectada era necesaria su previa detención, información de derechos y asistencia de letra.

La Sala general adoptó el siguiente acuerdo: “Cuando una persona normalmente viajero que llega a un aeropuerto procedente del extranjero, se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su Organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad, ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de letrado ni la consiguiente previa detención con instrucción de sus derechos.

Sentencias de la Sala segunda han aplicado dicho acuerdo ya desde la STS de 17 de febrero de 2000 que recoge el contenido de la de 22 de diciembre de 1999 en la que se expresa, que quien ahora recurre al entrar en territorio aduanero español puede deber soportar la privación de libertad deambulatoria amparada por una ley orgánica, la ley orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, artículo 16 y disposición adicional primera. El artículo 17 de la CE consagra como derecho fundamental la libertad y prevé que nadie pueda ser privada de ella salvo en los supuestos que la ley establezca, regulando la ley de enjuiciamiento criminal la detención por razón de delito y otras leyes orgánicas supuestos distintos de privación de libertad en los que no concurre la previa existencia de sospechas racionales de comisión de delito.

Cuando los funcionarios encargados de la vigilancia fiscal en un Aeropuerto privan de libertad deambulatoria a un viajero para comprobar el cumplimiento de la normativa de represión del contrabando, actúan las facultades que el ordenamiento dispone para la vigilancia, y entre ellas la privación de libertad deambulatoria, para la que se carece de indicios racionales de comisión de un hecho delictivo, lo que determinaría la aplica-

ción de los artículos 492 y 520 de la ley procesal.

Señala la STS de 5 de julio de 2006, citando otra anterior de 11 de septiembre 2005 que el examen radiológico a que son sometidos algunos pasajeros al llegar a los aeropuertos españoles en prevención de un posible transporte de droga en el interior de su organismo, no es por sí misma, detención y no comporta que, necesariamente, está previamente se haya practicado, sino mero control dentro de las normas de las normales actuaciones policiales de prevención delictiva.

Cuando se realiza, como en este caso, voluntariamente a instancia de los agentes que solicitan del pasajero ser examinado, pres-tándose este voluntariamente a la comprobación interesada, no entraña limitación o constricción forzosa de la libre deambulación propia de una verdadera detención. Y ello por lo mismo que no lo es tampoco la momentánea privación o restricción a quien se le pide identificación personal, o el conductor a quien se ordena parar para someterse la prueba de alcoholemia. Se trata en todos estos casos de actos administrativos en el ámbito de las relaciones de prevención policial y de seguridad en los que la orden dada por el agente pasa por la aceptación del administrado para la lícita realización de la comprobación perseguida.

Recuerda la STS de 11 de febrero de 2002 que, prestado o el consentimiento por el afectado, el examen radiológico, hallándose éste en situación de no detención y no habiendo sido imputado el delito de tráfico, cuando se pide y otorga consentimiento, no infringe los derechos a ser informado inmediatamente y de forma comprensible de los derechos del imputado, ni infringe el derecho a la asistencia de abogado, ni el de declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Ninguno de tales derechos resulta vulnerado con la actuación policial aquí seguida. No fueron violados los derechos a la información inmediata y a la asistencia de letrado porque los mismos están vinculados por el artículo 17 de la CE a la situación de

detenido y al acusado no se le detuvo hasta momento posterior a la prestación del consentimiento, y no lo fueron tampoco los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable porque no equivale a una declaración ni hubo autoconfesión el prestarse a un examen que puede proporcionar pruebas acusatorias.

Ni siquiera en el caso hipotético de que se admitiese tal equivalencia se habrían percutido aquellos derechos con el voluntario consentimiento a tal examen.

Si no hay tal aquiescencia al examen, como nos recuerda a la SCT SEP 24 de octubre de 2005 si es cierto que no se podrá llevar a cabo de esta forma y la actividad de control que a determinados funcionarios corresponde, como son los encargados de vigilancia aduanera habrá de adoptar otros cauces para su ejercicio pero, en todo caso, añade, es ocioso e innecesario informar de los derechos que corresponden a los detenidos o presos y a los anhelos imputados a quien no esta cuando se le solicita el consentimiento.

En ese marco se solicita el consentimiento a una exploración radiológica cuyo resultado determinará un distinto contenido de la subsiguiente actualización policial. La localización de efectos que pudieran ser constitutivos de un delito determinará la concurrencia de los presupuestos, conforme al artículo 492 de la Ley Procesal de una detención por razón del delito. Su ausencia por el contrario, determinará la finalización de la privación de libertad y ambulatoria y, en su caso, del procedimiento de represión del contrabando.

A tenor de esta doctrina, dos son los requisitos necesarios para que la exploración radiológica realizada sin previa información de derechos ni asistencia letrada sea constitucionalmente correcta y apta para ser valorada como prueba de cargo idónea para desvirtuar la presunción de inocencia:

A) Que la persona explorada no esté detenida porque si lo estuviere le ampararía los derechos y garantías establecidos en el artículo 17.tres de la CE.

B) Que preste libremente su consentimiento para ser examinada por el indicado medio, toda vez que si no lo consintiese y fuere obligada por la fuerza a someterse a la prueba desde ese mismo momento estaría sufriendo una privación de libertad constitutiva de detención, con independencia de la posible restricción de otros derechos fundamentales que estarían, en todo caso, bajo la tutela y la salvaguarda de la autoridad judicial.

Cuando quien se somete voluntariamente a un reconocimiento radiológico no se encuentra detenido, la exploración radiológica

estaría legitimada por el consentimiento del interesado por lo que no habría vulneración del derecho a la intimidad ni tampoco del derecho a la asistencia de letrado ya que este derecho nace de la situación de detención ex artículo 17.Tres de la CE o de la existencia de la imputación de un delito de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de la ley de enjuiciamiento criminal.

Como también señala la STS del 22 de diciembre de 2005 en definitiva, el examen radiológico a que se somete a algunos pasajeros no es por sí mismo la detención ni comporta que necesariamente ésta previamente se haya practicado.

Sentencia 669/2007, AP BARCELONA, Sec. 7.ª, de 12 de julio de 2007

ESCUCHAS TELEFÓNICAS: NULIDAD DE ACTUACIONES POR NO CONSTAR EL TESTIMONIO DEL AUTO AUTORIZÁNDOLAS

Art. 18.3 CE y 11.1 LOPJ

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana Ingelmo Fernández**

SÍNTESIS

Sostuvo la defensa que, al no constar en el testimonio que dio origen a la causa el Auto que autorizó las escuchas telefónicas realizadas, debía reputarse nula esta diligencia sumarial. La Sala, por los razonamientos que se exponen en el Fundamento de Derecho que transcribimos, desestima esta alegación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Al amparo de lo establecido en el art. 666 de la LECR la defensa de los acusados Pedro Antonio y Natalia, solicitó que se declarara la nulidad de las escuchas

telefónicas y de todas las pruebas que derivaran directa o indirectamente de la misma. La sala acordó resolver la cuestión planteada en la sentencia, tras la celebración del juicio oral, siguiendo el criterio establecido por el TS.

Para poder resolver lo planteado por la defensa es necesario delimitar la cuestión planteada.

La presente causa la inició el Juzgado de Instrucción n.º 1, acordando sacar testimonio de particulares del sumario 12/2004 seguido por el mismo y ya enjuiciado por la Sala. En el citado sumario se había acordado por el juez instructor la intervención del teléfono (...), perteneciente a las personas que estaban siendo investigadas. Resultando del contenido de las comunicaciones la presunta participación de los procesados de esta causa, ya citados. Dentro del sumario 12/2004, en fecha 5 de octubre de 2004 se dictó auto acordando la prórroga de la intervención del citado teléfono, así como la intervención del teléfono (...), y la de las comunicaciones que Pedro Antonio y Natalia efectuaran mediante llamadas a los citados teléfonos.

El testimonio, que dió origen a la presente causa no comprende el auto por el que se acordó la intervención del teléfono (...), encontrándose en el mismo el resultado de las comunicaciones amparadas por ese auto y el citado de fecha 5 de octubre de 2004.

Lo que sostiene la defensa es que al no constar el citado auto, no puede considerarse que existió resolución judicial habilitante para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas amparado en el art. 18.3.º de la CE, por ello el auto de fecha 5 de octubre 2004 no puede considerarse como con prórroga legítima, y en virtud de ello toda la información conseguida por la policía como consecuencia de esas intervenciones ilegítimas, que dieran lugar a la identificación y posterior detención de los procesados, resultaría nula al amparo del art. 11.1.º de la LOPJ, porque la prueba se había obtenido con vulneración de derecho fundamental.

El auto de fecha 5 de octubre de 2004, que es el que limita el derecho fundamental de los procesados al secreto de las comunicaciones telefónicas, reúne todos los requisitos que exige el TC (sentencias 49/1996, 171/1999, 14/2001 y 167/2002) para que

pueda considerarse como resolución habilitante para la limitación de derechos fundamentales. Contiene las razones fácticas y jurídicas necesarias.

El auto recoge todas las investigaciones que se están realizando y su resultado. Y en el supuesto que nos interesa se recogen los elementos fácticos de los que se desprenden los indicios de delito y la conexión de los procesados con el mismo. Indicios que son algo más que meras sospechas. Lo que justifica la limitación del derecho, ya que se trata de un delito grave, que no puede ser investigado por otros medios.

Ahora bien, los datos con los que cuenta el instructor derivan de la intervención telefónica acordada mediante Auto, pues ello se desprende del Auto de 5 de octubre, pero sin que dicho auto nos conste.

La cuestión queda centrada en determinar si la obtención de esos datos puede considerarse ilícita, y si ello fuera así, la prórroga acordada en el citado auto, no podría amparar la limitación del derecho fundamental de los procesados.

Efectivamente no se cuenta con el auto que acordó la intervención inicial, por lo que la Sala no puede analizar el mismo desde el punto de vista constitucional. Pero no se puede olvidar que tal auto no limitaba el derecho de los procesados, sino de los que lo fueron en el sumario 12/2004. Aunque también es cierto que el art. 18.3 de la CE ampara no sólo el contenido de las comunicaciones, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores. Resultando identificados por sus nombres los procesados, teniendo lugar su total identificación gracias a la investigación policial.

El TS en sentencia de 19 de febrero de 2007, aborda un problema similar, pero en ese caso había sido la policía quien había obtenido la información telefónica al margen del proceso penal. En este caso la información se obtiene dentro del ámbito del proceso penal, habiéndose dictado el correspondiente auto y constando en el testimonio el control judicial de la intervención telefónica acordada. Por ello, la Sala considera que el conocimiento de esos datos por el

Instructor, que le llevan a dictar el auto de fecha 5 de octubre de 2004, no puede considerarse ilegal, gozando de toda validez este último auto, que es el que limita el derecho al secreto de la comunicación telefónica de los procesados, y del que se deriva el resto de la investigación que dio como resultado la detención de los procesados y la intervención de la cocaína y demás efectos. Por tanto, todo lo que deriva de este auto tiene valor probatorio, pues no se ha obtenido ni directa ni indirectamente mediante la vulneración de derechos constitucionales.

Ahora bien, del mismo modo, la Sala considera que no puede valorarse como prueba de cargo las conversaciones mantenidas por los procesados, durante la primitiva intervención, acordada por el auto que no obra en la causa.

Resultando constitucionalmente válida toda la prueba obtenida con posterioridad al auto de fecha 5 de octubre de 2004. Pudiéndose valorar el contenido de las comunicaciones telefónicas producidas a partir de esa fecha.

Sentencia 84/2007, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 13 de julio de 2007

PRUEBA ILÍCITA: ESCUCHAS TELEFÓNICAS

Arts. 18 y 24 CE

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Celia Sainz de Robles Santa Cecilia**

SÍNTESIS

Declara la Audiencia que, en este caso, las prórrogas de las autorizaciones para la intervención telefónica, permitan en realidad una indefinida instalación de las escuchas y, aplicando la doctrina denominada “de conexión de la antijuricidad”, priva de eficacia probatoria a dichas diligencias y absuelve.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Pero, a los efectos de la prueba de cargo, el descubrimiento del objeto de este procedimiento, no debe estimarse lícitamente obtenido.

Se hace preciso en esta resolución recordar que la intimidad tiene el rango de derecho fundamental, reconocido por la Constitución. La intromisión en el mismo, pues,

significa necesariamente, su inmolación y una grave mella o restricción de la esfera de libertad del ciudadano, —la esfera en la que la Ley le protege, le confiere garantías frente al poder del Estado— y su generalización equivaldría a la abolición de la diferencia entre el Estado sometido a la Ley y el totalitario.

La doctrina sobre los límites a que ha de estar circunscrita la invasión de un derecho

fundamental, reconoce y expresa en efecto que no es lícito que el Estado utilice cualquier medio sin restricción, ni siquiera para perseguir el injusto más grave, el delito penal. Tanto menos si ha de servirse del sacrificio del derecho de un ciudadano y tanto más cuanto, como en el caso presente, la forma de obtención de evidencias ha resultado prescindir de la fundamental distinción entre la genérica persecución y prevención del delito y la búsqueda de indicios de un delito concreto, inminente y grave. Como dicen la doctrina constitucional y el Tribunal Supremo, esta materia ha de regirse por el principio de especialidad en la investigación, debiendo rechazarse las intromisiones prospectivas, como no hay duda que terminó ésta por serlo, prolongándose las escuchas, en rigor, sin base real en los hechos que inicialmente las autorizaron y en la esperanza de terminar por encontrar datos. “El sacrificio del derecho fundamental es lícito con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose intervenciones predelictuales o de prospección” (Entre muchas otras que recogen la doctrina constitucional, STS n.º 498/2003, de 24 de abril) o las efectuadas “para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional” (SSTC de 5 de abril de 1999, de 27 de septiembre de 1999).

Por todo lo cual, ha de concluirse que las escuchas u observaciones telefónicas se convirtieron en excesivas, pues en este caso, las prórrogas, en realidad, permitían una indefinida instalación de las escuchas. De hecho, se hicieron sin que el tiempo representase un límite, sin restricción del número de personas escuchadas y sin especial consideración de los indicios de la mayor o menor gravedad del delito, porque derivaron en una investigación general, al resultar de las transcripciones de las cintas la falta completa de datos o de indicaciones de la dedica-

ción de los observados a la tarea de la importación de la sustancia estupefaciente desde Bolivia. Es decir, que, de aplicarse el tiempo suficiente las escuchas a cualquier ciudadano, resulta probable que la policía terminase por encontrar indicios de algún delito cometido en el pasado o próximo a cometerse por él mismo o por alguna persona de él conocida.

Por las razones expuestas, no debe considerarse lícitamente obtenido, sino obtenido exclusivamente a través de la vulneración de un derecho fundamental invadido de manera abusiva por el Estado, el conocimiento del delito que a los procesados se les ha imputado en este procedimiento. Conocimiento que trae su origen de la investigación de otro delito —de cuyos avatares ya no hay información en este procedimiento— y en relación con el cual no existe indicio ninguno (que así conste) de la implicación de estos procesados.

Sexto.—Habrà de venir en consideración por lo tanto, la doctrina constitucional llamada de la conexión de antijuricidad, para excluir ahora el valor probatorio de las entradas y registros acordados por el Juez en los domicilios y en la consulta de los procesados como consecuencia de las intervenciones telefónicas instaladas y, por consiguiente, también el valor probatorio de los objetos y sustancias hallados en el curso de los mismos.

La STC 28/2002, de 11 de febrero, a propósito de la llamada conexión de antijuricidad recuerda que en supuestos excepcionales puede considerarse lícita la valoración de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental, por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes. La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucional-

mente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuricidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de la valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones (STC 81/1998, de 2 de abril).

Y, para determinar si existe o no la conexión de antijuricidad debe analizarse la cuestión desde una doble perspectiva: una perspectiva interna que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Por otro lado, una

perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige (SSTC, de nuevo por otras muchas, de 28/2002, de 11 de febrero, 261/2005, de 24 de octubre).

Pero en este caso, verdaderamente al Tribunal no le ha suscitado duda la conexión o derivación —también, pues, de antijuricidad— entre la investigación originaria mediante la intromisión en la intimidad de los escuchados y los motivos de las entradas y registros ordenados y de los subsiguientes hallazgos de objetos. Prescindiendo como hipótesis de las primeras, las segundas no hubieran resultado factibles tampoco.

Por lo demás, no ha habido otras pruebas que tuvieran procedencia distinta de éstas, ni, en particular reconocimiento o admisión de los hechos por los procesados que resultase imputable sólo a su voluntad o espontaneidad.

No ha habido otra fuente de información sobre los hechos objeto de este procedimiento que no proceda de las escuchas tantas veces reiteradas. Más aún: los hechos mismos investigados derivan también de ellas, que sirvieron para descubrir su existencia y no meramente para ponerlos en claro.

Auto 324/2007, AP VALLADOLID, Sec. 4.ª, de 13 de julio de 2007

IMPAGO DE PRESTACIONES: INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN “CUALQUIER TIPO DE PRESTACIÓN ECONÓMICA” PAGO DE LA HIPOTECA

Art. 227 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ángel Santiago Martínez García**

SÍNTESIS

A la vista del bien jurídico protegido por el tipo del artículo 227 del Código Penal concluye la Sala que con este precepto lo que se está protegiendo no son todos los pronunciamientos judiciales dictados en los procesos a que se refiere el artículo y que puedan tener algún contenido económico,

sino sólo las prestaciones que tienen un genuino carácter asistencial. En este caso se trataba del préstamo hipotecario, el IBI y los gastos de comunidad de la vivienda ganancial.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En la denuncia que dio origen a este procedimiento, por la parte denunciante se explicó que el motivo de la denuncia era que el denunciado había dejado de pagar las cuotas del préstamo hipotecario de la vivienda ganancial correspondiente a las mensualidades que allí se indican, los recibos correspondientes a la contribución (IBI) y la mitad de los gastos de la Comunidad, todos ellos referidos a la vivienda ganancial; por último se hacía referencia al impago de los alimentos para con los hijos correspondientes al mes de junio de 2003 y julio de 2004, que en su declaración la denunciante amplía a los meses de julio de 2005 y julio de 2006.

Como ya tuvo ocasión de exponer esta Sala en su Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2003, en el Rollo 556/2003, “Partiendo de la consideración de que el delito imputado es un delito de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones del artículo 227 del Código Penal producida en el ámbito de un proceso matrimonial, en la línea de lo que ya expusimos en nuestra Sentencia n.º 366/2003, de 15 de julio de 2003, un primer problema que debemos abordar a la hora de analizar este asunto es que uno de los elementos que integran el tipo objetivo es la fijación de cuál debe ser el título generador de la obligación de pago, a fin de delimitar su alcance.

El artículo 227 del Código Penal se refiere a “cualquier tipo de prestación económica” siempre que tenga por beneficiarios al cónyuge o a los hijos, que la misma se haya establecido en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, y que tal pronun-

ciamento se haya producido en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad matrimonial, proceso de filiación o proceso de alimentos.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la expresión “cualquier tipo de prestación económica” exige un esfuerzo de delimitación a fin de no olvidar el bien jurídico protegido y que con este precepto lo que se están protegiendo no son todos los pronunciamientos judiciales dictados en aquellos procesos que puedan tener algún contenido económico, sino sólo las prestaciones que tienen un genuino carácter asistencial; así, tratándose de procesos matrimoniales, los supuestos más claros de deberes prestacionales protegidos por el precepto son la contribución a las cargas del matrimonio [artículos 90.c) y 93 del Código Civil], la pensión por desequilibrio económico (artículo 97 del Código Civil) y la indemnización al cónyuge de buena fe en los casos de nulidad matrimonial (artículo 98 del Código Civil).

En esta misma línea se ha manifestado nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de julio de 1999 en el sentido de que una interpretación extensiva del precepto podría determinar su inconstitucionalidad, cuando tal interpretación supusiese una forma encubierta de “prisión por deudas”, dado que la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 que dispone: “nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”, precepto que se integra en nuestro ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución.

Por tanto no pueden ser incluidas en el concepto del tipo aquellas cantidades que no participen del sustrato asistencial, habiendo entendido la doctrina que así acontece con las cantidades propias de litis expensas, o los créditos finales que uno de los cónyuges pueda tener contra el otro en virtud de la liquidación de la sociedad económico-matrimonial.

Entendemos que tampoco pueden ser incluidos en el concepto los pagos de los préstamos, hipotecarios o no, que tuvieran suscritos los cónyuges antes de la ruptura matrimonial. Es frecuente que los matrimonios tengan concertados contratos de préstamo, personales, hipotecarios para la compra de la vivienda, o de otro tipo, y siempre se plantea el problema de quien tiene que hacerse cargo de tales préstamos cuando se produce la situación de ruptura matrimonial.

Ocurre que en ocasiones los matrimonios asumen un nivel de gastos y de endeudamiento que después es insostenible si se produce la separación o el divorcio, dado que estas situaciones implican necesariamente una pérdida económica y una duplicidad de gastos que puede provocar el que no se pueda hacer frente a los pagos de los préstamos que en su día habían sido concertados y asumidos frente a una entidad crediticia.

Los pronunciamientos judiciales de las causas matrimoniales en los que se impone a uno de los cónyuges el pago de la mitad o de la totalidad de los préstamos que tenían suscritos los cónyuges (obviamente sin perjuicio de los créditos que ello pueda generar de cara a la posterior liquidación de la sociedad legal de gananciales), son pronunciamientos harto discutibles, puesto que intentan imponer a un cónyuge una obligación dentro de una causa matrimonial cuando en realidad esa obligación es de carácter contractual y es una obligación que se tiene contraída frente a un tercero, que es el Banco o entidad crediticia con la que se concertó el préstamo. Los Juzgados y Tribunales pueden tener en cuenta cuál de los cónyuges es el que se va a hacer cargo del pago de

tales préstamos (si es que alguno de ellos está en condiciones de asumirlo tras la ruptura) a fin de, en base a ello, fijar las pensiones de alimentos a favor de los hijos o la eventual pensión por desequilibrio económico a favor de uno de los cónyuges, y si después no son atendidos tales préstamos, ello podría servir de base para que se interpusiera una modificación de las medidas en su día acordadas.

Haciendo referencia concretamente a los préstamos hipotecarios, hemos de tener en cuenta que el deber de los padres de procurar habitación a sus hijos, como un elemento más del deber de alimentos, no significa que necesariamente tengan la obligación de adquirir una vivienda en propiedad, pues ese deber y esa necesidad también pueden quedar cubiertos con las pensiones que se señalen, a fin de que con ello pueda quedar debidamente atendida la necesidad de la habitación (por ejemplo, alquilando un piso).

En consecuencia, hemos de llegar a la conclusión de que la obligación que los cónyuges tenían asumida de pagar los préstamos a las entidades crediticias, es una obligación de carácter contractual (recuérdese el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), tratándose de una prestación económica cuyos beneficiarios no son directamente el cónyuge o los hijos; es muy discutible que en el convenio regulador o en la resolución judicial se pueda imponer a uno de los cónyuges el deber de hacerse cargo de la totalidad o de parte de los préstamos que tenía asumidos el matrimonio, y las consecuencias del impago de los mismos tienen una clara repercusión en la relación contractual entre prestamista y prestatarios, mientras que su influencia en la causa matrimonial es sólo indirecta, dado que su impago puede provocar una revisión de las medidas que en su día fueron acordadas; por último, no se trata de una prestación de carácter asistencial, y el deber de los padres de procurar habitación a sus hijos, como ya antes dijimos, no pasa necesariamente por el hecho de que los padres tengan que adquirir una vivienda en propiedad, pudiendo

do quedar atendida tal necesidad de otras formas”.

Tales consideraciones son perfectamente trasladables a los recibos de la Contribución (Impuesto de Bienes Inmuebles) y a los gastos de la Comunidad de Propietarios que consideramos no pueden ser incluidos en el concepto de “prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos”, sin perjuicio de que sean susceptibles de ser reclamadas en vía civil.

Por tanto, las únicas cantidades que podrían servir de base para la configuración del delito son los impagos de los alimentos para con los hijos, dado que al parecer el marido deja de abonar una mensualidad al año, entendemos que coincidiendo con el período de tiempo en el que los hijos están en su

compañía durante las vacaciones, dado que entonces asume directamente su sostenimiento y manutención. No es este el lugar de decidir si tal mensualidad ha de ser abonada o no por el marido, pero de ello no resulta que se estén impagando las pensiones económicas a favor de los hijos, a los efectos de configurar el delito que nos ocupa.

Todas estas consideraciones nos conducen a que, con los datos que en este momento obran en la causa, no se aprecia la existencia de elementos suficientes como para que el procedimiento siga adelante, y que por el contrario es procedente decretar el sobreseimiento provisional de las actuaciones, debiendo las partes solventar sus diferencias económicas relacionadas con el cumplimiento del Convenio Regular en el ámbito civil correspondiente.

Sentencia 30/2007, AP MURCIA, Sec. 1.ª, de 16 de julio de 2007

INTRODUCCIÓN EN EL JUICIO ORAL, COMO PRUEBA DE CARGO, DE DECLARACIONES PRESTADAS EN EL SUMARIO

Art. 730 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Álvaro Castaño Penalva**

SÍNTESIS

El Ministerio Fiscal aportó como prueba en el plenario la lectura de las declaraciones vertidas en el sumario por determinados testigos-víctimas que no comparecieron en el juicio oral. La Sala examina la validez de este proceder de acuerdo con las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—De la validez de las declaraciones introducidas al amparo del art. 730 de la LECr.

El Ministerio Fiscal aportó como prueba en el plenario la lectura de las declaraciones de las testigos Olga (fs. 51 y 52 del tomo I), Marí Jose (fs. 123 y 124 tomo I), Sandra (fs. 198 a 200 tomo I), María Angeles (fs. 253 y

254 tomo II), Aurora (fs. 48 a 50 tomo I), Marina (fs. 202 a 204 tomo I), Pedro Jesús (fs. 201 y 201 bis, tomo I); igualmente, a instancia de una de las Defensas, la vertida en el atestado por Soledad (fs. 182 y ss del tomo II) y ante el Instructor por María Angeles (f. 3 del tomo II).

Se ha discutido por las partes la validez de esta prueba de cargo. La respuesta ha de ser positiva. El art. 730 de la LECr., establece que “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 oral”. Como señala la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2005, “las declaraciones prestadas en la fase de instrucción pueden ser valoradas como pruebas de cargo cuando la diligencia no pueda ser practicada en el juicio oral, procediendo entonces conforme al art. 730 de la LECr., siempre que, en la fase de instrucción, hayan sido prestadas ante la autoridad judicial de forma inobjetable”.

Complementa lo anterior la doctrina del Tribunal Constitucional, que en su sentencia 200/1996, de 3 de diciembre, recoge los requisitos que ha de reunir la prueba anticipada: A) Material, en el sentido que se trate de hechos que no puedan reproducirse en el acto del juicio oral. B) Subjetivo: que haya sido intervenida por el Juez de Instrucción. C) Objetivo: que se garantice la contradicción, si es posible, estimando que no lo es cuando en el momento de la práctica de esa prueba durante la fase de instrucción aún no está inculpada una tercera persona, y D) Formal: el régimen de la prueba ha de ser igual al del juicio oral (con preguntas directas), y debe introducirse en el juicio mediante su lectura. Por último, en su sentencia 10/1992, de 16 de enero, refiriéndose concretamente al art. 730 de la LECr., proclama que: “El recurso a la lectura del acta de la declaración sumarial del perjudicado como prueba anticipada y preconstituida, para ser hecha valer como prueba de cargo, debe ser muy excepcional y venir fundado en alguna

causa grave justificativa, de carácter absoluto y obstativo”.

En el caso enjuiciado la prueba introducida por el Ministerio Fiscal ha de reputarse válida. Ello se afirma porque se cumplen dichos requisitos, constando que las declaraciones de los testigos afectadas no pudieron reproducirse en el plenario porque se hallaban en paradero desconocido, habiendo agotado el Tribunal todas las posibilidades para averiguarlo; además sus testimonios se prestaron entonces ante el Instructor y se han leído en el juicio.

Las Defensas han sostenido que no se garantizó adecuadamente la contradicción, pero no es cierto en sentido técnico-jurídico. La única duda que podría surgir se daría respecto de los acusados Clara y Enrique, pues cuando se les toma manifestación ante el Juzgado, los días 23 de septiembre (f. 5, tomo II) y 4 de noviembre de 2002 (fs. 74 y 75 tomo II), respectivamente, ya habían prestado declaración las principales testigos de cargo: Aurora, Olga y Marí Jose lo hicieron el 17 de agosto de 2002; Marina, Pedro Jesús y Sandra el 22 de agosto siguiente. En otras palabras, al no figurar como imputados en el procedimiento ni estar adecuadamente defendidos cuando se tomas aquellas declaraciones a los testigos, es evidente que no pudieron participar en su interrogatorio ni, por ende, sus respectivas Defensas plantear las cuestiones que estimaran oportunas.

No obstante lo anterior, la prueba sigue siendo eficaz contra ellos según viene proclamando el Tribunal Constitucional. Al respecto debe destacarse la sentencia de 16 de enero de 2006. En ella se explica que no se vulnera el principio de contradicción cuando, “aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa” (STC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4), ni tampoco “cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar

por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable” (la misma sentencia 187/2003). Sólo excepcionalmente son insuficientes las declaraciones sumariales cuando “siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas”.

En el caso enjuiciado las declaraciones sumariales contra los procesados Clara y Enrique han venido corroboradas por declaraciones plenarias de otras agraviadas que han confirmando en lo sustancial los relatos leídos, sometiéndolas todas las Defensas a la contradicción que más ha convenido a su estrategia, por lo que se ha posibilitado un mínimo de contradicción y, por ende, han de reputarse efectivas pruebas de cargo.

Resta rebatir un último alegato. Es cierto que en las declaraciones testificales del 17

de agosto de 2002, la Letrada del hasta entonces único imputado, José, formuló protesta porque no había podido instruirse de las actuaciones, y que incluso todavía no figuraban como imputados sus otros tres defendidos, Milagros, Carlos Antonio y José Ramón, sin embargo es lo cierto que consta en la causa que el Instructor, el día 18 de agosto de 2002 (f. 177 del tomo I), le ofreció a la misma Letrada, que asistía ya a todos los expresados imputados, la posibilidad de tomar nueva declaración a las cuatro testigos que habían declarado el día antes, advirtiéndole que era voluntad de las chicas retornar a su país, declinando la oferta. Por tanto, se le dio la oportunidad de ejercer adecuadamente su derecho a la defensa, lo que es suficiente para colmar la contradicción.

Sentencia 465/2007, AP ALICANTE, Sec. 2.^a, de 23 de julio de 2007

DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN: CIUDADANAS BÚLGARAS OBLIGADAS A PROSTITUIRSE. PERTENENCIA DE BULGARIA A LA UE

Art. 318.1, 2 y 3 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Julio José Úbeda de los Cobos**

SÍNTESIS

Considera atípica el Tribunal, a los efectos de los delitos contra los ciudadanos extranjeros del artículo 318.1, 2 y 3 del Código Penal, la conducta de los acusados respecto a las mujeres de nacionalidad búlgara por hallarse Bulgaria en la actualidad integrada en la Unión Europea.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—No vamos a analizar la prueba con relación al delito contra los derechos

de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis, apartados 1, 2 y 3 del CP, al considerar que la conducta descrita en el escrito de acusación no es típica, en atención a la

nacionalidad búlgara de las presuntas víctimas.

El Tribunal Supremo considera que, en caso de concurrir las conductas previstas en el artículo 188.1 del CP y 318.2 debe apreciarse un concurso de delitos, al afectar dichos tipos a bienes jurídicos distintos. Así se refleja expresamente en el acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2007:

“La concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del art. 188.1 y del previsto en el art. 318 bis.2 del Código Penal, debe estimarse concurso de delitos.”

El Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de julio de 2007, ha considerado no delictiva las conductas previstas en el artículo 318 bis 1 y 2, con referencia a ciudadanos búlgaros, en atención a la adhesión de su país a la Unión Europea con efectos de 1 de enero de 2007, y ello, aunque los hechos enjuiciados sean anteriores a dicha fecha. Manifiesta la citada Sentencia:

“Con relación a los ciudadanos de Bulgaria y de Rumania, que ya son ciudadanos de la Unión Europea, por lo tanto dotados de los derechos derivados de la ciudadanía, con los mecanismos de protección que se proclaman en los Tratados de la Unión, no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas de inobservancia de una específica cláusula de salvaguarda ejercitada por España de carácter temporal y sometida a una Declaración de urgencia en la aproximación al acervo comunitario y al Tratado de Schengen, pues las condiciones que afectan a los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea aparecen protegidas y salvaguardadas por la normativa de la Unión no afectada por la cláusula de salvaguarda que, se recuerda, sólo afecta a las condiciones de contratación laboral durante un período determinado.

En estos supuestos, los intereses del Estado, respecto a la salvaguarda de los flujos

migratorios, aparecen suficientemente protegidos por la legislación de extranjería y su protección aparece dispuesta por esa legislación como una infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000), de manera que, como dijimos en la STS 1087/2006, de 10 de noviembre, “el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable”, circunstancias que en el supuesto de ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea no es posible predicar dado el ámbito de protección equiparable al de los nacionales.

La posible afectación a la libertad del ciudadano extranjero, como en el caso de la determinación coactiva a la prostitución, haría de aplicación el art. 188 del CP, sin que, en este caso exista diferenciación según el sujeto pasivo sea nacional rumano, ciudadano de la Unión o extracomunitario. Pero en lo que afecta al delito de inmigración clandestina, en los términos en que ha sido abordado por la jurisprudencia de la Sala, la situación del nacional, rumano o búlgaro, no es distinta de cualquier ciudadano de la Unión, por la protección a la persona en el ámbito territorial de la Unión que resulta del Anexo II del Tratado de la Unión y no hay riesgo potencial de los derechos personales y a la libertad derivado del ciudadano de la Unión, supuesto que sí puede concurrir con relación a ciudadanos no comunitarios.

En conclusión, en el supuesto de ciudadanos búlgaros o rumanos, tras la adhesión de estos países a la Unión Europea, no es procedente la subsunción en el delito de inmigración clandestina del art. 318 bis, por el que han sido condenados los recurrentes. En primer lugar por razones de tipicidad, dada la proclamación de la libre circulación de personas. También por razones de seguridad jurídica, pues la tipicidad no puede depender de un Acuerdo de Consejo de Ministros, actuando o dejando sin efecto una

cláusula de salvaguarda en los términos que resultan del anexo VII del Tratado de adhesión y de la Declaración conjunta. Además, por falta de lesividad al bien jurídico protegido por el tipo penal. En los términos que hemos expuesto, el bien jurídico no es sólo la política sobre flujos migratorios, sino

que es precisa una afectación, real o potencial, de los derechos del ciudadano, lo que no es posible afirmar, en términos generales, cuando el mecanismo de protección y los derechos que les corresponden son los propios de los ciudadanos de la Unión Europea”.

Sentencia 537/2007, AP BARCELONA, Sec. 5.ª, de 23 de julio de 2007

IMPRUDENCIA LABORAL CON RESULTADO DE MUERTE: EXAMEN DE LA FIGURA

Arts. 77, 142.1.º y 3.º, 316, 317, Código Penal; 20 de la Ley de Contrato de Seguro

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Assalit Vives**

SÍNTESIS

La multiplicidad de las alegaciones vertidas por las partes recurrentes da lugar a que la sentencia que examinamos se pronuncie acerca de muchos extremos, entre otros: si el delito de resultado debe absorber al de peligro, la posible apreciación de culpa exclusiva de la víctima, la calificación del delito contra los derechos de los trabajadores como imprudente (artículo 317 del Código Penal) y no como doloso (artículo 316 del Código Penal), la inhabilitación aneja a la figura del homicidio cometido por imprudencia profesional y la necesidad de su motivación y la pretensión de que las cantidades indemnizatorias devenguen intereses.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Esta misma parte apelante, la representación de Pedro Francisco, alega que no habiéndose acreditado que ningún otro trabajador —además del accidentado— sufriera un peligro para su vida o integridad física en el desarrollo de su trabajo, el delito de resultado debe absorber al de peligro.

Este motivo del recurso no puede prosperar por cuanto de los propios hechos declarados probados se desprende que además del trabajador accidentado hubo otro trabajador que colaboró con aquél en la ejecución del mismo trabajo, sin que se hallara protegido por una “línea de vida” por no hallarse colocada. Evidentemente, el segundo trabajador sufrió el riesgo pertinente de realizar

un trabajo sin la oportuna medida de seguridad que se estima necesaria, máxime cuando con respecto al trabajador accidentado se realizó el riesgo que dicha medida pretendía evitar.

Quinto.—También la representación de Pedro Francisco, alega que existió culpa exclusiva de la víctima, debiendo prevalecer el principio de confianza, añadiendo que son los trabajadores, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, quienes deben velar por su propia seguridad. Si el trabajador accidentado había efectuado el trabajo encomendado en numerosas ocasiones a satisfacción no debía dudarse que en la ocasión sometida a enjuiciamiento también debía ser así.

Este motivo del recurso tampoco debe ser estimado.

De acuerdo con lo declarado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 21 de febrero de 1979 el trabajador debe ser protegido hasta de su propia imprudencia profesional. Es decir, el empleador debe poner los medios precisos para controlar el cumplimiento por parte del trabajador de las medidas de seguridad necesarias para desarrollar su trabajo.

Sexto.—La representación de Pedro Francisco también discute la calificación de los hechos como delito doloso, con aplicación del artículo 316, en lugar del imprudente, del artículo 317, ambos del Código Penal.

La sentencia del Tribunal Supremo núm. 1355/2000, de 26 de julio, declara con respecto a las conductas tipificadas en los mencionados artículos 316 y 317 del Código Penal lo siguiente:

“Es cierto que el elemento normativo consistente en la infracción de las normas de prevención no exige legalmente dosis de gravedad alguna, a diferencia del peligro y de la comisión por imprudencia, y precisa-

mente por ello una cosa es la falta de prevención del riesgo equivalente a la omisión de las medidas necesarias y adecuadas exigidas conforme a la legislación laboral y otra distinta su insuficiencia o defectuosidad, lo que debe dar lugar a los dos tipos de comisión previstos, radicando su diferencia en el elemento subjetivo: conciencia del peligro cuando se trata del tipo doloso, y a pesar de ello se omiten las medidas adecuadas y necesarias, e infracción del deber del cuidado por ausencia de todas las previsibles exigibles al garante de la seguridad y salud de los trabajadores (artículo 14.2 Ley 31/1995). Debe tenerse en cuenta, por último, que el ámbito ordinario e intenso de la protección corresponde sustancialmente al derecho laboral y que su trascendencia penal debe constituir remedio extremo.”

A nuestro entender, en el caso sometido a enjuiciamiento, nos hallamos ante una conducta dolosa ya que se omitieron las medidas necesarias y adecuadas exigidas conforme a la legislación laboral, con conciencia del peligro generado por tal omisión. En el momento en que tuvo lugar el accidente no se hallaban colocadas “líneas de vida” a las que el trabajador accidentado hubiera podido enganchar el mosquetón de su arnés y así evitar el riesgo de caída, como declara probado la sentencia apelada. (...)

Octavo.—Otro motivo del recurso formulado por la representación de Pedro Francisco es la infracción del artículo 142.3 del Código Penal. La inhabilitación para el ejercicio de la profesión. Alega que la aplicación del expresado apartado no se encuentra motivado.

Este motivo del recurso debe ser estimado.

La pena impuesta a este apelante de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio por el tiempo de cinco años, lo ha sido como pena accesoria como así se desprende de lo consignado en el apartado tercero de los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

El artículo 56.1.3.º del Código Penal dispone que para aplicar dicha pena accesoria la profesión u oficio debe de haber tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación.

A nuestro juicio no se halla determinada en la sentencia apelada la referida vinculación. Es más, ni se hace mención a la misma, ni siquiera se afirma, ni se concreta la profesión u oficio de este acusado. En estas condiciones no se puede entender cumplida la exigencia de motivación prevista en el mencionado precepto penal, debiéndose dejar sin efecto la imposición de la expresada pena accesoria.

Esta decisión debe alcanzar a todos y cada uno de los condenados a ella, hayan o no recurrido dicho particular, por el efecto extensivo que tiene el recurso de apelación siempre que tuvieran la misma razón de pedir.

Así pues, se revoca parcialmente la sentencia en el sentido de dejar sin efecto la condena a María Purificación, Everardo y Pedro Francisco a la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio por tiempo de cinco años. (...)

Decimoséptimo.—La representación de Laura y de Nieves interesa también en su recurso de apelación la condena a las aseguradoras de los responsables al pago de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

En las conclusiones definitivas se interesó la aplicación del referido precepto.

Por Auto de fecha 5 de octubre de 2006, dictado por el Juzgado de lo Penal, se dispuso no aclarar la sentencia recurrida por cuanto tanto FIATC, como MAPFRE, fueron requeridas para que prestaran fianza y así lo hicieron por sumas superiores a las cantidades por la que se condenó en concepto de responsabilidad civil.

Debemos partir del presupuesto que el accidente tuvo lugar el día 20 de junio de 2001, la prestación de las fianzas por parte de FIATC, como MAPFRE tuvieron lugar ya en el año 2005, pero lo que es más importante, lo que exige el referido precepto (art. 20 de la LCS) es el pago, no su afianzamiento.

Así pues, debemos acceder a lo interesado por la apelante, es decir la aplicación del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y ello en los términos contenidos en dicho precepto, pero estableciendo que no se aplicará dicho precepto a las compañías que de acuerdo con la sentencia apelada resulten responsables como aseguradoras de responsables civiles subsidiarios, pues hasta que tenga lugar el impago del responsable principal no debe ser abonada la responsabilidad por el subsidiario.

No se realiza una mayor concreción de los términos en que debe aplicarse el repetido precepto por cuanto no se interesó expresamente al formular la pretensión civil en las conclusiones definitivas de la parte apelante, quedando para ejecución de sentencia la fijación de los mismos.

Sentencia 289/2007, AP MADRID, Sec. 17, de 24 de julio de 2007

INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS

Art. 618.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ramiro José Ventura Faci**

SÍNTESIS

Frente a la sentencia del juicio de faltas, la dictada en apelación estima que, al haber sido dos los fines de semana que el padre no pudo disfrutar de la compañía de su hija, debe penar por dos faltas y no por una.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

3. El recurrente reclama se condene a doña Elvira como autora de tres faltas, no de una.

3.1. Tal como antes se ha razonado, rechazamos el primer motivo del recurso de apelación confirmando la decisión de la Magistrada del Juzgado de Instrucción de que no existió incumplimiento del régimen de visitas el día 15 de septiembre de 2006.

3.2. No obstante, la sentencia de instancia declara como Hechos Probados que “el fin de semana correspondiente al 30 de septiembre de 2006 y el correspondiente al 14 de octubre de 2006 don Fermín no disfrutó de la compañía de su hija porque la madre, doña Elvira, no lo facilitó”.

3.3. Entendemos por lo tanto que existe dos incumplimientos del régimen de visitas en cada uno de los dos fines de semana señalados.

Por ello considero que debe estimarse la solicitud de la acusación particular, una vez que hemos descartado el cumplimiento del fin de semana correspondiente al día 15 de septiembre de 2006, supondría la calificación de los hechos como constitutivos de dos faltas del artículo 618.2 del Código Penal, en tanto que la conducta de la acusada incumpliendo el régimen de visitas durante dos fines de semana supone dos conductas típicas perfectamente individualizadas, conductas que exigen mayor reproche que de

haberse producido un solo incumplimiento, por lo que será necesario condenar por dos faltas del artículo 618.2 del Código Penal conforme a la siguiente determinación de la pena.

3.4. El artículo 618.2 del Código Penal prevé la multa de diez días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad.

La Magistrada del Juzgado de Instrucción impone la multa de 30 días.

La acusación particular ejercitada por don Fermín solicita la pena de un mes por cada una de las faltas.

Si bien es cierto que el artículo 638 del Código Penal excluye la aplicación de las reglas de los artículos 61 a 72, permitiendo a los jueces en el Juicio de Faltas aplicar las penas a su prudente arbitrio, dicho precepto no excluye la obligación de la motivación en la individualización de la pena, no como simple requisito formal sino por un imperativo de la racionalidad de la decisión excluyente de la arbitrariedad, tal como nos dice de forma reiterada el Tribunal Supremo (Sentencias de fechas 12 de junio de 2002, 6 de febrero de 2001, 25 de junio de 1999, 3 de octubre de 1997, 26 de abril y 27 de junio de 1995).

Ante la reiteración de la conducta de incumplimiento, considero que el primer incumplimiento debe penarse conforme a la pena mínima y el segundo, demostrando una persistencia en la actitud delictiva y prolongando temporalmente la incomunicación entre padre e hija, conforme a la pena de 30 días de multa, casi el grado medio de la pena tipo.

Sentencia 323/2007, AP MADRID, Sec. 2.^a, de 24 de julio de 2007

TENTATIVA DE HOMICIDIO: ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO

Arts. 21.5.^o y 138 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Espejo-Saavedra Santa Eugenia

SÍNTESIS

Examina la sentencia la dimensión subjetiva o intencional que deba encontrarse en las dos circunstancias atenuantes que recogen actualmente el antiguo “arrepentimiento espontáneo”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Finalmente, se pide que se reconozca la existencia de la circunstancia atenuante 5.^a del art. 21, de reparación del daño, en el acto del juicio.

Ciertamente, en la redacción actual de las dos circunstancias en que se ha desdoblado el antiguo “arrepentimiento espontáneo”, del núm. 9.^o del art. 9.^o del Código anterior, desaparecen las menciones a la intención del autor al llevar a cabo actuaciones de colaboración con la justicia (núm. 4.^o del art. 21) o de reparación del daño (núm. 5.^o del mismo artículo), de modo que ambas aparecen ahora redactadas de un modo exclusivamente objetivo. En concreto, en la atenuante del núm. 5.^o se habla simplemente de “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a reparar sus efectos”, con el único requisito temporal de que ello haya tenido lugar antes de la celebración del juicio oral.

Así lo pone igualmente de manifiesto la jurisprudencia, entre la que puede citarse la

S.^a del Tribunal Supremo núm. 1831/2002, de 4 de noviembre, según la cual “desaparecida de la atenuante, en su formulación actual, toda referencia al ánimo del autor, destaca de su configuración la atención a la víctima del delito a través de una reparación o disminución del daño que le hubiera sido ocasionado, unida a la actitud externa del delincuente que, a través de la reparación, se sitúa nuevamente bajo los mandatos de la norma”.

El concepto de reparación debe entenderse en un sentido amplio, no coincidente con la indemnización civil del art. 110 del texto punitivo. Cualquier forma de reparación del daño o disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral e incluso de la reparación simbólica pueden integrar las previsiones de la atenuante (STS de 2 de diciembre de 2003); hay que ponderar el resultado producido y la importancia de la correspondiente reparación en relación con la capacidad reparadora del sujeto, quien habrá de haber realizado cuanto le sea posible para restaurar el orden perturbado por el delito, no estimándose cuando el acu-

sado pudo potencialmente llegar mucho mas lejos, no solo para reparar o disminuir las consecuencias de la agresión.

En este sentido se han pronunciado, entre otras, la Audiencia provincial de Málaga en Sentencia de fecha 5 de noviembre de 2001, que exponía: “Respecto a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, destacar la unanimidad tanto por parte de las acusaciones, pública y particular en la apreciación de la circunstancia atenuante del núm. 5 EDL 1995/16398 de reparación del daño, atenuante que es de apreciar no sólo en los casos de una reparación material, sino también cuando tal reparación es simbólica, como cuando el autoriza un ‘actus contrarius’ de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma. En tales casos se dará una reparación simbólica, que, por regla general debería ser admitida en todos los delitos (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1998 EDJ 1998/1986)”.

Y así, como señala la Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, de fecha 3 de abril de 2000: “Concurre en la conducta del procesado la atenuante de reparación del daño prevista en el apartado 5.º del artículo 21 del Código Penal al haberse acreditado que, pocos meses después de sucedidos los hechos, hizo efectiva voluntaria y libremente la reparación económica que le fue solicitada por el perjudicado por los daños físicos y materiales que le había causado con su acción delictiva. Dicha atenuante se aprecia como muy cualificada, con las consecuencias jurídicas determinadas en el artículo 66.4 del texto punitivo, no solo por haber resarcido económicamente a la víctima sino por haberle dado, de manera casi inmediata y libremente, satisfacción moral con expresa peti-

ción de perdón, lo cual, desde una perspectiva mas amplia que la meramente patrimonial, forma parte también de la reparación del daño psicológico ocasionado a quien deviene inocentemente víctima de un delito.”

Y en el presente caso, si bien es cierto que no se ha podido aclarar con total fiabilidad quien llamo a la ambulancia, lo que si mantienen todos los miembros de la familia es que en el momento se arrepintió e intentó atenderlo, reiteramos consta la declaración de David que manifiesta que mientras Luis Pablo decía me ha pinchado, reiterativamente, su hermano Mauricio iba detrás pidiéndole perdón de forma reiterativa, consta la declaración reflejando la preocupación de Mauricio por su hermano; consta las declaraciones de los Policías que describen el estado de preocupación por la salud de la víctima en que encontraron al acusado, consta la declaración de Isidro que relata los intentos de reparación de las relaciones con su hermano por parte del acusado, consta la declaración del acusado que reconociendo que ha hecho mal ha intentando enmendar la relación filial, y consta la declaración de la propia víctima, que además de renunciar a la indemnización económica trata de disculpar a su hermano, lo que evidencia que, al menos moralmente el daño moral ha sido restaurado por el acusado; hecho que, por otro lado ha quedado patente en el acto del juicio oral, en el que esta Sala ha podido comprobar las muestras de afectividad de ambos hermanos, que al final del acto del juicio se han abrazado, dato este último que derivado de la inmediación y apreciado por esta Sala junto con el resto de pruebas, la hacen llegar a la conclusión de que el daños moral y psicológico ha sido reparado, por lo que se ha de estimar la atenuante del art. 21.5 del CP.

Sentencia 381/2007, AP MADRID, Sec. 3.ª, de 25 de julio de 2007

ASOCIACIÓN ILÍCITA: ÑETAS

Art. 515.1.º Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Víctor Bermúdez Ochoa

SÍNTESIS

La actividad de la agrupación autodenominada “ñetas” es considerada por la Audiencia como constitutiva de delito de asociación ilícita en sentido típico penal: las que tienen por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promueven su comisión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Los hechos son constitutivos de un delito de asociación ilícita del art. 515.1.º del Código Penal. Dicho precepto determina que son asociaciones ilícitas las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

La doctrina ha definido la asociación ilícita o delincuencia organizada como aquella que se realiza a través de un grupo o asociación criminal que presenta carácter estructurado, permanente, jerarquizado y destinado a lucrarse ilegalmente o a la realización de hechos delictivos. El Derecho penal español no contiene un concepto preciso de asociación ilícita, si bien el artículo 282 bis 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley Orgánica 5/1999, ofrece un concepto de criminalidad organizada al decir que “... se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente

o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes...”. Se infiere que una primera nota de la asociación ilícita es la permanencia o reiteración en la realización de conductas delictivas. La Jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1992, 28 de octubre de 1997, 3 de mayo de 2001 y 23 de marzo de 2005) ha señalado como rasgos definidores los siguientes: 1.ª) la agrupación de personas para la consecución de un fin, unión que no ha de ser esporádica sino que ha de tener cierta duración en el tiempo o estabilidad; 2.ª) que la unión esté presidida por ideas de estructura jerárquica y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros miembros que ejercen la jefatura; 3.ª) que exista una voluntad colectiva de comisión de delitos, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar; y, 4.ª) una estructura adecuada para la comisión de los fines propuestos.

El bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional,

según un sector doctrinal, o, según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó. El delito de asociación no se consuma cuando se cometen infracciones penales concretas, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva (Sentencia de 28 de octubre de 1997). No cabe pues confundir el delito de asociación ilícita para delinquir, con el delito o delitos cometidos en su desenvolvimiento.

Como enseña la sentencia de 3 de mayo de 2001, el presupuesto fáctico de la existencia de una asociación ilícita, y del acuerdo de voluntades concertadas entre sus integrantes, difícilmente puede sustentarse en pruebas directas pues ni tales acuerdos suelen documentarse, ni tampoco celebrarse en presencia de testigos. Fuera de los casos de confesión de sus integrantes, la prueba indirecta o indiciaria es el instrumento probatorio normal para su demostración.

El carácter ilícito de la banda denominada “Ñetas” se sustenta en las siguientes consideraciones que estiman probadas: a) la rivalidad entre ésta asociación y la llamada “Dominican don’t play”, y que esta rivalidad fue además decisiva en la realización de la agresión enjuiciada, precisamente como represalia de otra anterior; b) el carácter organizado y planificado de la agresión por

un número elevado de personas, que se menciona en la sentencia recurrida al tratar el elemento de la alevosía; y, d) finalmente, con apoyo en los detalles obrantes en la declaración del citado Policía Nacional con carnet núm. (...), Director del Grupo Especial, y que se refieren a la estructuración interna en base a capítulos; la jerarquía interna con existencia de distintos grados; que existen pagos de cuotas mensuales, con represalias si no se cumpliera con dicho pago, y finalmente que su finalidad es de naturaleza violenta y agresiva, como ya se ha explicitado en el fundamento jurídico anterior. Las explicaciones proporcionadas en la vista oral por dicho funcionario se estiman ciertamente como suficientemente expresivas, comenzando por la necesidad operativa de estructurar un grupo de investigación específico sobre tales organizaciones ante las dimensiones sociales y complejidad del problema. (...)

Respecto del delito de asociación ilícita, se estima que son procedentes las penas de 2 años de prisión y 18 meses de multa, en consideración a que entre las finalidades de la banda “Ñetas”, o las conductas aceptadas como propias y características de la misma, se encuentra la realización de actos delictivos contra la integridad de las personas, por tanto especialmente graves, como además se advierte en este supuesto; y también en consideración a la relevancia de la difusión social de la banda, que se extiende también a personas menores de edad, como se advierte en la presente causa, a la vista de las sentencias dictadas por los Juzgados de Menores.

Sentencia 871/2007, AP MADRID, Sec. 17.^a, de 31 de julio de 2007

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA DE ALEJAMIENTO: ERROR DE PROHIBICIÓN

Arts. 14.3 y 468 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando F. Orteu Cebrián

SÍNTESIS

Entiende la sentencia que es disculpable que una persona que carece de conocimientos jurídicos interprete que la medida de alejamiento no se quebranta si ha mediado reconciliación entre los convivientes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

10. El error de prohibición como causa de exención o de atenuación de la responsabilidad.

De acuerdo con el artículo 14.3 del Código Penal

“... El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados...”.

El error sobre la ilicitud (entiéndase, la creencia errónea en la licitud de la propia conducta) de los propios actos, bien por considerarlos penalmente atípicos bien por tenerlos como justificados exime de responsabilidad penal o la atenúa según sea invencible o vencible.

La Sentencia 644/2003, de 25 de marzo (RJ 2003\4506), explica que el error de prohibición consiste “... en la errada creencia de obrar lícitamente y puede recaer sobre el contenido de una norma prohibitiva, siendo

entonces directo, o consistir en error sobre una causa de justificación siendo indirecto. Introducida esta figura sin emplear la denominada doctrina en reforma del Código Penal del año 1983 (RCL 1983\1325 y 1588), ha pasado al vigente. Jurisprudencialmente se viene señalando que para valorar la existencia de error en un caso concreto es preciso tener en cuenta las condiciones psicológicas y culturales del infractor, así como también las posibilidades que pudo tener de recibir instrucción y asesoramiento para conocer la trascendencia antijurídica de su conducta...”.

Con mayor extensión, la Sentencia 163/2005, de 10 de febrero (RJ 2005\4345), enseña que el error de prohibición “... ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un

hecho no puede actuar de otro modo. Con independencia de que el artículo 14 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que no basta con alegar la existencia del error sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho [STS 755/03 (RJ 2003\4279)], de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia. La STS 1287/2003 (RJ 2003\7426) expone que constituye doctrina reiterada de esta Sala que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. El desconocimiento o la falta de información sobre un hecho punible no puede quedar a la discreción de su autor...”.

Resulta especialmente interesante, por su profundo estudio dogmático y jurisprudencial, la doctrina contenida en la Sentencia 601/2005, de 10 de mayo.

En ella se lee que el error de prohibición “... se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y como recuerdan las SSTS 17/2003, de 15 de enero (RJ 2003\727), 755/2003, de 28 de mayo (RJ 2003\4279) y 862/2004, de 28 de junio (RJ 2004\4909), la doctrina y la Ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa,

y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS 457/2003, de 14 de noviembre (RJ 2003\8929), que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 del Código Penal.

Ahora bien la cuestión de evitabilidad del error de prohibición ha sido planteada generalmente —como precisa la STS 755/2003, de 28 de marzo, antes citada— en relación a errores directos sobre la norma. Los criterios, referentes a la evitabilidad, por lo tanto, se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Pero, el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, como se dijo, puede provenir tanto de un error sobre los hechos sobre la significación normativa del hecho. Aquí no se trata sólo de casos en los que el autor podía informarse de la existencia de la causa de justificación en el orden jurídico, sino también de casos, en los que, en las circunstancias del hecho, cabe exigir al autor una comprobación más o menos profunda respecto de los presupuestos de hecho o de la necesidad de su acción.

No obstante para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal es esencial que sea probado por quien lo alega [SS. de 20 de febrero de 1998 (RJ 1998\1742) y 22 de marzo de 2001 (RJ 2001\1357)], y como decíamos en las SSTS

1171/1997, de 29 de septiembre (RJ 1997\6830) y 302/2003, de 27 de febrero (RJ 2003\2520):

a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho [Sentencia de 29 de noviembre de 1994 (RJ 1994\9151)], de la misma manera y en otras palabras [Sentencia de 16 de marzo de 1994 (RJ 1994\2319)], que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad no la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y

b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, la STS de 11 de marzo de 1996 (RJ 1996\1906), afirma que no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas por sus ilicitudes notoriamente evidentes.

La apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que le sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento...".

Tal vez pudiera utilizarse también en este ámbito (después de haberse aplicado a tantos otros) la dualidad de perspectivas ("emic"/"etic") que entraña el denominado prisma pikésiano (pensado inicialmente para la fonética), a saber, el punto de vista "(phon)emic" o del propio sujeto involucrado en la situación ha de contrastarse con el

"(phon)etic", que asumiría un observador externo e imparcial.

Este contraste conducirá al juicio de la "vencibilidad" (o "excusabilidad") o "invencibilidad" (o "inexcusabilidad") del error.

Ambos predicados están expresados mediante significantes que obligan al juzgador a un juicio de valor lo más objetivo posible.

Hay que evitar, ante todo, que, por un apego radical a la literalidad del concepto de "invencibilidad" (equiparándolo a absolutamente insuperable o irresistible) haga realmente difícil imaginar una situación a la que pudiera aplicarse.

Se trata, en efecto, de comprobar si el error (probado) en que incurrió el agente hubiera podido superarse empleando una diligencia objetiva y subjetivamente exigible. Puesto que, como el juicio de (in)vencibilidad del error se relaciona con el de culpabilidad, será útil y parece razonable acudir a la pauta de la "exigibilidad de otra conducta".

Para ello habrá que tener en cuenta varios parámetros:

[a] La apariencia de legalidad de la conducta.

Hay ocasiones en que, por tratarse de los delitos que la "Scuola positiva" denominó "naturales", actos que reprueban la práctica totalidad de las culturas, o cuya ilicitud puede considerarse notoria en un círculo cultural determinado, como ocurre con el tráfico (no así el consumo) de sustancias psicoactivas prohibidas [Sentencia 163/2005 (RJ 2005\4345)] o (con matices) la tenencia ilícita de armas [Sentencia 484/2005, de 14 de abril (RJ 2005\5134)], resulta muy difícil apreciar la invencibilidad y aún el error mismo de prohibición.

Otras veces, los medios de comunicación social se encargan de generalizar la ilicitud de otros comportamientos delictivos respecto de cuya nocividad la sociedad no está tan sensibilizada. Esta suerte de notoriedad en sentido amplio facilita un conocimiento que asimila estos casos al de los más característicos "delitos naturales".

A mayor generalidad del conocimiento de la reprobación penal de una conducta, mayor dificultad de que prospere la alegación de error.

El tratamiento del error sobre la concurrencia de una causa de justificación de una acción que se sabe penalmente típica resulta aún más difícil de manejar, porque puede versar sobre la existencia legal misma de aquella causa o sobre la concurrencia de los hechos que condicionan su apreciación.

A las circunstancias objetivas indicadas han de sumarse las subjetivas del agente: entran en juego sus conocimientos personales, su nivel de desarrollo personal y las pautas que rigen en su entorno cultural en caso de tratarse de persona extranjera, aunque en ocasiones puede extenderse a situaciones de incultura por marginación dentro de un mismo entorno social

[b] La “vencibilidad” del error.

Para valorarla será preciso tener en cuenta varios factores:

[b.1] la urgencia de actuar: la inaplazabilidad de la decisión dificultará la posibilidad de acudir a los medios que pudieran proporcionar mayor información al agente. Algunos lugares comunes jurisprudenciales

sobre la evitabilidad de la causación de un mal en una situación de necesidad pueden resultar útiles.

[b.2] la accesibilidad (abstracta y concreta, objetiva y subjetiva) al medio de información capaz de deshacer el error.

Cuando, entre juristas, se discute la razonabilidad y constitucionalidad de una interpretación a ultranza de la literalidad de los términos legales que definen el contenido de la “pena de alejamiento”, cuestionándose, por las razones expuestas, que tenga algún sentido su mantenimiento cuando se demuestra que el conflicto de fondo generador del hecho violento se ha resuelto o está en vías de resolución con un pronóstico favorable, como consecuencia de un acuerdo entre las partes de la relación deteriorada; cuando el sentido común y la literalidad de un precepto legal parecen correr por caminos distintos, parece plenamente disculpable que una persona carente de conocimientos jurídicos haya optado por un entendimiento del alcance de la pena que no parecería insensato incluso a una persona versada en Derecho”.

El recurso, por todo lo anteriormente argumentado, no puede prosperar.

Sentencia 120/2007, AP ORENSE, Sec. 2.^a, de 1 de agosto de 2007

DAR DOS AZOTES A SU HIJA. MALTRATO FAMILIAR

Art. 153.2 y 3 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Abel Carvajales Santa Eufemia**

SÍNTESIS

El caso que enjuicia la Audiencia es un hecho aislado: dar con la palma de la mano dos azotes en el trasero a su hija de 15 años al desobedecer su orden de no acudir a la casa de una vecina que ejercía la prostitución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos por los que viene acusado el inculpado consisten en que en la noche de la fecha de autos tuvo una discusión con su hija Bárbara, de 15 años de edad, por causa de que ésta venía de casa de una vecina que supuestamente ejerce la prostitución y que aquél le tenía prohibido que estuviese con ella, y en el curso de la discusión le dio dos azotes, lo que determinó que la menor se fuese para su habitación contrariada y al día siguiente habló con su madre, que la había abandonado hacía 11 años y vive en Barcelona, y como quiera que le ofreció que se fuera a vivir con ella urdió el plan de denunciar a su padre. Y, en efecto, se fue a vivir con su madre, pero regresando luego otra vez con su padre, bajo cuya custodia continúa de buen grado.

Lo que se castiga en el art. 153 del Código Penal es el golpeo o maltrato de obra. Acción reprochable que requiere de un propósito lesivo tendente a un resultado contrario a la paz familiar, expresivo de la violencia física de que el progenitor hace gala sobre los menores convivientes para mantener un ambiente de dominio y de poder, atentando contra la propia dignidad e integridad física del menor para someterlo por miedo a su voluntad. La doctrina jurisprudencial es unánime en destacar que el bien jurídico protegido en este delito es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un macrocosmos regido por el miedo y la dominación.

El caso que aquí se enjuicia es un hecho aislado. Reconoce el acusado haberle dado con la palma de la mano dos azotes en el trasero a su hija. Es bien sabido que la expresión “azote en el culo” en el ámbito familiar es indicativa más de un gesto terminante de la autoridad paterna o materna que de una medida disciplinaria lesiva. No puede pasarse por alto que el acusado viene dedicándose a la guarda y custodia de la menor desde que la abandonó su madre y que la Xunta durante un tiempo le hizo un seguimiento con resultado favorable, sin que se tenga constancia de actos violentos, siendo la propia menor la que confiesa haber urdido un plan para irse con su madre por indicación de ella, del que luego se arrepintió, retornando con su padre sin problema alguno, lo que refleja a las claras que no estaba sometida a un ambiente de miedo por violencia. De ahí que la literalidad del precepto sancionador ha de ser interpretada en el caso concreto de autos bajo el prisma de una acción que, aunque reprochable, como es la de poner manos sobre un hijo, queda justificada por el ejercicio de la “*autorictas paterna*” como un gesto físico no lesivo de reprimir a su hija menor ante un acto de grave rebeldía para preservarla de malas compañías como ya le tenía repetidamente advertido. Causa de justificación recogida en el art. 20.7.º del Código Penal que viene a excluir la antijuridicidad como elemento del delito.

Sentencia 291/2007, AP BARCELONA, Sec. 9.^a, de 3 de septiembre de 2007

SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONTINUIDAD DELICTIVA AL DELITO FISCAL

Arts. 74 y 305.2 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Torras Coll

SÍNTESIS

Es indudable que la sucesión de acto de impago a la Hacienda Pública en los tributos periódicos permite —“ab initio”— la construcción de un concurso de delitos o de un delito continuado. Esta interesante sentencia examina la cuestión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo. —En cuanto al segundo de los motivos impugnatorios relativo a que los hechos deberían integrar un único delito fiscal o a lo sumo ser constitutivos de un delito continuado, censurando que la sentencia inaplique el art. 74 del Código Penal, planteándose por el apelante que existiría una unidad natural de acción típica, pues se afirma que se vulneraría el mismo bien jurídico protegido mediante un único dolo o plan preconcebido y que simplemente perduraría en el tiempo de forma ininterrumpida desde el día 31 de diciembre de 1999 hasta el 30 de octubre de 2000. En síntesis, sostiene el recurrente que sólo existiría un único delito del art. 305 del Código Penal y que la aplicación de la tesis que se propugna tendría el correlativo reflejo penológico con la minoración condigna. El apelante trae a colación jurisprudencia en apoyo de sus tesis haciéndose eco de la polémica jurisprudencial suscitada en relación a la aplicación o inaplicación de la continuidad delictiva al ilícito penal referido, destacándose de entre ellas que

no es admisible sostener que el art. 305.2 del Código Penal actuara como una regla especial, en detrimento de la previsión contenida en el art. 74 del mismo Texto Legal, ya que el primero de los preceptos vendría a incidir exclusivamente en la determinación de la cuantía defraudada en orden a configurar el delito, impidiendo a la postre alcanzar el mínimo exigible mediante la suma de varios actos defraudatorios que aislada e individualmente considerados no cumplirían con esa condición. Es cierto que en alguna que otra resolución se razona que al existir una pluralidad de acciones similares (incumplimiento de las obligaciones fiscales relativas al pago del Impuesto de Valor Añadido en sucesivos ejercicios fiscales), se seguiría el mismo plan defraudatorio y que semejante modo de ejecución, presentándose datos que no se corresponden con la real actividad empresarial desarrollada por la empresa en cada uno de los períodos impositivos, comportaría el mantenimiento de un dolo unitario a lo largo del tiempo y que ello conllevaría la operatividad del art. 74 del Código Penal, de tal suerte que desde esta perspectiva y cum-

plidos los requisitos establecidos en dicho precepto nada obstaría, se dice en dicha jurisprudencia, a la viabilidad de la continuidad delictiva. No empero, como se indica acertadamente por la Abogacía del Estado, según la jurisprudencia mayoritaria, la figura del delito continuado no es aplicable al delito fiscal, pues como se establece en el inciso segundo del art. 305 del Código Penal, a los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. Así las cosas, debe inferirse del precepto transcrito que el delito fiscal, cuya determinación pende de forma determinante de la cuota o cuantía efectivamente defraudada queda circunscrito al período impositivo, de manera que, al igual que no resulta posible adicionar cantidades defraudadas en diferentes ejercicios para entender producido el delito, tampoco es dable diluir en el tiempo los efectos de la infracción penal, a fin de obtener como resultado un tratamiento penal más leve, una pena menor.

Señala el Tribunal Supremo que es sabido que el delito fiscal es un delito que se comete “por cada ejercicio”. E igualmente conocemos que la Jurisprudencia es, en principio, refractaria a considerar a los delitos fiscales como delitos continuados. Sin embargo, esa doctrina jurisprudencial admite la prueba en contrario o, por así decirlo, admite la posibilidad, como excepción, de que varios delitos fiscales cometidos durante ejercicios consecutivos puedan ser calificado como “continuados” en determinadas situaciones o circunstancias. Pues bien, el artículo 74.1 del Código Penal establece que “el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como

autor de un delito o falta continuados”. Por su parte, el artículo 305 del Código Penal vigente en el momento de producirse los hechos sometidos a enjuiciamiento determina que “1. el que por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de quince millones de pesetas (90.151,82 €). De conformidad con el artículo 2 de la LO 10/1998, de 10 de diciembre, complementaria a la Ley sobre introducción del euro, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía. 2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación”.

La redacción de ambos preceptos plantea la cuestión de la posibilidad o no de comisión del delito referido en forma continuada. La cuestión no ha sido nada pacífica en nuestra jurisprudencia menor donde se pueden encontrar ambas soluciones, es decir, se ofrecen resoluciones dispares. Así a favor del delito continuado, se puede señalar la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de octubre de 2000 que establece que “ciertamente problemática ha sido en la Jurisprudencia la cuestión relativa a la admisibilidad del delito continuado en el delito fiscal. A menudo (ver sentencias del

Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1993, 20 de mayo de 1996 se ha negado lisa y simplemente la posibilidad del delito continuado en esta clase de delitos, sin base dogmática alguna que apoye esa afirmación. En ocasiones se ha invocado el artículo 349.2 [actual 305.2 del CP como regla especial que desplaza al artículo 69 bis (actual artículo 74 del CP)] pero esta regla solo incide en la determinación de la cuota y con ello en la unidad típica de acción, pero no dice nada sobre si una pluralidad de acciones típicas —tras aplicar la regla del artículo 349.2 (ó 305.2)— pueden unificarse jurídicamente como un solo hecho. Una cosa es que no quepa la continuidad entre infracciones administrativas, otra bien distinta entre plurales hechos que individualmente considerados son subsumibles en el tipo del delito fiscal. De acuerdo con los presupuestos que establece el artículo 69 bis (actual artículo 74) para la apreciación de una relación de continuidad entre dos o más hechos resulta necesario que la cuantía defraudada en cada año natural —para los impuestos periódicos o declaración periódica, supere los quince millones de pesetas—, sin que resulte posible adicionar para obtener la cuantía mínima de punibilidad una pluralidad de infracciones administrativas, lo que ocurrirá si aquella cuantía solo se obtiene mediante la adición de las cuantías defraudadas en dos o más años naturales, o dos o más conceptos impositivos, pero no individualmente considerados. Todo ello resulta de las siguientes consideraciones:

a) El delito continuado, definido en el artículo 74 del CP (antiguo 69 bis) presupone conceptualmente que las acciones que forman parte de la relación de continuidad llenen, en su singularidad, los requisitos del tipo penal, tanto en sus presupuestos objetivos cuanto subjetivos, esto es, deben infringir preceptos penales (que cada año se defraude más de quince millones de ptas.). La analogía a la que alude el artículo 74 del CP cuando se refiere a la infracción de preceptos penales o preceptos de igual o semejante

naturaleza, solo debe establecerse entre tipos penales y no entre tipos penales e infracciones administrativas. En todo caso, el delito fiscal no es un delito contra el patrimonio en el sentido del artículo 74.2 del CP (o artículo 69 bis) pues solo en sentido excesivamente amplio puede entenderse comprometido el patrimonio del Estado y, en cualquier caso, la adición de cuantías entre delitos contra el patrimonio presupone, precisamente que se trate de infracciones penales contra el patrimonio, no simples infracciones administrativas.

b) No cabe construir, pues, un delito continuado por la suma de meras infracciones administrativas fuera de los supuestos previstos en la Ley. Solo se contempla tal posibilidad en el artículo 2.2 de la L. 12/1995 de 12 de diciembre, de represión del Contrabando, que establece un régimen especial respecto del general contenido en el artículo 74 del CP, constituyendo una analogía *in mala partem*, prohibida constitucionalmente, la extensión de esta norma especial a otros supuestos no contemplados expresamente por el legislador. La jurisprudencia incurrió en la censurable teoría —contraria al principio de legalidad penal— de admitir la adición de las cuantías de los actos singulares en materia de infracciones relativas al control de cambios, aunque ya una jurisprudencia minoritaria, de modo correcto, comenzó a desmarcarse de aquella doctrina, fundamentalmente a partir de las sentencias de 28 de octubre de 1988 y 20 de septiembre de 1993.

c) Sin embargo, no existen razones dogmáticas para excluir la continuidad delictiva en caso de ataque al patrimonio estatal cuando puedan apreciarse una pluralidad de acciones típicas y concurren los demás presupuestos establecidos en el artículo 74 del CP. Así podrá apreciarse cuando se trate de distintas defraudaciones relativas a diversos conceptos impositivos, aun cuando tengan lugar en el mismo año natural (por ejemplo, una defraudación en el Impuesto de Sociedades y otra en el IVA), y también

cabrá continuidad delictiva entre las acciones de elusión de pago de diversos impuestos periódicos, siempre que en su singularidad llenen los requisitos del tipo penal.

En consecuencia, siendo posible integrar en un único delito continuado, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 74, distintas defraudaciones por importe superior cada una de ellas a quince millones de ptas., las omisiones tributarias del impuesto en sociedades correspondientes a los años 1991, 1992, 1993, todas superiores a ese límite cuantitativo, integran un delito fiscal continuado, solución que, incluso, favorece a los acusados en el aspecto penológico”.

Sin embargo, es mucho más abundante y numerosa la tesis contraria al delito continuado y entre nuestras Audiencias cabe señalar la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 18 de noviembre de 1996 al establecer que “igualmente debe estimarse el formulado por el Ministerio Fiscal contra la apreciación de ‘delito continuado’ contra la Hacienda Pública, según el artículo 69 bis en relación con el 349 del CP anterior, en lugar de condenar por dos delitos independientes de este último precepto. En efecto, conforme a la doctrina mayoritaria no puede considerarse aplicable la figura del delito continuado a esta infracción del artículo 349 del CP de 1973, artículo 305 del vigente, dado que, a la vista de la regulación del delito continuado del artículo 69 bis, 74 del CP vigente, ni se trata de un delito contra el patrimonio privado ni lo permiten las específicas reglas de la infracción para la determinación de la cuantía defraudada a Hacienda Pública, reglas que no permiten sumar distintas cuantías defraudadas por un mismo impuesto en diversos períodos impositivos. Por el contrario, debe concretarse en relación con cada uno de ellos la cuantía eludida, por lo que siendo esa cuantía un elemento esencial individualizado de la consumación de cada delito que se comete —como señala el Ministerio Fiscal— respecto de cada período impositivo y no un mecanismo de mera cuantificación econó-

mica, no cabe la agregación de lo defraudado por tributos distintos, ni la suma en ejercicios fiscales diferentes. Por su parte el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de marzo de 1993, entre otras, excluye expresamente la posible apreciación del delito continuado en esta infracción” (en la misma línea la Audiencia Provincial de Sevilla en sentencia de 14 de enero de 2003).

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1993 establece de forma categórica que “en la realización de defraudaciones tributarias en distintos períodos impositivos, no resulta de aplicación la figura del delito continuado”, como acontece en el supuesto que se somete a la consideración de esta Sala, siendo esta la tesis mayoritariamente seguida por nuestro Alto Tribunal y de las que son ejemplos ilustrativos, la Sentencia núm. 2476/2001, de 26 de diciembre y que se hace eco de otras del mismo Tribunal (sentencias núms. 1493/1999, 20/2001, 1629/2001 de 10 de octubre, al señalar que “y si la singularidad de cada impuesto es un obstáculo para que la elusión de su pago se amalgame con la del paso de otro de distinta naturaleza, la redacción del apartado 2 del artículo 305 del CP lo es también, como se dijo en la sentencia de 9 de marzo de 1993, para que el impago del impuesto correspondiente a un período impositivo o declaración pierda su condición de delito independiente y se funda, en un delito continuado, con el impago del mismo impuesto correspondiente a otro período. 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 y referidas al mismo impuesto no puede 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” y la sentencia de 3 de octubre de 2003 transcrita por el

Abogado del Estado al impugnar el recurso de apelación formulado de contrario y que ahora es objeto de examen y que hace referencia a la de 26 de diciembre de 2001 señalada por la Juzgadora *a quo*.

Así, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencias como la de 26 de diciembre de 2001, en la que se estima el recurso planteado por el Abogado del Estado frente a una sentencia que apreció la continuidad delictiva que también ahora se invoca por la parte recurrente, razona que: “Aunque el delito fiscal —y concretamente, el de elusión del pago de tributos— tiene cierta semejanza con muchos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico a los que es aplicable indiscutiblemente la figura del delito continuado en caso de concurso real, la definición legal del tipo que nos ocupa, así como la diversidad de los deberes fiscales que son vulnerados mediante su comisión, condicionados cada uno de ellos por hechos imponderables diferentes, ejercicios temporalmente distintos e incluso por plazos de declaración y calendarios diversos, le dan al delito fiscal una estructura específica difícilmente compatible con la continuidad delictiva, nunca apreciada por esta Sala que, en Sentencias como las 1493/1999, ha castigado por separado los múltiples delitos fiscales cometidos en cada caso sin plantearse siquiera la posibilidad de unificarlos en un delito continuado. Como se dice en la Sentencia 1629/2001, de 10 de octubre, en que ya ha sido planteado expresamente el problema, ‘cuando el texto del art. 305 del CP describe la acción como la elusión del pago de tributos’ se refiere a infracciones particulares que sólo pueden ser infracciones de deberes específicos propios de cada tributo, de suerte que si se presentan varias declaraciones fiscales fraudulentas referidas a distintas especies de tributos, se cometerán por regla varios hechos independientes, incluso cuando las declaraciones estén referidas al

mismo ejercicio fiscal. Y si la singularidad de cada impuesto es un obstáculo para que la elusión de su pago se amalgame con la del pago de otro de distinta naturaleza, la redacción del apartado 2 del art. 305 del CP lo es también, como se dijo en Sentencia de 9 de marzo de 1993, para que el impago del impuesto correspondiente a un período impositivo o declaración pierda su condición de delito independiente y se funda, en un delito continuado, con el impago del mismo impuesto correspondiente a otro período. Se establece en el mencionado apartado 2 del art. 305 del CP que, a los efectos de determinar la cuantía de quince millones de pesetas, 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. Esta característica individualidad que cabe predicar de cada delito fiscal se opone a que el conjunto de todos los descritos en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida sean penados como uno continuado por lo que, en lo que se refiere a la denuncia de indebida aplicación del art. 74 del CP, el segundo motivo del recurso debe ser favorablemente acogido”. Por consiguiente, la tesis de la continuidad delictiva patrocinada por el apelante no puede prosperar, siendo correcta la apreciación por el Juzgado *a quo* de dos delitos fiscales y no de un delito continuado.

Sentencia 384/2007, AP CASTELLÓN, Sec. 2.^a, de 20 de septiembre de 2007

VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR: SOBRE LA NECESIDAD DE QUE SE DÉ UNA SITUACIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Art. 153.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina**

SÍNTESIS

Examina esta sentencia dos interpretaciones diferentes del artículo 153 del Código Penal: si basta —de acuerdo con la literalidad de la norma— con que se realice alguna de las conductas típicas descritas contra alguno de los sujetos pasivos que se mencionan en el presente, o si es necesario, además, que tales hechos respondan a una situación de dominación o subyugación por parte del sujeto activo sobre el pasivo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El apelante sr. Miguel Ángel solicita que la otra acusada sea condenada por dos delitos de “violencia de género”. Realmente, tras esta errónea denominación lo que en realidad se pide es la condena por dos delitos del art. 153.2 del CP, en lugar de la condena por una falta de lesiones dolosas contenida en la sentencia recurrida.

Dejando al margen la aparente incoherencia que se observa en el planteamiento que la parte recurrente hace en el apartado quinto del recurso, con respecto al que se hace en el apartado séptimo del mismo, no consideramos incorrecta la calificación realizada en la sentencia recurrida. En buena medida compartimos los razonamientos que la propia parte recurrente hace en el apartado séptimo del recurso. Con más amplitud acabamos de referirnos (en la sentencia número 377/2007, de 18 de septiembre) a la problemática que plantea la determinación

de la comprensión o alcance del art. 153 del CP, en su actual redacción. En dicha resolución decíamos lo siguiente:

“La cuestión planteada resulta tan discutible como discutida, sin que la misma haya recibido una respuesta uniforme por parte de las Audiencias Provinciales.

En una primera aproximación al precepto, resulta evidente que la literalidad de la norma no exige más que la realización de alguna de las conductas típicas descritas en la misma, contra alguno de los posibles sujetos pasivos que se enumeran en ella.

Tal interpretación es mantenida en muchas sentencias de Audiencias Provinciales. También es la tesis apuntada en la sentencia del Tribunal Supremo número 580/2006, de 23 de mayo, citada por el Ministerio Fiscal, en la que se afirma que el nuevo tipo del art. 153 del CP comprende (abarcando también los actos aislados) todas (sin distinción) las lesiones no constitutivas de delito, maltrato de obra, amenazas con armas o instrumen-

tos peligrosos (antes del actual art. 171 del CP, redactado por la LO 1/2004), ejercidas sobre alguna de las personas indicadas en el art. 173.2 del CP. Además de las mencionadas por el Ministerio Fiscal en su escrito del recurso, podemos mencionar, a título de ejemplo, las sentencias números 620/2006, de 21 de septiembre, de la sec. 27.^a de la AP de Madrid, 494/2006, de 7 de septiembre, de la sec. 1.^a de la AP de Sevilla, 290/2006, de 10 de mayo, de la sec. 3.^a de la AP de Girona, 347/2005, de 18 de julio, de la sec. 2.^a de la AP de Madrid, o la n.º 569/2004, de 25 de octubre, de la sec. 4.^a de la AP de Sevilla. Y son muchas más las sentencias en las que (como en las tres sentencias íntegramente transcritas por el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso) en las que no se entra a abordar realmente la cuestión controvertida sobre la calificación, y simplemente aplican, sin duda alguna, el art. 153 del CP a los dos contendientes una vez que, acreditado que hubo una riña mutuamente consentida, no se aprecia legítima defensa (centrando su examen, no en la calificación de los hechos como delito del art. 153 o como falta, sino en la apreciación acerca de si existió o no riña mutuamente aceptada y, consiguientemente, legítima defensa).

Frente a ello, son también muy numerosas las sentencias de Audiencias Provinciales en las que se sigue el criterio mantenido en la resolución recurrida, y que exigen (en virtud de una interpretación teleológica de la norma), para que los hechos puedan subsumirse en el art. 153 del CP, que los mismos respondan a una situación de dominación o subyugación por parte del sujeto activo sobre el sujeto pasivo, o que se produzcan en tal contexto de dominación del sujeto activo sobre el miembro débil de la relación familiar. Desde este planteamiento general, son muchas las sentencias que mantienen la inaplicabilidad del art. 153 del CP en los casos de riña mutuamente aceptada, en los que se considera que, por la propia lógica de las cosas, falta ese presupuesto de la dominación o subyugamiento

de uno de los familiares sobre el otro. Así: las sentencias números 291/2007, de 21 de marzo, de la secc. 20.^a de la AP de Barcelona; la 251/2007, de 9 de marzo, de la sec. 20.^a de la AP de Barcelona; la 144/2006, de 23 de noviembre, de la sec. 4.^a de la AP de Pontevedra; la 271/2006, de 8 de noviembre, de la sec. 3.^a de la AP de Cádiz; la 428/2006, de 3 de abril, de la sec. 7.^a de la AP de Barcelona; la 200/2006, de 29 de septiembre, de la sec. 6.^a de la AP de Barcelona; la 193/2006, de 13 de marzo, de la sec. 20.^a de Barcelona; la 60/2006, de 30 de enero, de la sec. 2.^a de la AP de Tarragona; la 87/2006, de 11 de octubre, de la sec. 2.^a de la AP de Ciudad Real; la 415/2005, de 9 de diciembre, de esta sec. 2.^a de la AP de Castellón; la 1110/2005, de 27 de octubre, de la sec. 8.^a de la AP de Barcelona; la 1044/2005, de 20 de octubre, de la sec. 2.^a de la AP de Barcelona; la 901/2004, de 1 de septiembre, de la sec. 3.^a de la AP de Barcelona; la 535/2005, de 4 de octubre, de la sec. 2.^a de la AP de Valencia; la n.º 515/2005, 9 de junio, de la sec. 5.^a de la AP de Barcelona; la n.º 535/2005, de 17 de mayo, de la sec. 2.^a de la AP de Barcelona; la 121/2005, de 18 de marzo, de la sec. 7.^a de AP de Sevilla; la n.º 38/2005, de 17 de marzo, de la sec. 3.^a de la AP de Navarra; la 1222/2004, de 14 de diciembre, de la sec. 2.^a de la AP de Barcelona (con cita de los números 123, 260 y 1308/2004 del mismo Tribunal); la n.º 1054/2004, de 15 de noviembre, de la sec. 6.^a de la AP de Barcelona; ... En alguna sentencia, como la de 15 de marzo de 2005 de la sec. 5.^a de la AP de Barcelona, se eleva a la categoría de elemento constitutivo del tipo el ánimo de dominar, subyugar o discriminar al sujeto pasivo.

La cuestión está en analizar si, más allá del tenor literal del art. 153 del CP, existe algún otro criterio interpretativo que exija realizar una interpretación integradora de la norma por virtud de la cual se precise el aditamento antes indicado para la aplicación del precepto. Debería tratarse en todo caso, de un criterio interpretativo que se imponga

con la debida claridad, ya que merced al mismo se desarrollaría una interpretación correctora de la literalidad del precepto (restrictiva de su contenido literal).

En nuestra opinión, una interpretación lógica, teleológica, sistemática, histórica y sociológica del art. 153 del CP conduce a una interpretación y aplicación restrictiva de dicho precepto, al integrar su contenido literal en función de los conceptos de “violencia doméstica” (al que se hace referencia expresa en la exposición de motivos de la LO —11/2003— apartado III) y de “violencia de género” (esto último tras la reforma introducida por la LO 1/2004, de 28 de diciembre), en cuanto que conceptos definidores de los ámbitos o contextos dentro de los cuales tiene sentido y está justificada la agravación penológica que el artículo indicado conlleva. No se puede prescindir de dichos conceptos, piedra angular de toda la normativa sobre la materia, para interpretar e integrar el tipo penal sobre los malos tratos contenido en el art. 153 del CP. Por ello, en nuestra opinión habrá de ser necesario que la conducta descrita en el tipo penal constituya una concreta manifestación de esos dos fenómenos conocidos como “violencia doméstica” y “violencia de género”.

El concepto de “violencia doméstica” no está expresamente definido por el legislador de la forma en que hoy día (tras la LO 1/2004) está definido y configurado el concepto de “violencia de género”. Pero no resulta problemático en exceso inferir bien su significado, y afirmar que las situaciones de violencia doméstica son las producidas como manifestación de una situación de abuso, dominación o subyugación de un familiar sobre otro familiar (o también, por expresa asimilación o inclusión legal, en el marco de la situación en que se encuentran las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados).

En nuestro auto n.º 282/2006, de 12 de julio, ya nos referíamos al concepto de violencia doméstica, por relación con el con-

cepto de “ámbito doméstico”. Decíamos: “Se trata de dos conceptos heterogéneos, aunque relacionados ambos por su común relación con lo doméstico. El primero hace referencia al ámbito espacial y afectivo en el que se desarrollan las relaciones de convivencia familiar (con generalidad, como cláusula de cierre en la enumeración legal, se incluye cualquier relación por la que el sujeto pasivo se encuentre integrado en el núcleo de convivencia familiar del sujeto activo) más intensas y continuadas que determina la ley. El segundo hace referencia a una peculiar forma de violencia producida dentro de dicho ámbito, elevada a la categoría de fenómeno sociológico claramente identificado, y caracterizado por la situación de abuso o de dominación que desarrolla uno de los miembros o sujetos de dichas relaciones familiares, sobre otros sujetos de las mismas”.

Con respecto al concepto de “violencia de género”, en la exposición de motivos de la LO 1/2004 se comienza afirmando que “la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. A continuación, se explica la nueva normativa como un instrumento con el que contribuir a conseguir la efectividad de los derechos fundamentales proclamados en el art. 15 de la Constitución, y se aportan otras precisiones sobre el fenómeno que la ley pretende abordar: “La Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia mundial de 1995 reconoció ya que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además la define ampliamente como una manifestación de las relaciones de po-

der históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Existe ya incluso una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en “las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral”.

En el art. 1.1 de la LO 1/2004, sobre el “objeto de la ley”, se indica 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”. En el art. 1.2 se dice que por esta ley se establecen medidas de protección integral contra la violencia de género, cuya finalidad es, entre otras cosas, sancionar las manifestaciones de este tipo de violencia. Y, en conexión con ello, en el Título IV de la ley, sobre la “tutela penal” contra la violencia de género, se acomete una nueva regulación completa de casi todos los artículos que afectan o inciden en el tratamiento de tal tipo de violencia. Más exactamente, el art. 37 de la LO 1/2004 procede a dar una nueva regulación al art. 153 del CP, bajo el título “protección contra los malos tratos”. Y en diversos artículos de este Título IV de la Ley se utiliza repetidamente el concepto de “violencia de género” y de “delitos relacionados con la violencia de género” (arts. 33 a 35, 40), y se introducen reformas de determinados artículos del CP en los que se pasa a utilizar expresamente el concepto de “delitos relacionados con la violencia de género” (arts. 83.1.^a, 84.3, 88.1).

De todo cuanto antecede se deduce, en nuestra opinión, que no se puede prescindir de los conceptos de violencia de género y de

violencia doméstica, piedras angulares motivadoras e inspiradoras de toda la normativa sobre la materia, para interpretar e integrar los tipos penales sobre los malos tratos familiares contenidos en los arts. 153.1 y 2 del CP. Es necesario, por tanto, que, tratándose de las mujeres a las que como sujetos pasivos del delito se refiere el art. 153.1 del CP, la conducta descrita en el tipo penal sea una manifestación “de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”, que caracteriza o es propia de la violencia de género. O sea, ni la violencia de género aparece por el mero hecho de que la víctima del maltrato sea una mujer; ni tampoco resulta automáticamente aplicable al art. 153.1 del CP, siempre y en todo caso, cuando la víctima del maltrato sea una mujer. La aplicación del art. 153.1 del CP existe un plus, un elemento adicional, cual es que esa conducta violenta o de maltrato pueda catalogarse como una manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Es este contexto o situación de abuso de poder o de dominación por razón del género femenino, o más exactamente con respecto a los miembros del género femenino de la relación (actual o pasada) conyugal o *more uxorio*, lo que justifica la mayor gravedad que se asigna a una conducta que, fuera de este contexto o situación, sería una simple falta. Con respecto al otro posible sujeto pasivo y víctima del delito de maltrato tipificado en el art. 153.1 del CP (además de la esposa, o persona que haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al sujeto activo por una análoga relación de afectividad), esto es, “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, la nota de especial vulnerabilidad viene a ser plasmación de esa exigencia de concurrencia de la situación de dominación o de poder del sujeto activo sobre sujeto pasivo propia de la violencia de género y de la violencia doméstica (según que se admita o no que ese otro sujeto pasivo al que

se refiere el art. 153.1 del CP pueda no ser una mujer).

Y en correlación con lo que acabamos de decir, es necesario que, tratándose de la conducta descrita en el art. 153.2 del CP, la misma responda a una situación de violencia doméstica.

No desconocemos los aspectos dudosos que tiene la interpretación que aquí se propugna. Así, aunque las sucesivas reformas se han articulado sobre el concepto de “violencia doméstica”, y al mismo se hace referencia en la exposición de motivos de la LO 11/2003, no es menos cierto que en dicha exposición de motivos, al explicar la agravación de tratamiento penal de determinadas conductas, se refiere al hecho o circunstancia de que estas se produzcan “en el ámbito doméstico” (se indica, textualmente, que “las conductas que son consideradas en el Código Penal como faltas de lesiones cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos”), no en el seno de una situación de “violencia doméstica”, que son (según hemos visto más arriba) cosas cualitativamente distintas. Y aunque puede contraargumentarse que posiblemente el legislador, en el marco de la exposición de motivos no ha tenido necesidad de discernir el matiz diferente entre “ámbito doméstico” y “violencia doméstica” (y, dada la construcción de la frase, y que con anterioridad a la frase transcrita se venía refiriendo a la “violencia doméstica”, cabe pensar que lo que realmente quiso decir fue “en el ámbito de la violencia doméstica”), también puede reputarse carente de fundamento razonable el entendimiento según el cual pensar que, no conteniéndose en la descripción de la conducta típica referencia alguna expresa al concepto de “violencia doméstica”, el legislador pudo optar por intentar regular el fenómeno de la “violencia doméstica” (y luchar contra él) dispensando un trato agravado a todas las conductas de malos tratos producidos en el ámbito doméstico o familiar, aunque las mismas no responderían propiamente a eso que ha venido en llamar-

se “violencia doméstica”; o incluso entender que el legislador equipara los conceptos de “violencia doméstica” y “violencia en el ámbito doméstico”, entendiendo que toda violencia “en el ámbito doméstico” responde en definitiva, con más o menos claridad, a eso que ha venido en llamarse “violencia doméstica”.

En nuestra opinión, dado que con la LO 1/2004 se trata de establecer una serie de medidas (entre ellas de orden penal) de protección integral contra la violencia de género, indicándose en el art. 1 de la misma que se trata de actuar contra dicho tipo de violencia (que define en el mismo artículo), y dado que en dicha ley se da nueva redacción al art. 153 del CP, dándole una nueva redacción y estructura en función precisamente del concepto de violencia de género, no creemos que se pueda prescindir de tal concepto a la hora de interpretar dicho artículo del CP. La respuesta penal es una más de las diversas medidas que la ley preve para reaccionar contra la violencia de género; y dicha respuesta, al igual que todas las demás medidas protectoras, tan sólo tienen sentido ante un episodio de violencia de género. Sin el presupuesto de la violencia de género, carece de sentido la aplicación de las medidas protectoras previstas por el legislador, entre ellas la agravación punitiva prevista en el art. 153.1 del CP.

Y aunque el concepto de “violencia de género” tan sólo sirve para delimitar parte del alcance del art. 153 del CP, puesto que en el mismo (desde la LO 1/2004, en el art. 153.2 del CP) se indican también como posibles víctimas o sujetos pasivos del delito personas ajenas a la violencia de género, en relación con estos el precepto debe integrarse en función del concepto de “violencia doméstica”. Dicho concepto fue el primeramente utilizado por el legislador (según se indica claramente en el apartado III de la exposición de motivos de la LO 11/2003; y ya antes, entre otras, en la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia do-

méstica) para explicar la previsión de una serie de medidas generales de protección y la punición agravada de los maltratos o violencias no habituales, tipificadas en el art. 153 a partir de la LO 11/2003. Según se decía en la sentencia n.º 1222/2004, de 14 de diciembre, de la sec. 2.ª de la AP de Barcelona (ponente: Martín García, Pedro): “Efectivamente, dejando de lado la literalidad del art. 153 del Código Penal y acudiendo a la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, podemos leer en su apartado III que: “El fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar. Es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas...””.

Pues bien, el Tribunal entiende que la referencia del legislador a la víctima indica que el delito del art. 153 está pensado para aquellos supuestos en los que las acciones típicas se despliegan por el sujeto activo contra cualquiera de los sujetos pasivos relacionados en aquél, es decir, para los casos en que existe un agresor y un agredido, pero no para aquellas hipótesis en que se produzca una situación de riña mutuamente aceptada, donde los intervinientes sean a la vez agresores y agredidos, pues en tales casos perdería todo sentido la aplicación simultánea a ambos del abanico de medidas protectoras a las que alude el legislador en la E.M. de la antes mencionada LO 11/2003.”

A nuestro entender, son dos supuestos claramente diferenciables la comisión de las conductas descritas en el art. 153 y en el art. 617 del CP, según que las mismas aparezcan como una manifestación de una situación de poder, sometimiento o dominación en la que el miembro más fuerte de la relación familiar (o análoga o asimilada) despliega la violencia física o psíquica sobre el miembro más débil de la relación, o que, por el contrario, se produzcan al margen de tal contexto o situación de abuso, sometimiento o dominación. En el primer caso nos encontraremos ante un supuesto conceptuable como de

violencia doméstica y/o de género, claramente más reprochable que el segundo caso. Dado que la ley penal sigue posibilitando las dos alternativas calificatorias, y que la agravación penológica que contiene el art. 153 del CP surgió en función de los conceptos de violencia doméstica y de género, nos parece procedente restringir la aplicación de la calificación más grave (el art. 153 del CP) a los supuestos en que la conducta constituye una manifestación de alguno de dichos tipos de violencia, merced a la interpretación restrictiva del precepto que aquí se mantiene. No se trataría de un supuesto susceptible de ser subsumido con arreglo a dos o más normas, a resolver por la vía del art. 8 del CP; sino de integrar el tipo delictivo con los conceptos de violencia doméstica y de género, restringiendo la comprensión o alcance de la literalidad del precepto.

Desde este entendimiento, consideramos que no procede aplicar el art. 153 del CP en los casos de riña mutuamente aceptada, en que son los dos miembros de la pareja (o de la relación familiar) quienes despliegan la violencia con ocasión de disensiones y peleas entre iguales, y desconectadas por completo de esas situaciones de abuso, sometimiento o sojuzgamiento por razón del género, o más en general del más débil por el más fuerte propias de las violencias doméstica y de género.

Y no creemos que se deba considerar que esas situaciones de poder, sometimiento, o de continuado abuso y humillación, tengan que recibir, como única respuesta penal posible, la aplicación del art. 173.2 del CP. En dicho artículo se tipifica el ejercicio habitual de la violencia física o psíquica entre los familiares y otros sujetos que el precepto determina; considerándose tal delito como un aliud y un plus (según la expresión que viene utilizando el TS) con respecto de los concretos actos violentos sobre los que se conforma la habitualidad. También deben ser tenidas en cuenta, según venimos razonando, para determinar si cada uno de esos concretos actos violentos debe ser califica-

do como delito del art. 153 del CP o como falta”.

Las anteriores consideraciones son en gran medida trasladables al caso que nos ocupa, debiendo descartarse en nuestra opinión, vistas las concretas circunstancias en que se perpetró la agresión (en el marco de

una discusión mutua, cuando el agredido acababa de estar forcejeando con el hijo de la acusada, y vista la notable diferencia en la fuerza y complejión física de uno y otro), que la misma pueda ser conceptualizada como episodio de violencia doméstica subsumible en el art. 153.2 del CP.

Sentencia 680/2007, AP BARCELONA, Sec. 5.ª, de 27 de septiembre de 2007

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL PROPIETARIO DEL VEHÍCULO POR
“CULPA IN VIGILANDO”

Arts. 120.5 y 379 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Guillermo Benlloch Petit**

SÍNTESIS

El titular del vehículo es responsable por culpa al no haber adoptado las medidas necesarias para asegurarse de que su empleado no usara el vehículo de la empresa fuera de las horas de trabajo, ya que mantenía en su poder las llaves de aquél.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La representación de la mercantil “Solerias JAV, SL” cuestiona en su recurso la condena de dicha sociedad como responsable civil subsidiaria por los daños ocasionados por la conducta de don Evaristo.

Entiende esta representación que, aplicando al presente supuesto la doctrina jurisprudencial sentada sobre la interpretación y aplicación de la responsabilidad civil subsidiaria regulada en el artículo 120.5 del Código Penal, no es posible imponer esta responsabilidad a la empresa “Solerias JAV, SL” toda vez que la prueba practicada y, singularmente, la declaración testifical del

representante legal de dicha empresa, ha permitido acreditar que la autorización concedida a don Evaristo para conducir el vehículo propiedad de la empresa quedaba limitada en el tiempo a la franja horaria de 6 de la mañana a 8-8’30 de la tarde y de lunes a viernes.

El recurso no es de estimar por cuanto, tal y como razona atinadamente la sentencia combatida, la omisión de la empresa “Solerias JAV, SL” consistente en no adoptar las medidas oportunas para garantizar que el vehículo propiedad de dicha empresa no fuera utilizado por el trabajador a su servicio aquí condenado fuera de las horas autorizadas (omisión acreditada por la de-

claración del legal representante de la mercantil según la cual el Sr. Evaristo conservaba en todo momento las llaves del vehículo en su poder) constituye un título culposo (en la modalidad de *culpa in vigi-*

lando) suficiente para fundar sobre él la responsabilidad civil subsidiaria de dicha empresa por los daños ocasionados por la conducción pretendidamente no autorizada de este trabajador. (...)

Sentencia 430/2007, AP LA CORUÑA, Sec. 1.^a, de 23 de octubre de 2007

MEDIDA DE ALEJAMIENTO Y POSTERIOR RECONCILIACIÓN. ABSOLUCIÓN POR EL QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR

Art. 468 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Sánchez Jiménez**

SÍNTESIS

Debido a la reconciliación de la pareja y la comunicación al Juzgado de la voluntad de ambos de convivir, entiende la Audiencia que desaparecen las circunstancias que dieron lugar a la medida de alejamiento, extinguiéndose ésta, por lo que no procede penar por quebrantamiento de dicha medida cautelar.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Al recurso de Filomena:

El primer motivo de apelación concierne a la condena por el delito de quebrantamiento de condena, cuya absolución se postula en base a la reconciliación de la pareja y la comunicación al Juzgado de la voluntad de ambos integrantes de convivir juntos, cuestión ésta que ya hemos resuelto en anteriores ocasiones desde la perspectiva del respeto a las decisiones libremente autodetermi-

nadas de la persona, en el ejercicio de uno de los derechos más relevantes de la pareja como es el que tienen sus componentes a vivir juntos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha reconocido en sus sentencias de 24 de marzo de 1980 y 9 de junio de 1988 y, posteriormente, nuestro Tribunal Supremo (STS de 26 de septiembre de 2005) ha ponderado la relevancia de esa decisión, considerando que cuando desaparecen las circunstancias que dieron lugar a adoptar en su día la medida de alejamiento debe ésta desaparecer y quedar extinguida,

evitándose de esa manera “efectos perversos”, como el derivado de la coautoría —por cooperación necesaria— de la víctima en la infracción que sirve de base a la medida con la cual se pretende proteger.

Conforme hemos resuelto en la sentencia de 8 de mayo de 2006, o en el auto de 15 de febrero de 2007 lo procedente es absolver del quebrantamiento a ambos acusados, en aplicación de la tesis expuesta.

Sentencia 704/2007, AP BARCELONA, Sec. 10.^a, de 29 de octubre de 2007

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA: IDONEIDAD DEL INFORME DE LOS FUNCIONARIOS DEL FISCO COMO PRUEBA DE CARGO

Art. 24 CE

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Pijuán Canadell**

SÍNTESIS

La circunstancia de estar encuadrado en la Administración Pública no empece la posibilidad de que el informe que evacúan los peritos de Hacienda pueda ser utilizado como prueba de cargo cuando se trata de enjuiciar infracciones de esta índole.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

A modo de consideración general, que sirva de fundamento común para los tres recursos, vale decir que en cuanto al tipo objetivo del delito o, más precisamente, a la validez y eficacia de la prueba de cargo que sirva desvirtuar la presunción de inocencia relativa a la concurrencia de los elementos objetivos del delito, eso es, la realidad de la defraudación y de su importe por encima del límite cuantitativo que determina la tipicidad penal de la defraudación, que la Jurisprudencia ha admitido la validez y eficacia, como prueba de cargo, del informe de la Inspección de Hacienda. Así, la STS de 3 de

enero de 2003, niega que haya habido “infracción de precepto constitucional, vagamente referida al art. 24.2 de la CE, por haber admitido el Tribunal de instancia como prueba pericial la de los mismos Inspectores de Finanzas del Estado que habían emitido un informe obrante en autos”, señalando que “Si lo que la parte recurrente entiende por infracción constitucional es que la prueba admitida consistía en un informe que debía ser emitido por peritos recusables, habría que recordar que la Defensa del acusado no formalizó en la instancia la recusación en tiempo oportuno y debida forma. Comenzó por decir, en el escrito de defensa que no procedía «la pericial de la Inspección de Tributos por ser parte el Estado en el procedimiento», manifestación que no fue teni-

da en cuenta por el Tribunal al admitir toda la prueba propuesta por las partes”, para rechazar “la pretendida ilegitimidad de la prueba tachada en este motivo, que los Inspectores habían sido propuestos para declarar como testigos y como peritos y que con esta doble condición fueron examinados en el juicio oral, a lo que debe añadirse que, como claramente se desprende de los atinados razonamientos del Tribunal de instancia, la declaración de aquéllos fue apreciada, con el conjunto de la prueba, más por su valor testifical que por el que pudieran tener de pericial. No hubo, pues, en la admisión y práctica de la prueba de referencia infracción constitucional ni legal por lo que el segundo motivo del recurso ha de ser también repelido”.

Y sobre la imparcialidad de los funcionarios públicos al ratificar los informes, la STS de 6 de noviembre de 2000, tras dejar sentado que “el informe o dictamen técnico de la Inspección Tributaria constituye un elemento probatorio más a valorar racionalmente por el Tribunal sentenciador” y que “la valoración racional por el Tribunal sentenciador de un informe pericial especializado, técnico y contable, sometido a contradicción en el juicio oral, no vulnera los derechos constitucionales invocados” (la parte recurrente había invocado una supuesta vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia), añade que “La imparcialidad del Perito judicial informante viene determinada por su condición de funcionario público cuya actuación debe estar dirigida a ‘servir con objetividad los intereses generales’. Esta misma Sala (sentencia de 30 de abril de 1999, núm. 643/1999), ya ha señalado que la admisión como Perito de un Inspector de Finanzas del Estado en un delito fiscal no vulnera los derechos fundamentales del acusado, atendiendo precisamente a que como funcionario público debe servir con objetividad los intereses generales, sin

perjuicio, obviamente, del derecho de la parte a proponer una prueba pericial alternativa a la ofrecida por el Ministerio Público. La vinculación laboral de los funcionarios públicos con el Estado que ejercita el ‘ius puniendi’ o con un sector concreto de la Administración pública que gestiona los intereses generales afectados por la acción delictiva concreta que se enjuicie (sea la protección de la naturaleza en un delito ambiental, la sanitaria en un delito contra la salud pública o la fiscal en un delito contra la Hacienda Pública) no genera, en absoluto, interés personal en la causa ni inhabilita a los funcionarios técnicos especializados para actuar como peritos objetivos e imparciales a propuesta del Ministerio Fiscal, que promueve el interés público tutelado por la ley. De seguir el criterio de la parte recurrente hasta los dictámenes balísticos, grafológicos o dactiloscópicos deberían solicitarse por el Ministerio Público al Sector privado, dada la vinculación laboral de los peritos que ordinariamente los emiten con el Ministerio del Interior que promueve la investigación y persecución de los hechos delictivos enjuiciados, y con el Estado que ejercita el *ius puniendi*. Todo ello, obviamente, sin perjuicio de la necesidad de que el dictamen se someta al procedente debate contradictorio y a la debida valoración judicial conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo en todo caso la parte acusada proponer los dictámenes alternativos que estime procedentes”.

De otro lado, la STS de 15 de marzo de 2003 recuerda que en un procedimiento penal en el que el acusado está asistido de letrado, le está dada la posibilidad de proponer prueba para su defensa, sea testifical de las personas que habían suministrado datos a la inspección de Hacienda, sea la del propio inspector o inspectores que instruyeron el expediente, pudiendo preguntar a todos ellos en el juicio oral en condiciones de inmediación, contradicción e igualdad entre partes.

Sentencia 350/2007, AP LÉRIDA, Sec. 1.^a, de 7 de noviembre de 2007

PREVARICACIÓN: SUBDELEGADO DEL GOBIERNO QUE OTORGA EXENCIONES DE VISADO A EXTRANJEROS

Art. 404 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Segura Sancho

SÍNTESIS

La exención de visado en determinados casos aunque —según esta sentencia— denota un injustificable trato de favor, impropio de una administración moderna, y del que pudieran derivarse las correspondientes responsabilidades disciplinarias e incluso políticas, no puede decirse que su concesión resulte arbitraria o injusta en los términos que exige el delito de prevaricación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

4. Lo anterior es igualmente aplicable a la segunda de las conductas que se imputa a los acusados, esto es, la concesión de la exención de visado respecto de aquellos trabajadores extranjeros que ya se encontraban en territorio español en el momento de presentar su solicitud de regularización. El visado —como recogen las STS, Sala Tercera, de 23 de mayo de 2000 y 24 de octubre de 2001) es “un requisito exigible a quien quiere entrar en nuestro país y que autoriza la permanencia en el mismo durante el tiempo determinado en el visado según su naturaleza”. Por ello, el art. 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de los Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la LO 8/2000, establece la obligatoriedad del visado, disposición que aparece recogida en los

artículos 5.1 y 46 del Reglamento, con la única excepción de los supuestos de exención de visado. Respecto de ésta última previsión, el artículo 49 del citado Reglamento —concerniente al visado de residencia— establece que “1. Excepcionalmente, cuando el extranjero que pretenda solicitar la concesión inicial de un permiso de residencia, carezca del preceptivo visado, podrá solicitar conjuntamente que se le exima del mismo, conforme a lo establecido en el artículo 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000. 2. Podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes, según el apartado 5 del artículo 51 de este Reglamento, siempre que no exista mala fe en el solicitante y concurra alguno de los siguientes supuestos: (...) b) Extranjeros que no pueden conseguir el visado por implicar un peligro para su seguridad o la de su familia su traslado al país del que son originarios o proceden, o por carecer de vínculos

personales con dicho país.” Esta dispensa, como se ha encargado de poner de manifiesto la jurisprudencia contencioso-administrativa, aparece configurada con carácter discrecional y, en todo caso, su otorgamiento aparece previsto solo para el supuesto de que concurren circunstancias excepcionales que justifiquen la dispensa, de modo que corresponde a la Administración valorar si las circunstancias alegadas por el solicitante son o no excepcionales, decisión que en todo caso estará sometida al posterior control de su discrecionalidad a los efectos de determinar la incorrección o arbitrariedad del proceder de la administración en el ejercicio de aquella potestad direccional.

Conforme a la declaración prestada por Evaristo y la de la funcionaria que tenía encomendada la tramitación de estas solicitudes de exención de visado, Mariana, se desprende que el Subdelegado del Gobierno interpretó ampliamente aquella posibilidad hasta el punto que se concedieron la mayor parte de las solicitudes que se presentaban. Así, y según consta en la certificación obrante en el folio 1766, durante el año 2001 se concedieron 393 exenciones de las 506 solicitadas, denegándose tan solo 40; en el año 2002 se concedieron 655 de las 800 que se solicitaron, denegándose 74 y en el

año 2003 se concedieron la práctica totalidad de las 1.292 que se solicitaron puesto que tan solo se denegaron 79. Es cierto que en dos casos de los que se concedieron en el año 2001 así como en siete del año 2002 y en tres del año 2003 constan, en los respectivos expedientes, anotaciones manuscritas en los que se mencionan los nombres de los máximos responsables de la Subdelegación del Gobierno o de la OUE e, igualmente, consta que algunos de ellos se resolvieron con inusual rapidez. Aunque ello denote un injustificable trato de favor, impropio de una administración moderna, y del que pudiera derivarse las correspondientes responsabilidades disciplinarias o incluso políticas, no puede decirse que su concesión resulte arbitraria e injusta, en los términos exigidos por el delito de prevaricación, pues no existe ningún indicio que permita sostener que tan solo en estos 11 casos se actuara de distinto modo al que se observó al conceder la exención de visado en los restantes supuestos, en los que —hay que recordar de nuevo— se concedieron la mayoría de las exenciones de visado que se solicitaron.

En consecuencia, la Sala no aprecia la concurrencia de los elementos configuradores del delito de prevaricación objeto de acusación.

Sentencia 400/2007, AP MADRID, Sec. 17.ª, de 7 de noviembre de 2007

DENEGACIÓN DE EMISIÓN DE AUTO DE CUANTÍA MÁXIMA

Arts. 621 del CP y 13 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Jesús Coronado Buitrago**

SÍNTESIS

La duda sobre si la existencia de un obstáculo en la calzada con el que colisiona la denunciante era debido a un accidente de tráfico previo o a la existencia de obras en la zona determina que no exista certeza sobre

si nos encontramos ante un hecho que pueda estar cubierto por el seguro obligatorio del automóvil, razón por la que se deniega la emisión del título ejecutivo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En cuanto al segundo de los motivos de recurso se sustenta en que el artículo 13 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor impone de forma imperativa al Juez la obligación de dictar el auto que constituye el título ejecutivo.

Tampoco este motivo de recurso puede prosperar. El artículo 13 del Texto refundido prevé que cuando en un proceso penal, incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor, se declare la rebeldía del acusado, o recayera sentencia absolutoria u otra resolución que ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad, si el perjudicado no hubiera renunciado a la acción civil ni la hubiera reservado para ejercitarla separadamente, antes de acordar el archivo de la causa, el juez o tribunal que hubiera conocido de ésta dictara auto, en el que se determi-

nará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado amparados por dicho seguro de suscripción obligatoria.

En el presente caso la relación de causalidad entre el accidente en el que participó la denunciada y el sufrido por la denunciante no ha quedado acreditado y consta que en el lugar en el que se produjo el accidente que protagonizó la denunciante y por el que sufrió lesiones se estaban realizando obras, como ella misma reconoció en su declaración en la vista oral.

La duda acerca de si el obstáculo constituido en la calzada era consecuencia de las obras que se realizaban en la zona o por el accidente anterior, excluye la absoluta certeza de que el hecho pudiese estar cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor, lo que justifica la denegación de emisión del título ejecutivo interesado.

Sentencia 642/2007, AP GERONA, Sec. 3.^a, de 7 de noviembre de 2007

ABSOLUCIÓN POR NEGATIVA A SOMETERSE A PRUEBA DE ALCOHOLEMIA

Art. 380 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel María Jaén Vallejo**

SÍNTESIS

La evidencia de la ebriedad del conductor hace innecesaria la prueba de detección de alcohol en aire espirado. Por tanto, la negativa a practicarla no debe rebasar el ámbito de la infracción administrativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

b) Y en cuanto a la segunda cuestión, relativa a la pretendida inaplicación del art. 380 del CP, basada en el hecho de ser evidente que el acusado había bebido, debemos darle la razón al recurrente, por cuanto que los hechos probados de la sentencia impugnada son claros cuando afirma que el acusado, hoy recurrente, conducía el vehículo por medio de la calle, a una velocidad anormalmente lenta y dando acelerones bruscos y que “al descender del vehículo y dirigirse a las dependencias policiales caminaba haciendo eses”, lo que fue apreciado por los agentes policiales, añadiendo aquella que “al acusado presentaba síntomas de embriaguez consistentes en aliento con olor a alcohol claramente detectable, habla pastosa, repetitiva e ininteligible en ocasiones, psicomotricidad vacilante, imprecisión en la coordinación de movimientos, disminución de reflejos, falsa apreciación de las distancias y movimiento oscilante de la verticalidad”.

Esta Sala viene afirmando reiteradamente (por todas, Sentencia 165/2006, de 20 de marzo), que cuando la práctica de la prueba de detección alcohólica resulte innecesaria a los efectos de acreditar la ingesta de bebidas alcohólicas, la negativa a la práctica de esa prueba no rebasará los límites de la infracción administrativa.

En el presente caso, si bien el acusado no ha reconocido los hechos que se le imputaban, sí reconoció a los agentes intervinientes que había tomado alcohol, por más que no concretara sustancia y cantidad ingerida, ni reconociera su imposibilidad para conducir, pero dicho reconocimiento de haber bebido, unido a los síntomas que presentaba el mismo, entre otros que cuando salió del vehículo “caminaba haciendo eses”, permiten concluir que la influencia de la ingesta de alcohol en la conducción por el acusado era evidente para los agentes actuantes, por lo que el sometimiento a la prueba de alcoholemia no era necesaria e imprescindible para comprobar aquel estado, por lo que el órgano *a quo* no debió condenarlo por el delito de desobediencia, sino sólo por el de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Sentencia 495/2007, AP MADRID, Sec. 2.ª, de 8 de noviembre de 2007

ABSOLUCIÓN EN ALCOHOLEMIA POR CADUCIDAD DE LA VALIDACIÓN DEL ETILÓMETRO

Art. 379 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María Carmen Compaired Plo**

SÍNTESIS

La referida caducidad unida a la falta del síntoma externo que mejor evidencia la alcoholemia, que es la deambulación vacilante, llevan a dictar sentencia absolutoria.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.—(...).

Este Tribunal, a la vista de las actuaciones, y esencialmente del certificado obrante al folio 18 de las actuaciones de que está caducado en más de un año la validación del etilómetro con el que se realizaba las pruebas de alcoholemia; que de los síntomas reflejados no consta el que es más evidente de que las facultades estén afectadas por el alcohol como es la deambulación oscilante. Y

ello conforme con informes médicos en la materia, recogidos y analizados, entre otros, en Sentencia del Tribunal Supremo, en el Manual DSM-IV y por el Instituto Nacional de Toxicología en diferentes estudios, que señalan como criterios de la intoxicación por el alcohol el lenguaje farfalleante y la incoordinación y la marcha inestable.

De ahí que este Tribunal, ante la falta de una prueba concluyente de cargo, entiende que debe operar el principio *in dubio pro reo* y, por ello, debe dictar un pronunciamiento absolutorio.

Sentencia 810/2007, AP BARCELONA, Sec. 3.^a, de 19 de noviembre de 2007

LA COPIA DEFECTUOSA DE LA GRABACIÓN DE UN JUICIO NO DETERMINA SU NULIDAD

Arts. 240 LOPJ y Anexo Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Santiago Vidal i Marsal**

SÍNTESIS

La parte apelante interesa la nulidad del juicio porque alega que la copia que se le entregó de la grabación del juicio era defectuosa. No acredita este extremo y la copia que obra en autos tiene una grabación correcta. En todo caso este medio de reproducción del juicio es complementario al acta, razones por las que no procede la nulidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Alega la apelante que al tiempo de formalizar el recurso no disponía de una copia del juicio en soporte CD, puesto que no se

había gravado correctamente. Ignora la Sala, pues no ha sido aportada tal copia adjunta al recurso, si ello es cierto o no puesto que el original obrante en autos permite constatar que la grabación audiovisual es perfecta. En cualquier caso, ni es requisito de validez del juicio —y por ende, de la

sentencia— que la citada gravación exista, pues su función instrumental es complementaria del Acta levantada por el Secretario Judicial en funciones de fe pública, ni alcanzamos a entender que se reclame la retroacción del proceso con devolución de

la causa al juzgado de instrucción, cuando resulta evidente que si la parte hubiera reclamado al juzgado una nueva copia le hubiera sido inmediatamente entregada. No concurre por tanto la alegada indefensión proscrita por el art. 24.1 CE.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

INSTRUCCIÓN 2/2008, DE 10 DE MARZO, SOBRE LAS FUNCIONES DEL FISCAL EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

SUMARIO

- I. PRINCIPIOS GENERALES.
 - II. ACTUACIONES EN PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS.
 - III. ACTUACIONES EN PROTECCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA.
 - IV. CONCLUSIONES.
-

I. PRINCIPIOS GENERALES

Ya la Recomendación (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa instaba a los Estados miembros a simplificar el procedimiento penal. Conectando con el rol que al Fiscal corresponde en el proceso, la Recomendación (2000) 19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa al papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal insta al Fiscal a velar a fin de que el sistema de justicia penal sea lo más rápido posible.

Cierto es que la existencia de dilaciones y retrasos es común a todos los órdenes jurídicos, pero es claro que en el orden penal, por la entidad de los valores y derechos implicados, la necesidad de atajarlos se torna objetivo irrenunciable.

No es casual que el artículo 3 del EOMF, en su redacción dada por Ley 24/2007, de 9 de octubre, al desglosar en dieciséis apartados las obligaciones del Ministerio Fiscal, ubique en primer lugar la de “velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes”.

Ni el hecho de que la investigación de las infracciones penales se inicie directamente ante el Juzgado de Instrucción ni la eventual remisión a dicho

órgano de las Diligencias de investigación practicadas por el Fiscal supone que éste pueda relajar su obligación de continuar coadyuvando activamente al buen fin de la instrucción.

Pese a la tantas veces aplazada reforma global de nuestra añeja Ley procesal penal, es lo cierto que las últimas modificaciones parciales desde la introducción del procedimiento abreviado por Ley 7/1988, de 28 de diciembre, se orientan a profundizar en el principio acusatorio, potenciando el rol protagonista del Ministerio Público en la fase de instrucción.

Esta tendencia se reforzó con la reforma operada por Ley 38/2002 cuya Exposición de Motivos subraya las nuevas responsabilidades atribuidas al Fiscal para contribuir al éxito de la instrucción: “la participación activa del Ministerio Fiscal (...) cobra un destacado protagonismo y, por tanto, asumirá, junto con los Juzgados de Instrucción, una particular responsabilidad en la eficacia de la reforma”.

Desde la dimensión del Fiscal como inspector de las causas, el ordenamiento regula la titularidad, el ejercicio de la acción penal y el desempeño de la función instructora realzando su relevancia constitucional, en tanto afecta de modo directo a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y en cuanto supone una distribución de facultades orientada a la instauración de un sistema de control del poder dentro del aparato estatal: así, si el Juez es investido de la potestad de instruir, al Fiscal le corresponde, además de la promoción de la acción penal, la inspección de esa instrucción y el control de legalidad de la misma.

La esencia del Fiscal como promotor de la Justicia es la asunción de la iniciativa procesal, defendiendo la legalidad procesal desde una posición activa, estimulando el desenvolvimiento ágil de las actuaciones. La Fiscalía siempre ha exteriorizado su clara voluntad de cumplimiento de tales cometidos. Ya la Instrucción número 1 de 31 de diciembre de 1882 instaba a los Fiscales a ejercer “la inspección directa en la formación de los sumarios, por cualquiera de los medios que establece el artículo 306 de la ley de Enjuiciamiento criminal”. Esta Instrucción también los exhortaba a procurar “su más pronta terminación posible”. La Circular de 11 de enero de 1932 —a la vista de la lentitud con que se tramitaban algunos sumarios— exhortaba a los Fiscales a “remover cuantos obstáculos se opongan a que la justicia criminal se discierna pronta y acertadamente”. La Circular de 24 de marzo de 1932 declaraba que la tardanza “en terminar los procedimientos criminales no tanto es consecuencia de la falta de preceptos rituarios como del censurable incumplimiento de los mismos al amparo de prácticas abusivas, dañosas igualmente para el Estado y para el particular que tenga la inmensa desgracia de verse sometido a proceso”.

El relevante papel del Fiscal aun durante la instrucción judicial es subrayado con nitidez en varios preceptos de nuestro ordenamiento, expresión de la preocupación del Legislador por asegurar el impulso y la inspección de la instrucción por parte del promotor de la Justicia por excelencia.

El artículo 773.1 párrafo primero de la LECrim. obliga al Fiscal “a constituirse en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley”.

En su párrafo segundo este mismo precepto establece en relación con el procedimiento abreviado que “corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos, así como instar de éste la adopción de medidas cautelares o su levantamiento y la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal”.

Este precepto, aplicable supletoriamente al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, es aún reforzado para las diligencias urgentes al establecer el artículo 797.1 que el juzgado de guardia practicará las diligencias que procedan “con la participación activa del Ministerio Fiscal”.

El párrafo cuarto del artículo 773.1 reiterando lo ya declarado en el párrafo tercero del artículo 306 de la LECrim. activa aún más la obligación del Fiscal de dinamizar el procedimiento cuando se transforma en causa ante el Tribunal del Jurado, al declarar que “se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien comparecerá e intervendrá en cuantas actuaciones se lleven a cabo ante aquél”.

De hecho, el procedimiento ante el Tribunal del Jurado supone un auténtico cambio de paradigma en el rol del Fiscal, asumiendo nuevas responsabilidades que imponen que su actitud en el seno de la instrucción de procesos seguidos según las normas de la LOTJ sea particularmente activa. La Exposición de Motivos de la Ley habla de “la potenciación de las atribuciones del Ministerio Fiscal”.

En relación con el sumario, el artículo 306 dispone que “los Jueces de instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente”.

A fin de llevar a cabo esta inspección, el mismo precepto en su párrafo segundo ofrece dos alternativas: o bien se ejerce constituyéndose el Fiscal al lado del Juez instructor, o bien “por medio de testimonios en relación, suficientemente expresivos, que le remitirá el Juez instructor periódicamente y cuantas veces se los reclame, pudiendo en este caso el Fiscal hacer presente sus observaciones en atenta comunicación y formular sus pretensiones por requerimientos igualmente atentos”.

Abriendo aún más el abanico de posibilidades, con vocación de generalidad y tratando de evitar que la falta de efectivos pueda tornarse en obstáculo

para la presencia activa del Fiscal en la instrucción, el último párrafo del artículo 306 de la LECrim, añadido por LO 13/2003, de 24 de octubre, admite su intervención “en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del artículo 505, mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido”.

Debe por tanto desterrarse ese vetusto arquetipo del Fiscal ajeno a las vicisitudes de la causa y burocráticamente circunscrito a despachar el correspondiente dictamen cuando la misma tiene entrada en Fiscalía.

Una vez incoado en un Juzgado de Instrucción un procedimiento penal, cualquiera que éste sea, los Sres. Fiscales tienen la obligación de hacer un seguimiento del mismo, de promover las diligencias y medidas cautelares procedentes, de interponer los correspondientes recursos contra las resoluciones que estime contrarias a Derecho y de instar su rápida conclusión, se le dé traslado o no de la causa. Podría decirse que una vez iniciado, nada de lo relativo al proceso penal en curso le puede ser ajeno al Fiscal. El hecho de que no se le dé traslado de las actuaciones no puede esgrimirse como excusa para justificar la inactividad del Fiscal, una vez remitido el correspondiente parte de incoación, o una vez conozca por cualquier medio la existencia del procedimiento.

Dentro de esta misión de impulsar y simplificar la tramitación del procedimiento los Sres. Fiscales habrán de oponerse a la práctica de cuantas diligencias, trámites o actuaciones no cumplan las finalidades previstas para la actividad instructora, conforme al artículo 299 LECrim, o que sean simple expresión de una rutinaria sucesión formalista de trámites o, en fin, respondan a un excesivo celo documentador del Juez de Instrucción. En definitiva, habrán de oponerse activamente los Sres. Fiscales a cuanto suponga innecesarias repeticiones de diligencias o inútiles acopios de material impropiaamente sumarial. Deberán dedicar sus esfuerzos a, como certeramente apuntaba la Circular 1/1989, erradicar “la viciosa práctica de ratificación o reiteración de actuaciones ya practicadas”. Habrán igualmente de oponerse los Sres. Fiscales a la práctica de diligencias propuestas por las demás partes cuando las mismas tengan un afán dilatorio o sean inútiles o impertinentes.

También procurarán los Sres. Fiscales impedir determinadas corruptelas como la toma de declaraciones en la fase de instrucción por personas distintas al Juez, como ya exigía la Circular de 11 de enero de 1932.

Claro es que este compromiso con la agilización procedimental a lo primero que obliga al Fiscal es a respetar fielmente los plazos que se le asignan para despachar sus informes, escritos y calificaciones, debiendo definitivamente desterrarse la contemplación de los plazos como previsiones bienintencionadas carentes de valor vinculante.

Debe finalmente entenderse abarcada en la función dinamizadora la solicitud por parte de los Sres. Fiscales de la conclusión de la instrucción tan pronto consideren que existe suficiente acopio de información como para resolver sobre la pretensión penal (vid. artículo 3.1 del EOMF, artículos 324, 622 y 773.1 de la LECrim.). Ha de repararse en que es el Fiscal en realidad quien está en mejor posición, en tanto va a defender su pretensión en el acto del juicio oral, para orientar la instrucción y valorar cuándo debe ésta cerrarse. Sin perjuicio de las competencias del Juez de Instrucción, no pueden los Sres. Fiscales delegar en éste la responsabilidad de llevar a cabo una correcta y eficaz investigación.

En el desempeño de estos cometidos los Sres. Fiscales, a través de su respectivo Fiscal Jefe, pondrán en conocimiento del órgano competente (Presidente, Salas de Gobierno, Comisión Disciplinaria o Pleno del Consejo General del Poder Judicial) las irregularidades que puedan observar en la llevanza de los procedimientos, conforme a las previsiones del artículo 423 de la LOPJ. No necesita ser subrayada la trascendencia de esta función Fiscal como custodio de la legalidad en el proceso ni la ponderada sensibilidad con que ha de ejercerse.

La intervención activa del Fiscal durante la fase de instrucción habrá de evitar que se produzcan situaciones en las que por su parte sólo se conozca la existencia del procedimiento cuando haya finalizado esta fase preparatoria y se le dé traslado para calificar, con los riesgos inherentes a esta forma de actuar, esto es, que la instrucción se finalice con deficiencias ya imposibles o difíciles de subsanar o que las posibilidades de acusar con las mínimas garantías de éxito se hayan visto sustancialmente disminuidas, abocando al Fiscal a un poco airoso papel durante la sustanciación del juicio oral.

Partiendo siempre de esa inspección permanente de las actuaciones instructoras del Juez que han de desempeñar celosamente los Sres. Fiscales, lógicamente la mayor o menor intensidad del seguimiento y control habrá de ser proporcionada a la entidad de la causa (gravedad de los hechos, complejidad de la investigación, pluralidad de perjudicados etc.), pues los recursos siempre son limitados y su adecuada utilización define la eficacia y acierto en el desempeño de los altos cometidos encomendados al Ministerio Público. Particularmente, cuando se trate de causas con preso, la inspección del Fiscal habrá de intensificarse, conforme a los criterios recogidos en la Instrucción 4/2005, de 15 de abril, sobre motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación en la que se instaba a los Sres. Fiscales a dispensar “atención preferente a la tramitación de las causas con preso, singularmente cuando se acuerde la prórroga de la prisión provisional, promoviendo e impulsando la celeridad del procedimiento durante la fase de instrucción, e imprimiendo máxima prontitud a su intervención cuando corresponda despachar la causa. A tales efectos se establecía también el deber de llevar los fiscales en todo momento un registro personal de las causas con preso preventivo que les corresponda”.

Es claro que las causas cuya instrucción se prolongue más en el tiempo habrán de ser también preferentes a la hora de su cuidadosa y continuada inspección, de forma que puedan los Sres. Fiscales, con pleno conocimiento de causa, instar cuanto sea procedente para su más rápida conclusión y promover la corrección de cuantas irregularidades se detecten en la tramitación.

La dimensión de la actuación inspectora del Fiscal en la instrucción puede vislumbrarse en toda su amplitud a la vista de la trascendencia de esta fase, que excede de las finalidades expresamente previstas en el artículo 299 de la LE-Crim., para abarcar también la finalidad de permitir, o no, “la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y para la defensa” (SSTC 101/1985, 137/1988, 161/1990 y 51/1995).

Como plásticamente se expresaba en un voto particular contenido en la STC 41/1998, de 24 de febrero “la construcción del edificio (...) se ha terminado, y la estabilidad de la obra no depende de que las plantas fuesen diseñadas y levantadas correctamente, cuando los cimientos, principio y raíz del proceso, tienen defectos graves de estructura y ejecución. La casa ha de caer por fallos del basamento: lo mismo ocurre cuando la instrucción de un proceso es mala, con infracción de derechos, y el posterior juicio oral o los últimos recursos ante el Tribunal Supremo, si proceden, quedan afectados por el pecado original”.

El Fiscal, pues, como inspector de la fase de instrucción, tiene la grave e ineludible obligación de evitar que se incurra en defectos graves de estructura y ejecución en la instrucción.

Por último, dentro de esos cometidos tendentes a lograr la agilización de la fase de instrucción podrán los Sres. Fiscales, en caso necesario, oficiar a la Policía Judicial para que se lleven a cabo diligencias concretas que se estimen necesarias para su ulterior aportación a las Diligencias Judiciales. Debe subrayarse que esta habilitación ha de entenderse referida a la práctica de diligencias concretas, sin que en ningún caso pueda desembocarse en una investigación Fiscal paralela a la instrucción judicial. Esta habilitación que la Ley confiere al Fiscal (vid. artículo 773.1 de la LECrim. y Circular 1/1989) habrá de ser usada con prudencia, en casos debidamente justificados, pues fácilmente pueden colegirse las disfunciones y duplicidades que un mal uso de la misma puede generar. Es claro además que las diligencias así practicadas deberán unirse al procedimiento judicial, inexcusablemente y sea cual sea su resultado, tal como ya se reseñaba en la reciente Instrucción 1/2008, de 7 de marzo.

II. ACTUACIONES EN PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Son múltiples las llamadas de atención de las Instituciones del Consejo de Europa sobre la necesidad de lograr la reparación de las víctimas. Ya la Resolución (77) 27 del Comité de Ministros del Consejo Europa, sobre indemnización a las víctimas de delito abordaba decididamente la necesidad de proteger a las

víctimas, recomendación que se ve jurídicamente perfeccionada con la Convención Europea sobre la compensación a las víctimas de delitos violentos de 24 de noviembre de 1983; también en el seno del Consejo de Europa, la Recomendación R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, propone dentro del capítulo destinado a la protección especial de la víctima, que cuando sea necesario, y singularmente en los casos de delincuencia organizada, la víctima y su familia deberían ser eficazmente protegidas contra las amenazas y el riesgo de venganza por parte del delincuente. Se ha seguido profundizando en esta dirección con la Recomendación (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Asistencia a las Víctimas y la Prevención de la Victimización en la que instaba a los estados a prestar asistencia a la víctima a fin de obtener la reparación efectiva del perjuicio por parte del propio delincuente y a través de los aseguradores o de cualquier otro organismo, y cuando sea posible, la indemnización del Estado. Recientemente, la Recomendación (2006) 8, de 14 de junio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa on Assistance to Crime Victims ha supuesto un nuevo paso adelante en pro de las víctimas. También la Unión Europea ha explicitado su preocupación por la tutela de las víctimas a través de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, por la que se aprueba el Estatuto de la víctima en el proceso penal.

En nuestro ordenamiento interno el apartado primero del artículo 773 de la LECrim dispone que el Fiscal “velará (...) por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito”. En este mismo sentido, el artículo 3.10 del EOMF encomienda al Fiscal “velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas”.

La designación de un Fiscal de Sala Delegado para la tutela y protección de las víctimas y la reciente Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal es exponente de la preocupación de la Fiscalía General por el riguroso cumplimiento por parte de los Fiscales de sus obligaciones para con las víctimas, a fin de coadyuvar a la definitiva superación de la tradicional preterición en la que se les sumía en el proceso penal.

Concretando y sintetizando las obligaciones del Fiscal para con las víctimas durante la fase de instrucción, partiendo de la plena vigencia de la reseñada Instrucción 8/2005, estos compromisos deben traducirse en las siguientes actuaciones:

1. Promover el aseguramiento de las responsabilidades civiles, instando las medidas cautelares necesarias sobre el patrimonio de responsables directos o subsidiarios.

Debe aquí hacerse un recordatorio de la plena vigencia de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/1992, de 15 de enero, sobre *tramitación de las piezas de responsabilidad civil* que con acierto salía al paso de la desgraciadamente frecuente desidia en la tramitación de estas piezas, instando a los Sres. Fiscales a evitar que “por simples declaraciones verbales de carecer de bienes, se produzcan declaraciones de insolvencia, por lo que deben vigilar e impulsar la tramitación de las piezas de responsabilidad civil, pidiendo una investigación más profunda de los bienes del inculpado, con informes de los equipos especializados de policía judicial, y de los organismos que puedan proporcionar datos objetivos, así Ayuntamientos, Delegaciones de Hacienda, pidiendo los datos fiscales necesarios para acreditar la solvencia o insolvencia, incluso las declaraciones del Impuesto sobre la Renta y del Patrimonio de los últimos años (...). Por ello, los Fiscales deberán instar, en todo caso, la formación de la pieza de responsabilidad civil, si el Juez no lo hiciese de oficio como la Ley ordena. Asimismo deberán instar y vigilar su pronta conclusión”.

Más allá del ámbito de la responsabilidad civil, estas averiguaciones son esenciales para la determinación de las penas cuando se trate de multas no proporcionales, dado el criterio establecido por el artículo 50.5 del CP de atender exclusivamente a la situación económica del reo, como ya se puso de manifiesto en la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

2. Promover la intervención del vehículo cuando fuera procedente.
3. Instar el señalamiento de la pensión provisional a favor de la víctima de hechos derivados del uso y circulación de vehículos a motor.
4. Cuidar de que los informes médicos forenses describan con precisión las lesiones sufridas y el tratamiento exigido para su sanidad, incluyendo en su caso si la víctima va a precisar de terapia psicológica o psiquiátrica.
5. Promover la adopción de las medidas en protección de víctimas y testigos que en cada caso resulten pertinentes (órdenes de alejamiento, órdenes de protección, prisión provisional, medidas innominadas en protección de los menores del artículo 158 del CC, medidas especiales para violencia de género —suspensiones de patria potestad, derecho de visitas y derecho a la tenencia, porte y uso de armas— y medidas cautelares de secuestro y prohibición de difusión, en relación con los delitos cometidos mediante la imprenta y análogos).
6. Velar por la correcta realización de la diligencia de ofrecimiento de acciones. En este punto debemos reparar especialmente, pues las últimas reformas de nuestra legislación procesal son especialmente cuidadosas con la información de derechos a las víctimas, que aparece regulado en nuestra legislación de adultos en los artículos 109 de la LECrim (sumario ordinario), 771 y 776 de la LECrim. (procedimiento abreviado); artículo 25 de la Ley del Jurado y tras la reforma 8/2006, en el proceso penal del menor (artículo 4). La importancia de

esta diligencia como garantía de la víctima cada vez se está reforzando más en la práctica de los Tribunales. En este sentido, la STC 98/1993, de 22 de marzo declara que “aquel que había resultado lesionado y era un potencial ofendido..., ostentaba la cualidad de interesado y estaba dotado de la legitimación para actuar en juicio. El que no lo llegara a hacer, por haberse omitido la advertencia legal preceptiva, menoscaba y aun cercena su derecho a la efectividad de la tutela judicial que conlleva la interdicción de cualquier menoscabo del derecho de defensa (...) que ni siquiera pudo haber subsanado el ejercicio de la acción civil correspondiente por el Ministerio Fiscal”.

7. Velar igualmente porque se cumpla la obligación de notificar a los directamente ofendidos y perjudicados cuya seguridad pudiera verse afectada los autos relativos a la situación personal del imputado (vid artículo 506.3 y 544 ter apartado noveno de la LECrim.).

8. Cuidar de que se dé debido cumplimiento a la previsión del artículo 771.1.1 de la LECrim, de modo que cuando se acuerde el sobreseimiento por estimarse que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, sea notificada la resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

9. Evitar en lo posible que la víctima sea citada más de una vez durante la instrucción.

III. ACTUACIONES EN PROTECCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

Nuestro ordenamiento, entroncando con el principio de imparcialidad y de legalidad, también otorga al Ministerio Fiscal la obligación de velar “por el respeto de las garantías procesales del imputado” (artículo 773.1 de la LECrim.). En esta función de *patronus libertatis* referida al propio sujeto pasivo de la acción penal los Sres. Fiscales están obligados a interponer los recursos que procedan ante eventuales infracciones por parte del Juez Instructor de las garantías que nuestra legislación procesal reconoce al imputado, debiendo recordarse la expresa legitimación del Fiscal para promover el procedimiento de *habeas corpus* y para interponer recursos de amparo. Por lo que hace a esta última posibilidad los Sres. Fiscales habrá de ponerse previamente en contacto con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional a fin de que por la misma se evalúe previamente la procedencia y viabilidad del recurso proyectado.

IV. CONCLUSIONES

1.^a Una vez incoado en un Juzgado de Instrucción un procedimiento penal, cualquiera que éste sea, los Sres. Fiscales tienen la obligación de hacer un seguimiento del mismo, de promover las diligencias y medidas cautelares procedentes, de interponer los correspondientes recursos contra las resoluciones que estime contrarias a Derecho y de instar su rápida conclusión.

2.^a Habrán de oponerse activamente los Sres. Fiscales a cuanto suponga innecesarias repeticiones de diligencias o inútiles acopios de material impropia-mente sumarial.

3.^a Sin perjuicio de las competencias del Juez de Instrucción, no pueden los Sres. Fiscales delegar en éste la responsabilidad de llevar a cabo una correcta y eficaz investigación. A estos efectos, debe partirse de que es el Fiscal quien está en mejor posición, en tanto va a defender su pretensión en el acto del juicio oral, para orientar la instrucción.

4.^a Partiendo siempre de esa inspección permanente de las actuaciones instructoras del Juez que han de desempeñar escrupulosamente los Sres. Fiscales, lógicamente la mayor o menor intensidad del seguimiento y control habrá de ser proporcionada a la entidad de la causa.

5.^a Los Sres. Fiscales cuidarán igualmente durante la instrucción de dar debido cumplimiento a sus obligaciones para con la víctima y en protección del derecho de defensa.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir las obligaciones que en relación con la instrucción impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

CRÓNICA LEGISLATIVA

FEBRERO

- ❑ Real Decreto 63/2008, de 25 de enero (BOE de 4 de febrero), por el que se regula el procedimiento para la imposición y revisión de sanciones disciplinarias en materia de dopaje.
 - ✓ Desarrolla, atendiendo a los principios generales de la potestad sancionadora administrativa, el procedimiento de imposición y revisión de las sanciones por dopaje.
 - ✓ Otorga especial consideración al criterio de la celeridad de las actuaciones y el máximo respeto a la confidencialidad de los datos.
 - ✓ Contempla un procedimiento especial sustitutivo del recurso administrativo para la revisión de las resoluciones recaídas en materia de dopaje y cuya competencia para resolver se atribuye a un órgano arbitral de la Sección Antidopaje del Comité Español de Disciplina Deportiva.

MARZO

- ❑ Instrumento de ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000 (BOE de 14 de marzo de 2008).
 - ✓ Prohíbe la discriminación por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna o nacimiento en cualquiera de los Estados signatarios del Convenio.
- ❑ Directiva 2008/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008 (DOUE-L n.º 76, de 19 de marzo), por la que se modifica la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema

financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.

- ✓ Modifica los apartados 1 y 3 del artículo 40; añade un apartado 2 bis y modifica los apartados 3 y 4 del artículo 41 relativos a las medidas de aplicación que podrá adoptar la Comisión para establecer criterios técnicos para atender a la evolución de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

MAYO

- ❑ Acuerdo del Pleno del CGPJ de 23 de abril de 2008 (BOE de 7 de mayo), por el que se aprueba el Reglamento 1/2008, sobre indemnizaciones en concepto de asistencias por razón de participación en tribunales de oposiciones y otros procesos de selección relativos a la Carrera Judicial.
 - ✓ Actualiza el Cuadro de las disposiciones reglamentarias vigentes del Consejo General del Poder Judicial.
- ❑ Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y complementaria a la Ley para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias (BOCG de 16 de mayo de 2008).
 - ✓ Modifica el número 2.º del artículo 65 y añade un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 89 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con las competencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y de los Juzgados de lo Penal, respectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

JORGE BARREIRO, A./FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Nuevo Derecho penal juvenil. Una perspectiva interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, 2008.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

CARBONELL MATEU, J.C./MARTÍNEZ GARAY, L., *La justificación penal: balance y perspectivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA VALDES, C. y otros (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008.

MUÑOZ CONDE, F. (Dir.), *Estudios homenaje María del Mar Díaz Pita. Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*, Sevilla, 2008.

PÉREZ ALVÁREZ, F. (Ed.), *“Universitas Vita”*. *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, 2008.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

ABEL SOUTO, M., *La pena de localización permanente*, Comares, Granada, 2008.

AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delitos*, Iustel, Madrid, 2008.

CID MUÑOZ, M.I., *La Corte Penal Internacional. Un largo camino*, Dykinson, Madrid, 2008.

DONNA, E.A., *La autoría y la participación criminal*, Comares, Granada, 2008.

NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

JABOS, G., *El derecho penal como disciplina científica*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

MELENDO PARDOS, M., *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de las Corte Penal Internacional*, Atelier, Barcelona, 2008.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

CASTRO MORENO, A., *Elusiones fiscales atípicas*, Atelier, Barcelona.

JAREÑO LEAL, A., *Intimidación e imagen. Los límites de la protección penal*, Iustel, Madrid, 2008.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

V. DERECHO PENITENCIARIO

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2008.

VI. CRIMINOLOGÍA

FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., *La medición del delito en la seguridad pública*, Dykinson, Madrid, 2008.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de derecho procesal penal*, Cesej. Centro de Estudios Superiores, Madrid, 2008.

LÓPEZ DEL MORAL, J.L., *Manual de los Juzgados de Paz*, 5.^a ed., El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2008.

TRILLO NAVARRO, J., *El Fiscal en el nuevo proceso penal. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, Reforma 2007, Comares, Granada, 2008.

II. MONOGRAFÍAS

AA.VV., *La prueba en el proceso penal. Declaración de víctimas. Testigos y procesados*, Sepin, Madrid, 2008.

AA.VV., *La prueba en el proceso penal. Prueba pericial*, Sepin, Madrid, 2008.

ARANGÜENA FANEGO, C. y SANZ MORÁN, A.J. (Coords.), *La reforma de la justicia penal: aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

ALBA MESA, S., *La selección del jurado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

BUJOSA VADELL, L., *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Atelier, Barcelona, 2008.

CABALLERO GEA, J.A., *Delitos contra la seguridad del tráfico. Código penal y derecho procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2008.

DE LA ROS CORTINA, J.M., *Tutela cautelar de la víctima. Órdenes de alejamiento y órdenes de protección*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GÓMEZ COLOMER, J.L., *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., *Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2007.

GUDE FERNÁNDEZ, A., *El habeas corpus en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ-CAMPELLO, C. y SÁNCHEZ LEÓN, M., (coords.), *La prueba pericial médica*, La Ley, Madrid, 2008.

MARCHAL ESCALONA, A.N., *El atestado. Inicio del proceso penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

MARTÍN RIOS, P., *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, La Ley, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ FAGÚNDEZ, C., *Nulidad de actuaciones en el proceso civil y penal. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

PARDO IRANZO, V., *La prueba documental en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores*, Difusión Jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2008

RIAÑO BRUN, I., *La instrucción criminal en el proceso penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

VALLINES GARCÍA, E., *Instrucciones para garantizar la imparcialidad e independencia de los Jurados*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

VELÁZQUEZ VIOQUE, S., *El juicio de faltas por imprudencia en la seguridad vial*, Bosch, Barcelona, 2008.

III. OTROS

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.L., *Medidas cautelares en el proceso penal. 355 preguntas y respuestas*, Sepin, Madrid, 2008.

PUJOL CAPILLA, P., *Guía de comportamiento en las actuaciones judiciales. Modos y formas ante los Tribunales*, La Ley, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ SOL, L., *Justicia penal de la Unión Europea*, Thomson-Aranzadi (colección Códigos profesionales), Navarra, 2008.