

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- La situación actual de la Orden Europea de Detención y Entrega: dificultades y progresos de su aplicación en el Espacio Judicial Europeo. *Coral Arangüena Fanego* 11

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 91
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 99
- **Sentencia 255/2006 (Sala 1.^a), de 11 de septiembre:** Emplazamiento defectuoso 99
- **Sentencia 258/2006 (Sala 2.^a), de 11 de septiembre:** Declaración de coimputado. Presunción de inocencia 101
- **Sentencia 268/2006 (Sala 1.^a), de 11 de septiembre:** Procedimiento sancionador. Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 104
- TRIBUNAL SUPREMO 109
- **Acuerdo de 28 de noviembre de 2006** 109
- **Sentencia 585/2006, de 29 de mayo:** Naturaleza del informe pericial 109
- **Sentencia 619/2006, de 5 de junio:** Competencia objetiva. Juez ordinario predeterminado por la ley 111

	<u>Página</u>
— Sentencia 651/2006, de 5 de junio: Delitos contra los derechos de ciudadanos extranjeros. Prostitución. Delitos contra los derechos de los trabajadores	114
— Sentencia 620/2006, de 6 de junio: Insolvencia punible. Quiebra .	118
— Sentencia 627/2006, de 8 de junio: Delitos contra la Administración Pública. Prevaricación de funcionarios públicos. Responsabilidad criminal. Autor	121
— Sentencia 636/2006, de 8 de junio: Delitos contra la Administración Pública. Cohecho. Fraudes y exacciones ilegales	125
— Sentencia 748/2006, de 12 de junio: Irretroactividad. Régimen penitenciario. Régimen abierto. Recurso de casación para unificación de doctrina en el ámbito penitenciario	127
— Sentencia 669/2006, de 14 de junio: Medidas de seguridad. Requisitos. Derecho de defensa	134
— Sentencia 708/2006, de 19 de junio: Competencia objetiva y funcional. Juez ordinario predeterminado por la ley	139
— Sentencia 645/2006, de 20 de junio: Principio de justicia universal	140
— Sentencia 664/2006, de 21 de junio: Sentencia. Quebrantamiento de forma	156
— Sentencia 671/2006, de 21 de junio: Concurso de delitos. Prescripción. Delito continuado	157
— Sentencia 730/2006, de 21 de junio: Dilaciones indebidas ...	165
— Sentencia 697/2006, de 26 de junio: Testimonio de referencia .	167
— Sentencia 701/2006, de 27 de junio: Prueba de ADN	169
— Sentencia 714/2006, de 29 de junio: Auto de transformación en procedimiento abreviado	172
— Sentencia 742/2006, de 29 de junio: Responsabilidad civil. Vehículos a motor	174
— Sentencia 732/2006, de 3 de julio: Motivación de la sentencia .	179
— Sentencia 780/2006, de 3 de julio: Imparcialidad del juzgador (pérdida). Interrogatorio del acusado por el Presidente del Tribunal	181
— Sentencia 778/2006, de 12 de julio: Sentencia de conformidad .	184

	<u>Página</u>
— Sentencia 850/2006, de 12 de julio: Eximentes. Ejercicio de derecho, cargo u oficio	188
— Sentencia 759/2006, de 13 de julio: Responsabilidad criminal. Autor	190
— Sentencia 793/2006, de 14 de julio: Autoridad o funcionario. Denegación de auxilio	192
— Sentencia 795/2006, de 14 de julio: Prueba testifical. Lectura de declaraciones sumariales	195
— Sentencia 829/2006, de 20 de julio: Nulidad de diligencias practicadas en Guantánamo. Presunción de inocencia. Prueba ilícita .	197
— Sentencia 874/2006, de 18 de septiembre: Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Malversación de caudales públicos	200
— Sentencia 879/2006, de 20 de septiembre: Entrada y registro. Flagrancia. Hallazgo casual	205
— Sentencia 913/2006, de 20 de septiembre: Corrupción de menores. Organización o asociación	208
— Sentencia 886/2006, de 25 de septiembre: Responsabilidad civil subsidiaria	211
— Sentencia 887/2006, de 25 de septiembre: Lesiones	213
— Sentencia 921/2006, de 26 de septiembre: Escuchas. CESID. Desclasificación de documentos	214
— Sentencia 934/2006, de 29 de septiembre: Intrusismo profesional.	220
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	 223
— Sentencia 1/2006, de 10 de enero (AP JAÉN): Recurso contra sentencia de conformidad y valor de la certificación del FIVA .	223
— Sentencia 69/2006, de 14 de marzo (AP ALMERÍA): Ejecución de pena del artículo 379 del Código Penal cuando ha existido previa sanción administrativa	224
— Sentencia 53/2006, de 28 de marzo (AP CÁCERES): Problemática de la revisión de sentencia absolutoria en apelación	225
— Sentencia 17/2006, de 25 de abril (AP ZAMORA): El acusado se somete al test del etilómetro portátil pero no al de precisión .	226

	<u>Página</u>
— Sentencia 189/2006, de 5 de mayo (AP MADRID): Quebrantamiento de medida de alejamiento plenamente consentido por las víctimas en cuya protección se dictó	227
— Sentencia 58/2006, de 10 de mayo (AP NAVARRA): Transferencia vía internet de dinero de la ex pareja a cuenta corriente propia sobre la que la anterior conviviente podía disponer: estafa	229
— Sentencia 180/2006, de 11 de mayo (AP MADRID): Aplicación del factor de corrección a los días de incapacidad	231
— Sentencia 181/2006, de 11 de mayo (AP MADRID): Responsabilidad civil del Estado por delito cometido por funcionario: necesidad de que el sujeto activo actúe en el ejercicio del cargo	233
— Sentencia 23/2006, de 15 de mayo (AP TOLEDO): Homicidio. Reparación del daño causado. Consignación de indemnización .	234
— Sentencia 25/2006, de 16 de mayo (AP SORIA): Propiedad industrial. Venta de cebada producida por semilla patentada adquirida legítimamente. Conducta penalmente atípica	235
— Sentencia 95/2006, de 18 de mayo (AP CÁCERES): Prohibición de acercarse a la víctima. Interpretación de la expresión “podrán imponerse” referida a la comisión de faltas	238
— Sentencia 23/2006, de 24 de mayo (AP PONTEVEDRA): Dilación indebida del procedimiento: criterio para su determinación y tratamiento procesal	239
— Auto 303/2006, de 29 de mayo (AP PALMA DE MALLORCA): Consideración como domicilio de una franja de terreno: ¿allanamiento de morada por la Administración en una expropiación forzosa?	242
— Sentencia 66/2006, de 14 de junio (AP MURCIA): Indemnización por daños en moto de policía local causados en la huida de vehículo sustraído	246
— Sentencia 242/2006, de 18 de julio (AP PALMA DE MALLORCA): Indemnización en accidente es deuda de valor y aplicación de factor de corrección de tabla V del baremo	248
— Sentencia 635/2006, de 27 de julio (AP MADRID): El “perjuicio de tercero” en el tipo de descubrimiento y revelación de secretos .	249

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

— Instrucción 5/2006, de 20 de diciembre, sobre los efectos de la derogación del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevista por Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre	255
— Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil	265
— Consulta 4/2006, de 30 de noviembre, sobre calificación jurídico-penal de la interceptación en recintos aduaneros de puertos marítimos españoles de vehículos sustraídos en territorio de la Comunidad Europea con destino a países no comunitarios	271

CRÓNICA LEGISLATIVA

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

BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal	283
— Derecho Procesal Penal	287
— Recensión	291

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA: DIFICULTADES Y PROGRESOS DE SU APLICACIÓN EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO (*)

CORAL ARANGÜENA FANEGO

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CARACTERES GENERALES Y NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO.
- III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA EURO-ORDEN.
 - 1. **Territorial. El problema abierto por la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005.**
 - 2. **Temporal. Las limitaciones introducidas por algunos Estados miembros.**
 - 3. **Material. La supresión de la doble incriminación.**
- IV. LA EMISIÓN DE ÓRDENES DE DETENCIÓN EUROPEAS. ALGUNAS CUESTIONES DUDOSAS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.
 - 1. **Competencia.**
 - 2. **Forma.**
- V. TRANSMISIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN.

(*) Ponencia impartida en el Seminario de Especialistas en la Red Judicial Europea, *Dificultades y retos del espacio judicial europeo*, correspondiente al Plan de Formación para Fiscales 2006, celebrado en Granada el 19 y el 20 de octubre de 2006.

VI. ESTATUS DEL DETENIDO EN VIRTUD DE UNA EURO-ORDEN.

1. **Detención y puesta a disposición judicial. Información de derechos.**
2. **Asistencia letrada.**
3. **Contenido del derecho a la asistencia letrada en sede policial.**

VII. PLAZO DE DETENCIÓN PREVENTIVA Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.

VIII. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN.

IX. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN RELACIÓN CON LOS MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA ENTREGA.

X. CONDICIONES PARA LA ENTREGA.

XI. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA DECISIÓN SOBRE LA ENTREGA.

1. **Plazos.**
2. **Impugnación del auto.**

XII. ALGUNOS INTERROGANTES EN CUANTO A LA ENTREGA DEL RECLAMADO.

XIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

XIV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido España ha mostrado especial diligencia en cumplir con las obligaciones impuestas a los Estados miembros por la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 del Consejo, relativa a la coloquialmente conocida como *euro-orden* ⁽¹⁾, primer instrumento jurídico de la Unión Europea en el que se

(1) Adoptada en cumplimiento del mandato del Tratado de Ámsterdam [artículos 29 y 31.b)] relativo a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia que exigía, en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, una acción común que facilitara la extradición entre los Estados miembros. Con ella se sustituyen los tradicionales procedimientos extradicionales, incluidas las disposiciones del título III del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, por un nuevo procedimiento de carácter estrictamente judicial de entrega de las personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme.

hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo en materia penal⁽²⁾, al punto de ser el primero de ellos en llevar a cabo su transposición a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (LOEDE, en adelante), que diseña el nuevo procedimiento de conformidad con las exigencias de la Decisión Marco, con el obligado complemento de la Ley Orgánica 2/2003, de la misma fecha, que lleva a cabo las modificaciones necesarias en la Ley Orgánica del Poder Judicial para dar cobertura a los nuevos cometidos que se atribuyen a determinados órganos jurisdiccionales.

Pero esta diligencia, que en principio puede ser digna de elogio, ha tenido como efecto negativo el haber dispensado un tratamiento poco detallado a algunas cuestiones de importancia que reclamaban mayor cuidado y atención, consecuencia de que la ley española, en numerosos aspectos, no es sino una reproducción casi literal del texto de la Decisión Marco.

Y esto tiene que ver, igualmente, con las particularidades existentes en el proceso de elaboración de este instrumento del tercer pilar. Sin remontarnos a precedentes más o menos lejanos en la génesis de la cooperación judicial

Sobre su génesis me remito a mi trabajo sobre “La orden europea de detención y entrega: análisis de las leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco sobre la ‘euro-orden’”, en *Revista de Derecho Penal (Lex Nova)*, número 10 (septiembre de 2003), páginas 11 y siguientes y, con el mismo título, una posterior versión publicada en *Actas del II Congreso Internacional “El futuro de Europa a debate”*, obra colectiva coordinada por CALONGE VELÁZQUEZ, A., Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 2004, pp. 244 y siguientes.

(2) No obstante cabe mencionar la existencia de algunos precedentes de carácter bilateral que ya habían contribuido sensiblemente a allanar el camino: por ejemplo el Tratado de Roma de 2000 entre Italia y España, que extiende su ámbito de aplicación no sólo a las sentencias penales de condena, sino también a las resoluciones judiciales previas restrictivas de libertad personal y dictadas en el curso de un proceso, y que puede ser considerado como el primer instrumento creado para dismantlar el instrumento de la extradición (pese a que no haya llegado a entrar en vigor); asimismo el Acuerdo alcanzado entre las Fiscalías antiterroristas de España y Francia el 25 de septiembre de 2001 y conforme al cual se permite que cualquier persona acusada de delitos de terrorismo en uno de los dos países sea entregada de manera temporal e inmediata al país donde hubiera cometido el delito más grave y una vez interrogada, juzgada y, en su caso, condenada, sea devuelta al país donde se le detuvo originariamente para ser procesado por los delitos menores que hubieran conducido a su captura. Con ello se ha conseguido acelerar el procesamiento y enjuiciamiento de acusados de terrorismo que hasta el momento eran extraditados a España sólo después de cumplir condenas por delitos menores en Francia.

penal⁽³⁾, y centrándonos en la intrahistoria de la euro-orden⁽⁴⁾, hemos de recordar que la Comisión, de acuerdo con el mandato otorgado por el decisivo Consejo Europeo de Tampere de 1999⁽⁵⁾, y en un momento de crisis del concepto clásico de extradición, comenzó a trabajar sobre un proyecto destinado a poner en práctica el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales para hacer posible las previsiones del Tratado de Ámsterdam. La Comisión adoptó su Propuesta de Decisión Marco el 19 de septiembre de 2001⁽⁶⁾, adelantándose una semana a sus previsiones iniciales a causa de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001.

Es innegable que la tragedia de Nueva York va a tener un valor fundamental en cuanto factor que acelerará la reforma europea de aquella institución. Baste recordar que sólo unos meses después —y tras años de infructuosos intentos— se aprobará la mencionada Decisión Marco. En efecto, los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en Consejo europeo extraordinario el 21 de septiembre en Bruselas, acogieron la propuesta de la Comisión y otorgaron el mandato al Consejo en su formación de ministros de Justicia e Interior de llegar a un acuerdo de creación de la orden de detención europea. Dicho acuerdo político se obtuvo en el plazo previsto —diciembre de 2001—, en vísperas del Consejo europeo de Laeken⁽⁷⁾, cristalizando finalmente en el plano legislativo en la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de

(3) Para lo cual permítaseme remitir a mi trabajo “Avances en cooperación judicial penal en la Unión Europea”, en *Logros, iniciativas y retos institucionales y económicos: la Unión Europea del siglo XXI*, obra colectiva coordinada por VEGA MOCOROA, I., Valladolid, 2005, pp. 101 a 133.

(4) Vid. sobre estas cuestiones especialmente FONSECA MORILLO, F., “La orden de detención y entrega europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, enero/abril de 2003, pp. 69 a 72. También CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia. La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros*, Madrid, 2002, pp. 61 a 66.

(5) Decisivo en esta materia en cuanto fijó las bases para la elaboración de numerosos instrumentos destinados a mejorar la cooperación judicial entre los distintos Estados miembros.

(6) Propuesta de Decisión Marco del Consejo sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre Estados miembros [COM (2001) 522 final].

(7) Celebrado en esa ciudad los días 14 y 15 de diciembre de 2001, bajo la presidencia de Bélgica, y que dedicó especial atención, además de a la euro-orden, a Eurojust y a la cooperación judicial y policial en materia penal, así como al Libro Verde sobre la creación de un Fiscal europeo en materia financiera.

detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros⁽⁸⁾.

Este rápido discurrir en la adopción del instrumento que nos ocupa deja su huella en algunos de los problemas técnicos que ofrece esta Decisión Marco, pues, como observa MANACORDA, se persiguió ante todo “llegar rápidamente a un resultado concreto y de fuerte impacto simbólico, realizándose así una maduración artificial de los plazos para un procedimiento no meditado suficientemente en relación a sus contenidos, ni delineado claramente en sus trazos esenciales, jamás experimentado hasta entonces a nivel de la Unión”. Y “como compensación de esa falta de ponderación, todo el *iter* ha estado marcado por la acentuación del componente simbólico del procedimiento, quedando en la sombra la relevancia propiamente técnica”⁽⁹⁾. De donde concluye MANACORDA que estaríamos, con la euro-orden, ante un “hijo prematuro” del principio de reconocimiento mutuo⁽¹⁰⁾. Y esta misma aceleración se pone también de manifiesto en el proceso que va desde la Decisión Marco hasta su transposición española por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, lo que explicaría el excesivo mimetismo de ésta al que nos hemos referido respecto a lo establecido en aquélla⁽¹¹⁾.

En cualquier caso, dicha Decisión no sólo constituye un avance esencial en la construcción del espacio europeo de justicia, sino, y lo que es más importante, un punto de no retorno en la medida en que traduce un cambio de cultura en las relaciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea al pasar del sistema clásico de ayuda judicial mutua y de extradición entre ellos practicado a un sistema de reconocimiento mutuo y de confianza mutua entre

(8) DO L 190, de 18-7-2002.

(9) MANACORDA, S., “Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico criminali”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2004, núm. 3, p. 796.

(10) MANACORDA, S., “Il mandato...”, cit. (nota 3), p. 798.

(11) Dato en el que ha insistido críticamente la doctrina; vid, por ejemplo, BUENO ARÚS/DE MIGUEL ZARAGOZA, *Manual de Derecho penal internacional*, Madrid, 2003, p. 236; CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la euro-orden de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, Madrid, 2003, pp. 124 y ss.; ARANGÜENA FANEGO, C., “La orden europea de detención y entrega...”, op. cit., pp. 94 y 95, y “Las medidas cautelares en el procedimiento de la euro-orden”, en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, obra colectiva coordinada por ARANGÜENA FANEGO, C., Valladolid, 2005, pp. 132 y 133.

autoridades judiciales⁽¹²⁾. Esto condiciona decisivamente los caracteres fundamentales de la euro-orden tal y como ha sido diseñada.

Transcurridos ya más de dos años de funcionamiento de este nuevo sistema de entrega entre los Estados miembros sustitutivo de la clásica extradición, veamos algunos de los problemas que se han planteado en su aplicación práctica, tomando especialmente como referencia las distintas evaluaciones que la Comisión y el Consejo han llevado a cabo⁽¹³⁾, así como los pronunciamientos que sobre su implementación y funcionamiento han dictado los tribunales constitucionales de los Estados miembros; señaladamente, el español.

Comencemos, precisamente, por el examen, como cuestión previa, de la propia adecuación del instrumento elegido por el Consejo de la Unión Europea para regular este nuevo sistema de entrega entre los Estados miembros —la Decisión Marco—, algo cuestionado por el Tribunal Constitucional belga y que se encuentra en la actualidad ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pendiente de que recaiga sentencia en la cuestión prejudicial de validez ante él planteada (asunto C-303/05). Ello exige, necesariamente, precisar en primer término la naturaleza jurídica de la euro-orden.

II. CARACTERES GENERALES Y NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO

Como es bien sabido, este procedimiento se articula en torno a un modelo de resolución judicial unificado a escala de la Unión Europea, la orden de detención y entrega, que puede ser emitida por cualquier juez o tribunal con competencia en materia penal de un Estado miembro (Estado de emisión) que solicite la entrega de una persona, por parte de la autoridad judicial de otro Estado miembro (Estado de ejecución), buscada y requerida, ya para el seguimiento de acciones penales, ya para el cumplimiento de una condena impuesta, siempre que, en ambos casos, la pena o medida de seguridad privativa de libertad previsible o efectivamente impuesta supere los mínimos exigidos —de conformidad con la Decisión Marco— por la ley (doce o cuatro meses, respectivamente).

(12) Así FONSECA MORILLO, F., “La orden de detención y entrega europea”, op. cit., p. 70.

(13) Véase, sobre estas cuestiones, especialmente, GUTIÉRREZ ZARZA, A., “La evaluación de los Estados miembros en el tercer pilar de la Unión Europea. El caso particular de la Orden de Detención Europea”.

La aplicación del principio del reconocimiento mutuo determina que, recibida la orden europea por la autoridad judicial competente para su ejecución, ésta se produzca de forma cuasi automática, sin necesidad de que la autoridad judicial destinataria de la orden realice un nuevo examen de la solicitud para verificar su conformidad con el ordenamiento jurídico interno. Sólo de modo excepcional podrá procederse a dicha confrontación, estando no obstante tasados en la ley de modo riguroso los motivos de carácter objetivo y nunca político por los que puede negarse a la ejecución pedida, permitiendo su naturaleza una apreciación objetiva por la autoridad judicial. A este tenor, y como veremos posteriormente, el tradicional principio de doble tipificación se suprime para una lista de treinta y dos delitos, conjugándose con la posibilidad residual de recalificación por parte de la autoridad de ejecución para aquellos casos en que o bien la infracción no figure en la referida lista o bien, aun figurando, la sanción exigible con arreglo a la legislación del Estado de emisión no sea al menos de tres años de privación de libertad.

La denominación acogida (*orden* de detención y entrega europea) revela ya en sí misma la singularidad que reviste este mecanismo, frente a los tradicionales modelos extradicionales, al conceder un escaso margen de maniobra a la autoridad judicial receptora para evitar su cumplimiento en íntima correlación con ese principio de reconocimiento y confianza mutua que está en la base del sistema.

Por otra parte se conforma de manera sustancialmente distinta la detención y entrega de la persona puesto que, a diferencia de los procedimientos de extradición en que la detención preventiva del reclamado aparece como medida cautelar diferenciada y eventual, supeditada a la petición expresa del órgano requirente en caso de riesgo de fuga, de adopción facultativa y condicionada además a la posterior petición formal de extradición, se revela aquí como medida instrumental de la entrega y adoptada para hacer efectiva ésta, estando una y otra comprendidas en la misma solicitud y siendo la primera de cumplimiento obligatorio por el juez requerido⁽¹⁴⁾, sin perjuicio de que posteriormente pueda sustituir esta medida por otra menos interina y más o menos grave como la prisión o la libertad provisional en tanto adopta la decisión sobre la entrega.

Se ha dicho, por ello, que el nuevo instrumento legislativo ha dado lugar a la creación de un título judicial europeo homologado, incorporado a la Decisión Marco como anexo y que, emitido en la lengua del Estado donde se va a ejecu-

(14) Siempre naturalmente que la solicitud se le hubiere remitido directamente y se hubiere emitido en relación con un supuesto comprendido en el ámbito de aplicación de la euro-orden de conformidad con el artículo 2 de la Decisión Marco.

tar la detención, tiene la misma fuerza de obligar que la que tendría una orden nacional de arresto⁽¹⁵⁾.

El carácter predominantemente judicial del procedimiento, unido a la mínima lista de motivos que permiten la denegación, con la reducción drástica de los casos en que puede exigirse la doble incriminación, la desaparición de motivos de denegación tradicionales en los procedimientos extradicionales —como los relativos a la no entrega de los nacionales (pese a la brecha abierta con las sentencias de los Tribunales Constitucionales alemán y polaco a las que posteriormente aludiremos) o los calificados de delitos políticos— conduce, si no a negar, sí al menos a atenuar de forma significativa el carácter de procedimiento de corte extradicional.

En efecto, el referido carácter judicial del procedimiento supone, al tiempo, que la intervención del ejecutivo sea mínima y se reduzca a los casos en que se produzca un concurso de solicitudes entre una euro-orden y una petición de extradición cursada por un tercer país. Sólo en este punto tendrá capacidad de decisión; fuera de este caso sus atribuciones son de tipo administrativo y de gestión, limitadas al auxilio de las autoridades judiciales competentes y, en su caso, si lo decidiera el Estado miembro, a la transmisión y recepción administrativas de las órdenes de detención europeas, así como de toda correspondencia oficial relacionada con ellas.

Como señala el Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo, en sus Conclusiones presentadas el pasado septiembre en el asunto C-303/05⁽¹⁶⁾, “en la extradición entran en contacto dos Estados soberanos, el requirente y el requerido, que actúan desde posiciones autónomas: uno ruega la colaboración del otro, que decide si la presta caso por caso, en atención a motivos que trascienden el universo estrictamente jurídico, para adentrarse en el ámbito de las relaciones internacionales, donde el principio de oportunidad ostenta un papel relevante. Por esta razón la intervención última de responsables políticos y criterios como el de reciprocidad o el de doble incriminación se justifican por provenir de esferas diferentes”.

Muy diverso es el contexto de la euro-orden, donde “el auxilio se reclama y se proporciona en el seno de un sistema jurídico supranacional de integración en el que los Estados, renunciando parcialmente a su soberanía, transfieren competencias a instancias ajenas con capacidad de producción normativa. Esta

(15) No es, por tanto, un mero certificado o *affidávit* que acompañe a la documentación y resolución originales. Así lo destaca IRURZUN MONTORO, F., “La orden europea de detención y entrega”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 225, 2003, p. 46.

(16) Asunto C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld VZW/Leden van de Ministerraad*) al que posteriormente nos referiremos.

aproximación normativa, propia del primer pilar de la Unión, opera también en el tercero, intergubernamental pero con una evidente vocación *comunitaria*, como lo ha demostrado la sentencia *Pupino* ⁽¹⁷⁾, trasladando a las decisiones marco categorías del primer pilar y algunos parámetros característicos de las directivas ⁽¹⁸⁾. En este contexto, sustentado en la mutua confianza, el respaldo a la cooperación no se deriva de la conjunción de voluntades de origen diverso, sino de una norma común —la Decisión Marco— donde se perfilan los comportamientos que incitan a colaborar. “Con este espíritu, toda consideración de oportunidad se antoja impertinente, reduciéndose el control al estrictamente jurídico; en otras palabras, las autoridades políticas han de dejar el protagonismo a las judiciales y la apreciación particular para cada supuesto ha de ceder ante otra de índole general, pues esa norma compartida asume la jurisdicción de los tribunales nacionales para perseguir los delitos que relaciona. En suma ya no hay Estados soberanos que puedan cooperar en casos individuales, sino miembros de la Unión Europea obligados a auxiliarse, siempre que se hayan perpetrado delitos de interés común”. Y todo ello conduce a la conclusión de que “la extradición y la euro-orden responden a esquemas axiológicos que no coinciden más que en su objetivo. La Decisión Marco se sitúa en esta línea, al suprimir la extradición sustituyéndola por un sistema de entrega entre autoridades judiciales basado en el mutuo reconocimiento y en la libre circulación de sus decisiones, fruto de un elevado grado de confianza entre los Estados miembros. Por lo expuesto, se presuponen la reciprocidad y la doble incriminación

(17) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) en el Asunto C-105/03 (coloquialmente conocido como *caso Pupino*), en la que proclama la aplicación del principio de interpretación conforme a las Decisiones Marco, precisamente con fundamento en los efectos análogos a los de la Directiva que a este instrumento jurídico le atribuye el artículo 34 TUE y del principio de cooperación leal. En ella, y en virtud del principio de interpretación conforme, ha señalado que los órganos jurisdiccionales, al aplicar el Derecho nacional, están obligados a hacer todo lo posible, conforme a la letra y a la finalidad de la Decisión Marco para, al interpretarlo, alcanzar el resultado previsto por ella y de esta forma atenerse al artículo 34.2.b) TUE. En el referido caso, y ante la cuestión prejudicial planteada por un Juez italiano preguntando al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas si, a la luz de esta Decisión Marco, podía autorizar la aplicación de medidas de protección en la declaración testifical de niños de corta edad, no estando tales medidas expresamente previstas en la legislación italiana para tal supuesto, el Tribunal de Justicia contestó afirmativamente y en el sentido expresado.

(18) El principio de interpretación conforme (apartados 34, 43 y 47) y el de cooperación leal (apartado 42). Véase nota anterior. Sobre esta sentencia consúltese SARMIENTO, D., “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de las Decisiones Marco”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10, 2005 (<http://www.rei.org>), y asimismo los comentarios al respecto de IRURZUN MONTORO, F., “¿El espacio judicial europeo en una encrucijada?”, en *La Ley*, núm. 6532, de 24 de julio de 2006.

para determinadas conductas, las de mayor reprochabilidad, tasándose las causas de denegación del apoyo, sin dejar resquicio alguno a la discrecionalidad política”.

Todo lo anterior, naturalmente, no tiene un alcance meramente teórico. Determinar cuál sea la naturaleza de la Decisión Marco sobre la euro-orden resulta premisa necesaria para poder entrar a continuación en la cuestión de la adecuación del instrumento jurídico utilizado, dimensión formal discutida por el Tribunal Constitucional belga que entendía que la euro-orden debió regularse en un convenio internacional porque no se trata de aproximar legislaciones preexistentes, habida cuenta de que la orden europea de detención supone una figura de nuevo cuño. Frente a ello el Abogado General recuerda que el Tratado de Ámsterdam incorporó la Decisión Marco como nuevo instrumento jurídico a fin de superar las dificultades derivadas de la ratificación de los tratados internacionales. Enfatiza en este sentido que la Comisión en su Propuesta de Decisión Marco explica haber optado por dicho instrumento por razones de eficacia, a la vista de los éxitos limitados de los convenios anteriores. Y concluye que los Estados miembros y las Instituciones han de realizar los objetivos fijados en el Tratado de la Unión Europea, entre los que se incluye mantener y desarrollar un espacio de libertad seguridad y justicia, debiendo utilizar para ello los instrumentos más adecuados. Están obligados, además, a asegurar la efectividad del derecho de la Unión, por lo que el Consejo no sólo podía, sino que debía establecer el mecanismo de la euro-orden mediante una Decisión Marco.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA EURO-ORDEN

1. Territorial. El problema abierto por la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005

Delimitado genéricamente por los Estados miembros de la Unión Europea, la disposición transitoria segunda de la LOEDE, en armonía con el artículo 34.2 de la Decisión Marco, establece su aplicación inmediata a los Estados miembros que hayan notificado a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión de la Unión Europea el texto y la entrada en vigor de las disposiciones de adaptación de sus legislaciones nacionales.

Una vez culminado el proceso de transposición al derecho interno de la Decisión Marco en los veinticinco países que conforman la Unión Europea, en algunos países con un más que considerable retraso sobre la fecha prevista⁽¹⁹⁾,

(19) Siendo el último Italia, que implementó la Decisión Marco por Ley de 22 de abril de 2005, núm. 69, incumpliendo abiertamente el plazo concedido a tal fin que se fijaba en el 31 de diciembre de 2003 (artículo 34 de la Decisión Marco).

la concreción del ámbito de aplicación de la euro-orden no debería plantear mayores problemas, si no fuera por la complicada situación abierta tras la declaración de inconstitucionalidad de la ley de trasposición alemana llevada a cabo por el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 18 de julio de 2005 (2 BvR 2236/04).

En efecto, si bien no ha sido éste el primer país en que se han planteado problemas de constitucionalidad sobre las leyes de transposición⁽²⁰⁾ ni tampoco el último⁽²¹⁾, sí ha constituido desde luego el primero en el que se ha anulado totalmente la ley de implementación con los problemas que de ello se han derivado⁽²²⁾. En el origen de dicha declaración de inconstitucionalidad se encuentra la cuestión de la entrega de *nacionales*: a consecuencia del recurso interpuesto ante el Tribunal constitucional alemán por M. Darkazanli, comer-

(20) Anteriormente ha sido el Constitucional polaco el que en fecha 27 de abril de 2005 ha considerado que el artículo 607.t) §1 de su Código procesal penal que permite la entrega de nacionales en el marco de la euro-orden resultaba contrario al artículo 5.5 de la Constitución polaca, suspendiendo la aplicación de este precepto y dando un plazo de dieciocho meses para su reforma (habiéndose llevado ya a cabo y, por tanto, en plazo ésta) porque “la euro-orden tiene una importancia crucial para el funcionamiento de la administración de justicia esencialmente —en cuanto forma de cooperación entre los Estados miembros en el fomento de la lucha contra el crimen— para perfeccionar la seguridad”. Sobre esa sentencia puede consultarse KOMÁREK, J., “Pluralismo constitucional europeo tras la ampliación. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Polaco”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 16, pp. 627 a 657.

(21) Así, el Tribunal Supremo de Chipre en su sentencia de 7 de noviembre de 2005 (asunto 294/2005) también ha declarado la imposibilidad de detención y entrega de sus nacionales hasta que no sea reformada su Constitución, que lo impide en su artículo 11. Por su parte el Tribunal Constitucional checo desestimó en sentencia de 3 de mayo de 2006 el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un grupo de senadores y de diputados contra la ley de trasposición de la Decisión Marco a la que imputaban la vulneración de la Constitución por habilitar la entrega de nacionales y suprimir el control inherente a la doble incriminación. Y en la actualidad también se está estudiando la compatibilidad entre el texto constitucional y la ley nacional de transposición de la Decisión Marco en Bélgica, habiéndose planteado al respecto y por la Corte de Arbitraje de Bélgica una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad*) respecto de la cual ya se han presentado en fecha 12 de septiembre de 2006 las Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, como se dijo en nota 16.

(22) Véase, al respecto, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana”, en *La Ley*, núm. 6394, de 5 de enero de 2006; DEMETRIO CRESPO, E., “El caso *Darkazanli* (acerca de la declaración de nulidad por el *Bundesverfassungsgericht* de la norma de transposición de la Orden de detención europea”, en *La Ley*, núm. 6441, de 15 de marzo de 2006, y los comentarios de IRURZUN MONTORO a esta sentencia en “¿El espacio judicial europeo en una encrucijada?”, op. cit.

ciante sirio nacionalizado alemán requerido por las autoridades españolas como sospechoso de servir de apoyo logístico y financiero a la organización terrorista Al Qaeda, se impidió su entrega a España al declararse inconstitucional la ley alemana de trasposición de la euro-orden. Dicha ley, en armonía con la Decisión Marco, partía de la superación del clásico principio de no entrega de nacionales y, en tal sentido, había regulado tal extremo como circunstancia que, de concurrir, no impediría la entrega sino, todo lo más, condicionaría ésta a la garantía de que el alemán entregado pudiera cumplir la sanción impuesta en Alemania. Pues bien, el Constitucional alemán, partiendo de que el artículo 16.2 de la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz* —GG—) reconoce a sus nacionales el derecho a no ser extraditados al extranjero, con la única excepción de las leyes que la admitan a algún país de la Unión Europea o a un Tribunal internacional siempre que resulten cumplidos los principios del Estado de Derecho, considera que la ley de transposición alemana vulnera este derecho fundamental en la medida en que no ha colmado las exigencias de la reserva de ley cualificada derivadas de ese precepto al no regular de forma proporcionada y respetuosa con el contenido esencial de ese derecho fundamental (prohibición de extradición del nacional) la limitación admitida por la ley⁽²³⁾.

(23) A juicio del Constitucional alemán, “el legislador interno estaba obligado a colmar el margen que en la trasposición otorga la Decisión Marco a los Estados miembros en un modo cuidadoso para con el derecho fundamental” (núm. marg. 80, p. 22). “El legislador, al promulgar la ley de transposición de la Decisión Marco, estaba obligado a transponer el objetivo de la Decisión Marco de manera que la inevitable limitación del derecho fundamental a la libertad de extradición (se refiere a la prohibición de extradición del nacional) sea proporcional. Especialmente tiene que tener cuidado, más allá de la atención a la garantía del contenido esencial, de que la afección al ámbito de protección del artículo 16.2 GG resulte moderada. De ahí que deba considerar que con la prohibición de la extradición deben garantizarse precisamente también los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza del alemán afectado por una extradición” (núm. marg. 83, p. 23). “La confianza del imputado en el propio ordenamiento jurídico se protege de manera especial en el artículo 16.2 GG, en conexión con el principio de Estado de Derecho, siempre que la acción que está en la base de la demanda de extradición haya sido cometida total o parcialmente en territorio alemán, en barcos o aviones alemanes o en lugares bajo la soberanía alemana. De ahí que las imputaciones de delito con una referencia interna decisiva y siempre que el imputado sea alemán, deban ventilarse, en principio, en Alemania por las autoridades instructoras alemanas” (núm. marg. 84, pp. 23-24). “Estas exigencias constitucionales no han sido satisfechas por la ley de la orden de detención europea. La vía adoptada por la ley para la consecución de los objetivos de la Decisión Marco incide de manera desproporcionada sobre el derecho a la extradición del artículo 16.2 GG (...) El legislador, en la trasposición de la Decisión Marco, no ha tomado suficientemente en consideración los intereses especialmente protegidos a nivel de derecho fundamental de los ciudadanos alemanes (...) Existe una afección especial a derechos fundamentales allí donde al ciudadano pueda imputársele responsabilidad por efectos

Pero el Tribunal Constitucional alemán no se ha limitado a anular parcialmente la ley, sino que la ha declarado nula en su totalidad entendiendo que *“las exigencias jurídico-constitucionales relativas a la extradición de alemanes, así como los principios de claridad jurídica y seguridad jurídica posibilitan una ley de desarrollo del artículo 16.2 inciso segundo de la GG que sea comprensible y que predetermine de manera suficiente la decisión de extradición. La exigida concreción constitucional requiere una configuración en forma de texto legal, lo que no es alcanzable mediante una interpretación conforme a la Constitución de la Ley de la orden de detención europea o su declaración de nulidad parcial”* ⁽²⁴⁾. *“El legislador tendrá que determinar de nuevo las causas de inadmisión de la extradición de alemanes y configurar la decisión singular sobre la extradición como un proceso ponderado de aplicación del derecho (...) La implantación de un principio estricto de reconocimiento mutuo, con lo que supone de amplia muestra de la confianza recíproca de los Estados, no puede limitar la garantía constitucional de los derechos fundamentales”* ⁽²⁵⁾.

Consecuencia de lo anterior, Alemania había quedado momentáneamente, y en tanto no se promulgaba una nueva ley que subsanara los defectos de la que fue anulada ⁽²⁶⁾, fuera del sistema de cooperación de la euro-orden. Por lo que en dicha situación de interinidad hubo de ser aplicada fundamentalmente la previsión contenida en el artículo 34 de la Decisión Marco y que señala que respecto de los Estados miembros que no hayan cumplimentado dicha exigencia (al igual que respecto de cualquier Estado no miembro), se aplicarán los mecanismos de extradición vigentes; en particular y en lo referente a Estados miembros el Convenio europeo de extradición ⁽²⁷⁾ en su condición de norma

remotos de su conducta no esperables sin más, o se vea confrontado personal y materialmente con pretensiones de persecución dilatadas por parte de países miembros. Afección que se incrementa allí donde la acción imputada por el Estado reclamante es impune según el derecho alemán” (núms. marg. 89 a 93, pp. 25 a 27).

(24) Núm. marginal 117, p. 34.

(25) Núm. marginal 118, p. 34.

(26) La ministra de justicia alemana anunció inmediatamente a la sentencia que en pocas semanas habría una nueva ley que sustituiría a la anulada, pero a pesar de esta buena disposición y dada la posterior disolución del *Bundestag* para la celebración de elecciones, hubo de transcurrir un año hasta que la citada reforma fue adoptada, entrando en vigor el 2 de agosto de 2006.

(27) Firmado en París el 13 de diciembre de 1957 (BOE núm. 136, de 8 de junio de 1982) y modificado posteriormente mediante el Protocolo Adicional al Convenio Europeo de 15 de octubre de 1975 y el Segundo Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1978, ratificados ambos por España mediante instrumento de 18 de febrero de 1985 (BOE de 11 de junio de 1985).

básica a cuya complementación y desarrollo se dirigen los convenios celebrados entre Estados miembros de la Unión⁽²⁸⁾.

Así lo advirtió, de inmediato, y ante la crisis abierta, la Audiencia Nacional, que en el Pleno no jurisdiccional de 21 de julio de 2005 convocado para unificar criterios tras la sentencia del Constitucional alemán acordó que, en tanto no se recibiera comunicación oficial sobre el alcance de la sentencia, se seguirían tramitando normalmente como euro-órdenes las solicitudes procedentes de Alemania y, antes de resolver, se requeriría información adicional a las autoridades alemanas conforme a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 3/2003. Pero, una vez recibida comunicación oficial, si Alemania quedaba fuera del sistema de cooperación mientras no se aprobara una nueva ley, las euro-órdenes en curso tendrían el valor de una orden internacional de detención con fines de extradición del artículo 16 del Convenio Europeo de Extradición en relación con el artículo 8 de la Ley de Extradición Pasiva, debiendo ponerse este hecho en conocimiento de las autoridades alemanas y requiriéndolas para que, en el plazo de cuarenta días (artículo 10 de la Ley de Extradición Pasiva) presentaran, por vía diplomática, la documentación exigida por el artículo 12 del Convenio Europeo de Extradición. Pese a que Alemania no envió, finalmente, ninguna comunicación oficial precisando el alcance de la sentencia, y habida cuenta de que en la práctica y desde entonces la justicia alemana había reconvertido las euro-órdenes procedentes de España en procesos de extradición, el Pleno de la Audiencia Nacional, en su nuevo Acuerdo de 22 de septiembre de 2005, decidió aplicar lo que ya se anunció como probable en el de julio anterior; esto es, tramitar como extradiciones todas las euro-órdenes cursadas desde Alemania. Además —y lo que es más grave—, en aplicación del principio de reciprocidad, anunció que no atendería las peticiones de entrega de ciudadanos españoles, ya que Alemania no entregaba a sus nacionales.

Finalmente, y tras la adopción de la necesaria reforma en Alemania aprobada el 20 de julio de 2006 y en vigor desde el 2 de agosto de 2006, este Estado ha vuelto al sistema de la euro-orden, habiendo remitido el nuevo texto a la Secretaría General del Consejo en fecha 7 de agosto de 2006⁽²⁹⁾. Nuevo texto, no

(28) Destacando el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, firmado en Dublín el 27 de septiembre de 1996 (publicado en el BOE de 24 de febrero de 1998) y el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del TUE relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, firmado en Bruselas el 10 de marzo de 1995 (ratificado por España el 21 de enero de 1999 y publicado en el BOE de 14 de abril de 1999).

(29) Vid. Documento 12509/06 COPEN 94 EJM 22 EUROJUST 43, Bruselas, 7 de septiembre de 2006.

obstante, que *a priori* no parece estar exento de problemas, puesto que una lectura de los artículos 79, 80 y 83 de la Ley alemana de extradición (IRG)⁽³⁰⁾ pone de manifiesto que, al margen de que la decisión de concesión sea revisable judicialmente por el *Oberlandesgericht*, se confiere al Juez alemán un amplio margen de apreciación para examinar en cada caso particular si los derechos del ciudadano alemán objeto de una euro-orden están siendo debidamente garantizados. Además, la entrega a efectos de enjuiciamiento sólo será admisible si queda garantizada la devolución para el cumplimiento de la pena impuesta y el hecho delictivo presenta una vinculación decisiva con el Estado miembro solicitante⁽³¹⁾ o, en otro caso, no presenta vínculo o una relación determinante con el derecho alemán y además se da la doble incriminación, y en una concreta ponderación en el caso concreto de los intereses contrapuestos se estima que no debe prevalecer la confianza o expectativa tutelable del imputado en su no extradición.

2. Temporal. Las limitaciones introducidas por algunos Estados miembros

Por otra parte, y deteniéndonos en el ámbito de aplicación temporal de la euro-orden, en 2004 la orden de detención fue sustituyendo progresivamente la extradición entre los Estados miembros e incluso superándola en volumen.

Son pocos los Estados miembros que se han tomado la libertad de limitar su ámbito de aplicación temporal haciendo uso de la posibilidad establecida en el artículo 32.1 de la Decisión Marco⁽³²⁾, en particular excluyendo su aplicación a hechos anteriores a una fecha determinada. Este es el caso de Francia, Italia o Austria. Naturalmente el hecho de que unos Estados hayan hecho uso de esta posibilidad y otros (la mayoría) no, no condiciona de modo alguno sus relaciones recíprocas ni abre la posibilidad de reintroducir de alguna manera el principio de reciprocidad. Precisamente y respecto a este extremo hay un pronunciamiento del Tribunal Constitucional español (STC 177/2006 de 5-6-2006), que analiza el juego de esta limitación que pueden haber introducido algunos Estados miembros con respecto a una solicitud de entrega que cursen a un Estado que no lo haya hecho. Concretamente, y en el caso de autos, el recurrente en

⁽³⁰⁾ *Gesetz ube die internationale Rechtshilfe in Strafsachen.*

⁽³¹⁾ Por haber acontecido totalmente o en una parte esencial en ese país, o bien los resultados del delito se han producido totalmente o en una parte importante en ese país.

⁽³²⁾ Que permitía a los Estados miembros hacer una declaración indicando que como Estado miembro de ejecución seguiría tramitando con arreglo al sistema de extradición las solicitudes relativas a actos cometidos antes de una fecha que especificaran y que no podía ser posterior al 7 de agosto de 2002.

amparo, nacional francés respecto del cual la Audiencia Nacional había accedido a su entrega a Francia en virtud de una orden de detención europea, cuestionaba la referida entrega sobre la base de que, conforme a la declaración hecha por el Estado francés de no proceder a la entrega de sus nacionales por razón de hechos cometidos con anterioridad al 1 de noviembre de 1993 y del consiguiente reenvío en tales casos al sistema del Convenio europeo de extradición, quebraría el principio de reciprocidad y lesionaría su derecho a la tutela judicial efectiva una entrega por parte del Estado español. Sin embargo, y como advierte el TC (FJ 5), “la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención ha creado un nuevo sistema en el que el principio de reciprocidad pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito toda vez que las obligaciones que con ella se imponen a los Estados miembros no pueden ser sometidas a dicha exigencia (...) A ese sistema debe ajustarse el Estado español en relación con cualquier Estado miembro sobre la base de la Decisión Marco y en relación con hechos incluso anteriores a su entrada en vigor toda vez que no hizo uso en su día de la posibilidad restrictiva que le brindaba su artículo 32, sea cual fuere la actitud observada por el Estado reclamante a este respecto. Dicho de otra manera: en tanto que Francia ha hecho uso de la posibilidad de salirse del referido sistema comunitario en relación con hechos anteriores a una determinada fecha, al haber omitido España hacer lo propio ha de concluirse que permanece dentro del sistema y que, por consiguiente, ha de atender la solicitud de entrega cursada por Francia en relación con hechos anteriores al 1 de noviembre de 2003 (sic) aun a sabiendas de que este último país no procedería a entregar a sus nacionales en esas mismas circunstancias, pues la permanencia en el sistema de la orden europea de detención y entrega excluye toda posibilidad de reclamar una reciprocidad a la que se ha renunciado voluntariamente”.

No puede afirmarse lo mismo respecto de los Estados que han llevado a cabo la referida limitación sin respetar la Decisión Marco en lo que se refiere bien al procedimiento (caso de la República Checa, Luxemburgo y Eslovenia), bien al contenido de la limitación (República Checa y Luxemburgo) o incluso a la fecha de entrada en vigor (caso de la República Checa). Como advierte la Comisión en su Informe sobre la euro-orden de enero de 2006⁽³³⁾, las solicitudes de extradición que estos Estados sigan presentando corren el riesgo de ser

(33) Véase Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (versión revisada), COM (2006) 8 final de 24-1-2006.

rechazadas por los restantes Estados miembros. Y añade EUROJUST⁽³⁴⁾ que la imposición de requisitos legales restrictivos por parte de los legisladores nacionales dificulta la aplicación de la euro-orden; cada caso debe ser estudiado y resuelto por separado y con flexibilidad. Trae así complicaciones y agudiza las diferencias nacionales cuando precisamente lo que hace la orden europea es simplificar y agilizar trámites.

3. Material. La supresión de la doble incriminación

Como ya adelantamos, este procedimiento se articula en torno a un modelo de resolución judicial unificado a escala de la Unión Europea, la orden de detención y entrega, que puede ser emitida por cualquier juez o tribunal con competencia en materia penal de un Estado miembro (Estado de emisión) que solicite la entrega de una persona, por parte de la autoridad judicial de otro Estado miembro (Estado de ejecución), buscada y requerida, ya para el seguimiento de acciones penales, ya para el cumplimiento de una condena impuesta, siempre que, en ambos casos, la pena o medida de seguridad privativa de libertad previsible o efectivamente impuesta supere los mínimos exigidos —de conformidad con la Decisión Marco— por la ley (doce o cuatro meses, respectivamente). No precisa la Decisión Marco (como tampoco lo hace nuestra ley de trasposición), si en el caso de que la orden de entrega se curse para el enjuiciamiento de la persona reclamada, la pena conminada y relevante es la prevista *abstracta* o la *concreta*. Al no aparecer referencia alguna al grado de participación ni al de ejecución del delito, parece que la solución se inclina del lado de la pena abstracta, algo que, por lo demás, se halla en consonancia con el sistema seguido por nuestra Ley de Extradición⁽³⁵⁾, así como por el Convenio europeo de extradición, y, especialmente, con la agilidad del nuevo procedimiento y el mínimo margen de valoración que se deja en manos de la autoridad de ejecución debido al principio de confianza mutua que lo preside.

La existencia de esos mínimos deja fuera en cualquier caso del ámbito de la euro-orden las faltas; pero también —y ello resulta más discutible— aque-

(34) En su Informe anual del año 2005.

(35) Así se declara expresamente en su Preámbulo, donde al enumerar las novedades de la ley se señala en la “novena” que “También se han suprimido las referencias al grado de participación (autores, cómplices y encubridores) o al de ejecución del delito (intentado, frustrado y consumado), por anticuadas e innecesarias. El Convenio europeo tampoco las recoge. Bastará, en consecuencia, que al reclamado le corresponda una de las penas que pueden motivar la extradición para que, con o sin aquellas indicaciones, pueda acordarse la entrega”.

llos delitos no conminados con pena privativa de libertad, como sucede con alguna de las figuras clásicas de delitos contra la Administración de Justicia ⁽³⁶⁾.

La Comisión, en su Informe sobre la euro-orden, ha comprobado que son pocos los Estados que a la hora de llevar a cabo la implementación de estas disposiciones han incumplido sus obligaciones al reducir el ámbito material de aplicación en relación con los umbrales mínimos de penas exigidos (caso de Países Bajos, Austria y Polonia). La Comisión censura en particular en los casos de Países Bajos y Austria que, tratándose de una orden de detención para ejecución de una pena impuesta, no sólo requieren que ésta sea al menos de cuatro meses, sino que simultáneamente exigen que el delito por el que se condenó fuera punible, al menos, con doce meses. Ese es el sistema que estaba en funcionamiento bajo el régimen de la extradición, pero no el de la Decisión Marco, para el que si hay sentencia y ésta impone al menos cuatro meses es irrelevante cuál sería el máximo punible en ésta.

La aplicación del principio del reconocimiento mutuo determina que, recibida la orden europea por la autoridad judicial competente para su ejecución, ésta se produzca de forma cuasi automática, sin necesidad de que la autoridad judicial destinataria de la orden realice un nuevo examen de la solicitud para verificar su conformidad con el ordenamiento jurídico interno. Sólo de modo excepcional podrá procederse a dicha confrontación, estando no obstante tasados en la ley de modo riguroso los motivos de carácter objetivo y nunca político por los que puede negarse a la ejecución pedida, permitiendo su naturaleza una apreciación objetiva por la autoridad judicial. A este tenor, el tradicional principio de doble tipificación se suprime para una lista de treinta y dos delitos, conjugándose con la posibilidad residual de recalificación por parte de la autoridad de ejecución para aquellos casos en que o bien la infracción no figure en la referida lista o bien, aun figurando, la sanción exigible con arreglo a la legislación del Estado de emisión no sea al menos de tres años de privación de libertad.

Detengámonos en este extremo que ha dado lugar a numerosos interrogantes en orden a su alcance y a su implementación por los distintos Estados miembros.

(36) Así lo advierte SANZ MORÁN, A.J., “La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material”, en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, obra colectiva coordinada por ARANGÜENA FANEGO, C., Valladolid 2005, p. 120.

Naturalmente no es el momento de analizar el denominado principio de no incriminación⁽³⁷⁾, que por virtud del principio de reconocimiento mutuo se suprime (parcialmente) en el régimen de la euro-orden. Baste decir que, respecto a este principio, requisito clásico del derecho extradicional, en el momento de elaboración de la Decisión Marco existía amplio acuerdo (e incluso algún precedente⁽³⁸⁾) en la necesidad de limitarlo, al menos en relación a determinados Estados. Sin embargo han surgido serias objeciones frente al modo en que ello se ha llevado a efecto en el contexto concreto de la regulación de la orden europea de detención y entrega.

Como es sabido, la inicial solución barajada por la Comisión consistente en partir de un principio general de supresión de esta exigencia acompañada de una lista negativa de delitos, en la cual no operaría, fue sustituida, ante el rechazo de algunos Estados, por el sistema de lista positiva a partir de un mínimo punitivo. Existe un doble criterio: cuantitativo (mínimo penal) y cualitativo (categoría de delito) para prescindir de la doble incriminación. Pero, además, la mencionada Decisión Marco dejaba abierta (artículo 2, número 4) la posibilidad de prescindir de la doble incriminación también en el resto de los supuestos⁽³⁹⁾. Se llegó así, en palabras de MIRANDA RODRIGUES, a una “solución de compromiso” entre la “abolición general de la doble incriminación y la idea

(37) Dicho principio, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, cumpliría una doble función. En primer lugar fundamenta, en el Estado de refugio, la conformidad a derecho de cualquier privación de libertad del perseguido, durante el procedimiento extradicional. En segundo lugar, dicho presupuesto también se explica desde la necesidad de ambos Estados de aspirar a la reciprocidad.

(38) Así el Convenio de Dublín, relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, prescindía de la doble incriminación en relación con el delito de conspiración o asociación con propósito delictivo, en el ámbito de la lucha contra la criminalidad organizada. También, en el terreno bilateral, cabe reseñar la renuncia a la doble incriminación en el Tratado entre España e Italia de 28 de noviembre de 2000. Y en esta misma dirección apunta, en nuestro derecho interno, la nueva redacción dada a la letra a) del número 2 del artículo 23 LOPJ, por la LO 11/1999, de 30 de abril, donde, a propósito de la regulación del principio de personalidad activa, se prescinde de la doble incriminación cuando “en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito”.

(39) “Para los delitos distintos de los mencionados en el apartado 2, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden de detención europea sean constitutivos de un delito respecto del Derecho del Estado miembro de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo”.

de que la exigencia de doble incriminación es una garantía fundamental a la que no se puede renunciar”⁽⁴⁰⁾.

Ya antes, desde un principio esta regulación de la máxima de la doble incriminación en la Decisión Marco suscitó diversos interrogantes y numerosas críticas, centradas, de modo especial, en la falta de concreción en el listado de los delitos para los cuales se prescinde —por encima del umbral punitivo de los tres años— de aquella exigencia, hasta el punto de hablarse, a este respecto, de “caricatura de regulación conforme al Estado de Derecho”⁽⁴¹⁾, si la medimos de acuerdo con las exigencias del principio de taxatividad. De ahí que algún autor español advirtiera sobre la necesidad de precisar el alcance concreto de las categorías delictivas recogidas en la relación del artículo 2.2 de la Decisión Marco al transponerla a nuestro derecho positivo⁽⁴²⁾, cosa que —desde luego— no se llevó a cabo, como tampoco lo han hecho, por cierto, la mayor parte de los órganos legislativos de los países de la Unión Europea⁽⁴³⁾, que han optado igualmente por reproducir aquel listado, con los problemas de seguridad jurídi-

(40) Véase MIRANDA RODRIGUES, A., “O mandado de detenção europeu na via de construção de um sistema penal europeu: um passo o um salto?”, en *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, año 13, núm. 1 (enero/marzo de 2003), p. 39.

(41) Así, SCHÜNEMANN, B., “Europäische Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene”, en *ZRP*, 2003, p. 188.

(42) Así, por ejemplo, FONSECA MORILLO, F.J., “La orden de detención y entrega europea”, op. cit., pp. 79 y 87 y ss. Por su parte, LÓPEZ ORTEGA, J.J., “El futuro de la extradición en Europa (Una reflexión desde los principios del Derecho europeo de extradición)”, apéndice al libro de CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho extradicional*, Madrid, 2003, pp. 327 y ss., tras rechazar que el principio de legalidad extradicional pudiera verse satisfecho “con la mera transcripción del listado” (p. 327), recordaba cómo precisamente las dificultades del sistema de lista cerrada en los Convenios bilaterales llevó a su sustitución por el de *numerus apertus*, en el que se inspira el Convenio Europeo de Extradición de 1957 (pp. 328-329) y concluía calificando, por ello, al sistema adoptado en la Decisión Marco de “serio retroceso” (p. 329).

(43) Cabe destacar, entre las excepciones, los casos de Hungría, cuya ley de transposición (Ley CXXX, de 2003) ofrece en anexo un amplio cuadro de equivalencias de la lista del artículo 2 de la Decisión Marco con las figuras delictivas concretas previstas en el Código penal de ese país; Italia, cuya ley de transposición (última de las aprobadas en la Unión Europea) recurre a la técnica de definir en qué consisten concretamente los delitos enumerados en la mencionada lista, y Polonia, cuya ley de transposición (de 18 de marzo de 2004) contiene también una mínima caracterización de las conductas delictivas incluidas en la reiterada lista, tal y como refleja la redacción dada al artículo 617 de la Ordenanza Procesal Penal.

ca que ello comporta. Problemas que —como advierte SANZ MORÁN⁽⁴⁴⁾— tienen un doble origen. Por un lado, no estamos en modo alguno ante una relación de tipos delictivos, sino que la lista del artículo 9.1 de la Ley 3/2003 recoge, sin seguir orden lógico alguno⁽⁴⁵⁾, concretas figuras delictivas (como la violación o la falsificación de moneda), junto a otras caracterizaciones que, como observa CUERDA RIEZU, “no tienen correspondencia con tipos penales de las disposiciones especiales (por ejemplo, el tráfico ilícito de tejidos u órganos humanos), o bien presentan una denominación desacostumbrada en nuestro país (por ejemplo, delitos de alta tecnología), o demasiado genérica (por ejemplo, corrupción)”⁽⁴⁶⁾; a lo que añade DE MIGUEL ZARAGOZA que “ciertos delitos ahí inventariados (...) tienen conminada una pena inferior a tres años, por ejemplo, el tráfico ilegal de alguna especie vegetal protegida (dos años, art. 332 del Código penal)”⁽⁴⁷⁾. Por otra parte, sólo algunos de los delitos recogidos en la mencionada relación han sido objeto de armonización a nivel de la Unión Europea, lo que nos lleva de nuevo a la dialéctica entre la idea de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, concretada aquí en la no exigencia de doble incriminación, y la previa armonización de las regulaciones positivas.

Excede de nuestro propósito analizar, siquiera sea sumariamente, el estudio de las (treinta y dos) categorías delictivas recogidas en el artículo 9.1 de la Ley 3/2003, existiendo además interesantes y completos estudios doctrinales al res-

(44) SANZ MORÁN, A.J., “La orden europea de detención y entrega. Algunas consideraciones de carácter jurídico-material”, op. cit., p. 102.

(45) Así, ya en otra contribución lo criticábamos advirtiendo que aparece, por ejemplo, la violación tras el tráfico de vehículos robados y precediendo al incendio voluntario (ARANGÜENA FANEGO, C., “La orden europea de detención...”, op. cit., p. 28).

(46) Véase CUERDA RIEZU, A., *De la extradición...*, cit., p. 188, quien, sin embargo, añade a continuación que “esa falta de correspondencia de las categorías delictivas de la lista (...) con las tipicidades de las normas españolas no resulta preocupante, ya que lo importante es que la autoridad judicial extranjera que emite la orden europea determine claramente, según su ordenamiento jurídico, cuál es la calificación del hecho por el que pide la entrega, y que tal calificación jurídico-penal se corresponda con alguna de las denominaciones que aparecen en el listado del artículo 9.1”.

(47) Véase DE MIGUEL ZARAGOZA, J., “Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición”, en *Actualidad Penal*, 2003/1, pp. 148-149. Advierte, además, este autor que faltan en la relación algunos “delitos graves contenidos en diversos Tratados internacionales”, como los relativos a la represión de actos ilícitos contra seguridad de la aviación civil o de la navegación marítima o el delito de tortura. Pese a ello, concluye DE MIGUEL que estamos ante una “falsa polémica”, pues la mayor parte de los delitos de la lista “es difícil imaginar que no estén tipificados” (p. 149).

pecto, a los cuales nos remitimos⁽⁴⁸⁾. Sirva como muestra de las dificultades, por ejemplo, la amplitud de algunos conceptos que se manejan en el elenco, como el de *corrupción*, o la ambigüedad de algunos otros, como el delito de *pertenencia a organización delictiva*⁽⁴⁹⁾, o la referencia a la *trata de seres humanos*⁽⁵⁰⁾, categoría delictiva esta última con la que se solapan parcialmente algunas otras recogidas en la relación del artículo 9.1 de la Ley 3/2003, como las que aluden a la “explotación sexual de los niños”, la “ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal” o, con un alcance más general, el “secuestro” o la “detención ilegal”. El *tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas* suscita la duda de qué sucede con aquellas conductas relacionadas con estas sustancias que no supongan, en sentido estricto, un acto de “tráfico”⁽⁵¹⁾; y algo semejante sucede con la referencia al *tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos*, que no comprende los casos de tenencia y depósito de explosivos⁽⁵²⁾. Y con la mención de los *delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas*, los problemas surgirán, nuevamente, por la disparidad de criterios legislativos a la hora de articular la separación entre delitos en sentido estricto e infracciones administrativas y de las penas aplicables a aquellos, máxime si tenemos presente el debate político criminal en torno a la eficacia del

(48) Véase, especialmente, SANZ MORÁN, A.J., “La orden europea...”, op. cit., pp. 104 a 113; LÓPEZ ORTEGA, J.J., “La orden...”, cit., pp. 31-32 y MANACORDA, S., “El mandato...”, cit., pp. 819 y ss.

(49) Concepto tan ambiguo que, como advierte SANZ MORÁN (“La orden...”, op. cit., pp. 104 y 105) bastará sólo recordar las pasadas controversias entre Francia y España, a propósito de la equivalencia o no de la “asociación de malhechores” y los delitos de “asociación ilícita” y, más específicamente, “pertenencia a banda armada”, o los diversos matices introducidos por nuestra jurisprudencia en torno al concepto de “organización”, en cuanto determinante de la apreciación de modalidades cualificadas del delito de tráfico de drogas (artículos 369, números 2 y 3, y 370, número 2 CP).

(50) Concepto bajo el cual pueden recogerse conductas tan diversas, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, como las relacionadas con la prostitución ajena o con la inmigración clandestina de trabajadores (en este sentido SANZ MORÁN, A.J., “La orden...”, op. cit., pp. 105 y 106, y LÓPEZ ORTEGA, J.J., “La orden...”, cit., p. 31).

(51) Pues aquí encontramos gran diversidad de respuestas legislativas en relación a conductas como el cultivo o la elaboración de la droga, la mera tenencia, o los actos de donación (cesión gratuita), consumo compartido, e incluso el consumo en general, así como sensibles diferencias también en lo que se refiere al tratamiento legal de las distintas clases de drogas (SANZ MORÁN, A.J., “La orden...”, op. cit., p. 106).

(52) Véase LÓPEZ ORTEGA, J.J., “La orden...”, cit., p. 31; SANZ MORÁN, A.J., “La orden...”, op. cit., p. 106.

derecho penal en la protección del medio ambiente⁽⁵³⁾. Y qué decir de la alusión a los *delitos de alta tecnología, en particular delito informático*, conceptos absolutamente inexistentes en nuestro derecho positivo, como ha sido unánimemente destacado⁽⁵⁴⁾. O la referencia al *racismo y xenofobia*, que son actitudes, pero no delitos en sí mismos, sin perjuicio de que puedan dar lugar a la apreciación de la circunstancia agravante genérica prevista en el artículo 22, número 4 CP⁽⁵⁵⁾.

Pronto se advirtió también, por otra parte, cómo el sistema adoptado en la regulación de la doble incriminación conduce a privilegiar a aquellos sistemas legales de mayor intensidad punitiva. Como señalaba FONSECA MORILLO, para los mismos hechos, penados en un Estado miembro con una pena de tres años de privación de libertad y en otro Estado miembro con una de dos años, en un caso se podrá emitir una orden de detención europea para la cual la doble incriminación no se controlará, y en otro no será posible. Se trata de un *plus* importante otorgado a los Estados miembros cuya legislación penal es más represiva, lo que si políticamente es discutible⁽⁵⁶⁾, jurídicamente es insostenible⁽⁵⁷⁾.

SCHÜNEMANN, para referirse a este efecto a que conduce la aplicación del principio del reconocimiento mutuo, acude gráficamente a imágenes como “lobo disfrazado con piel de cordero” o “caballo troyano, mediante el cual el

(53) Véase, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.M. “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325”, en *La Ley*, 12 y 13 de mayo de 1997. Téngase en cuenta la STJCE (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005, que supuso la anulación de la Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo, relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal.

(54) Baste recordar con SANZ MORÁN (“La orden...”, op. cit., p. 108), que el uso indebido de medios informáticos puede estar presente en figuras delictivas tan dispares como la estafa, los daños, determinados atentados a la intimidad o la pornografía.

(55) “Cometer el delito por *motivos racistas, antisemitas u otra discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación* a la que pertenezca...”. Pero —como advierte SANZ MORÁN (“La orden...”, op. cit., pp. 109 y 110)— dicha circunstancia agravante tendrá que venir referida a un delito concreto. A lo sumo, cabrá entender que la referencia al “racismo” y a la “xenofobia” lo son a delitos concretos si entendemos subsumibles en ella las distintas modalidades típicas caracterizables como “delitos de discriminación”, cuya dirección de ataque es, sin embargo, muy distinta según los supuestos que se entiendan incluidos en esta categoría genérica.

(56) Véase FONSECA MORILLO, F.J., “La orden...”, cit., p. 88.

(57) Puntualización que añade GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *La Ley*, núm. 6069, de 30-8-2004, nota 45.

poder político de los Estados miembros de la Unión Europea se cuela sin esfuerzo en los términos de la libertad ciudadana y puede superar los muros jurídicos de protección erigidos en su defensa”⁽⁵⁸⁾. Conduce, en definitiva, globalmente, a la validez en todo el ámbito europeo del ordenamiento penal del Estado miembro más punitivo; es decir, a una permanente y sibilina extensión del derecho penal en la Unión Europea⁽⁵⁹⁾.

Además, en cuanto al modo de articulación en sí de la (limitada) supresión de la doble incriminación en la Decisión Marco, surgía otro problema a partir de la lectura de su artículo 2.4 que abría el interrogante —en orden a su transposición— de a qué entidad se quiere conferir el *poder* de decidir sobre la exigencia de doble incriminación, en los casos en que, de conformidad con su artículo 2, número 4, ésta es sólo facultativa: ¿al legislador, o a la autoridad judicial competente? A este tenor respondía MIRANDA RODRIGUES que debía optarse por la primera solución, pues la segunda “significaría conferir a la autoridad judicial competente un margen de oportunidad en su actuación difícilmente justificable”⁽⁶⁰⁾. Tal problema se ha visto precisamente reproducido con la transposición llevada a cabo en nuestro derecho positivo, por medio de la Ley 3/2003, cuyo artículo 9.2 deja en manos del órgano judicial español de ejecución la decisión de si exige o no doble incriminación “en los restantes supuestos no contemplados en el apartado anterior”; el cual establece que “cuando la orden europea hubiera sido emitida por un delito que, tal como se define en el derecho del Estado de emisión, pertenezca a una de las categorías de delito que a continuación se relacionan, y dicho delito estuviera castigado en el Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos de tres años, se acordará la entrega de la persona reclamada sin control de la doble tipificación de los hechos”. Así pues, si el delito que motiva la euro-orden no está incluido en la relación citada o si, aun estándolo, conlleva —según la regulación prevista en el Estado de emisión— una pena o medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima inferior a los tres años, el órgano judicial español goza de libertad absoluta para exigir o no la doble incriminación. Si, como destacábamos anteriormente —siguiendo a MIRANDA RODRIGUES— la Decisión Marco dejaba esta opción al legislador nacional, el legislador español se la traslada al órgano judicial, lo

(58) Véase SCHÜNEMANN, B., “Europäische Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene”, en *ZRP*, 2003, p. 186 y, del mismo autor, “Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU”, en *GA*, 2004, p. 202.

(59) Véase SCHÜNEMANN, B., “Fortschritte und Fehlritte...”, cit., p. 204 y, ya antes, del mismo autor, “Europäische Haftbefehl...”, cit., p. 187.

(60) Véase MIRANDA RODRIGUES, A., “O mandado...”, cit., p. 40 (nota 45).

que supone, a todas luces, un arbitrio excesivo de éste. Máxime si tenemos presente que nuestro Tribunal Constitucional entiende comprendida la doble incriminación en el contenido del principio de legalidad extradicional⁽⁶¹⁾.

Obsérvese que el legislador español ha reparado de forma tardía en el error cometido, corrigiéndolo en posteriores textos de transposición de normas europeas que contienen una previsión similar relativa a la operatividad de la doble incriminación. Así en el artículo 10.2 de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, expresamente se determina que cuando se solicite la ejecución de una medida de embargo o de aseguramiento de pruebas que se refiera a un supuesto no incluido en la relación citada o si, aun estándolo, conlleva —según la regulación prevista en el Estado de emisión— una pena o medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima inferior a los tres años, “supeditará su reconocimiento y ejecución a la condición de que los hechos por los cuales se haya dictado la resolución sean constitutivos de delito con arreglo a la ley española”⁽⁶²⁾.

Tal compleja situación explica, acaso, el que existan sensibles diferencias en orden a la transposición llevada a cabo en este punto por los distintos Estados miembros. En efecto, si como vimos pocos eran los Estados que habían incumplido sus obligaciones al reducir el ámbito material de aplicación en relación con los umbrales mínimos de penas exigidos, más frecuentes son, en cambio, los casos en que, respecto de determinadas categorías de infracciones, han reestablecido (Bélgica, Polonia y Eslovenia) o asumido el riesgo de reestablecer (Estonia, Grecia y Francia) el control de la doble tipificación. Y ello pese a que la transposición en sí de las 32 categorías de infracciones respecto de las cuales se suprime la doble tipificación no ha planteado en principio y a juicio de la Comisión grandes dificultades, con la excepción notable de la legislación italiana, que no parece reconocer el principio puesto que, lejos de recoger en su legislación el listado de referencia, lo reemplaza por otro de sus correlativos tipos en la legislación nacional con la consecuencia de que así reintroduce el principio del control de la doble incriminación. Y es igualmente

(61) En este sentido, por todas, en la STC 162/2000 (Sala 1.ª), de 12 de junio (*caso Greco*). Más información, entre otros autores, en BUENO ARÚS/DE MIGUEL ZARAGOZA, *Manual...*, cit., pp. 146 y ss. Un problema análogo se ha planteado con motivo de la transposición de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 al derecho polaco.

(62) Si bien la solución obedece muy especialmente al hecho de que respecto de este otro instrumento no se centraliza la competencia para la ejecución en la Audiencia nacional y sus Juzgados Centrales, sino que se otorga con carácter general a los Juzgados de Instrucción, lo que desde luego exigía una solución que evitara la diversidad de interpretaciones a que podía llegarse de no regular directamente la ley este extremo.

lamentable que algunos Estados miembros (Estonia e Irlanda) hayan considerado que la transposición no se refería ni a la tentativa ni a la complicidad.

Ha de mencionarse, por último, que esta limitada supresión del control de la doble incriminación ha sido objeto de diversos recursos ante instancias constitucionales de algunos Estados miembros.

Concretamente en la República Checa su Tribunal Constitucional, en sentencia de 3 de mayo de 2006 (Asunto 66/04), desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un grupo de senadores y diputados contra su ley de trasposición a la que imputaban la vulneración de la Constitución por la referida supresión del control de la doble incriminación.

Y en la actualidad se encuentra pendiente ante el Tribunal Constitucional belga un recurso fundado sobre este extremo (vulneración de la Constitución —principio de igualdad— por la supresión del control de la doble incriminación), que mediante el reenvío prejudicial ha accedido ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ⁽⁶³⁾.

En las Conclusiones del Abogado General en dicho Asunto ⁽⁶⁴⁾ se considera que no se vulnera ni el principio de igualdad ante la ley ni tampoco el principio de legalidad penal.

Punto de partida es la consideración de que, en el sistema de la euro-orden, la persecución en el Estado requirente es la única premisa exigible, aun cuando se consiente que los Estados miembros, al trasponer la Decisión Marco, o sus tribunales, al cumplir una orden de detención particular, condicionen la ejecución del mandato a la tipificación en su ordenamiento, opción que no opera respecto de las infracciones enunciadas en el apartado 2 del artículo 2 de la Decisión Marco.

Y a partir de ahí se niega la vulneración del principio de igualdad ante la ley, dado que la instauración de un régimen diverso dependiendo de la gravedad de los hechos no lo hace, ya que no se atiende al estatuto personal sino a la naturaleza de la contravención; además, la diversidad de las infracciones y su dispar gravedad impide la equiparación entre los individuos que las perpetran. Asimismo, las diferencias que puedan surgir de la ejecución de una euro-orden son objetivas, ya que responden a la naturaleza de la contravención y a la pena que tiene asignada. Son razonables y justificadas, porque se orientan a luchar contra la criminalidad en un espacio de seguridad, de justicia y de libertad. Y son proporcionadas, puesto que aseguran la entrega del perseguido o condena-

⁽⁶³⁾ Asunto C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld VZW/Leden van de Ministerraad*).

⁽⁶⁴⁾ Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 12 de septiembre de 2006.

do por un delito grave a las autoridades de un sistema judicial homologable con el propio, que respeta los principios del estado de derecho y garantiza al interesado sus derechos fundamentales, incluidos los que operan en el proceso penal. Por otra parte, y ante el riesgo de interpretación discordante del artículo 2.2 de la Decisión Marco por la imprecisión de las definiciones que contiene, tampoco se vulnera —en opinión del Abogado General— el principio de igualdad en la aplicación de la ley cuando los eventuales pronunciamientos discrepantes procedan de varios tribunales que actúan en el ejercicio legítimo de su potestad de juzgar. La igualdad no reclama que órganos independientes mantengan una hermenéutica coincidente; sería un sarcasmo tachar de discriminatoria una ley porque pueda recibir exégesis diferentes, susceptibles de unificarse a través de las pertinentes vías de recurso. Además, la propia Decisión Marco permite el intercambio preciso de información y la consulta directa entre los jueces implicados; y si alguna duda persiste la cuestión prejudicial del artículo 35 TUE abre el cauce idóneo para un entendimiento uniforme en el territorio de la Unión⁽⁶⁵⁾.

Y en lo que se refiere a la posible vulneración del principio de legalidad penal, el Abogado General señala que su respeto ha de reclamarse al legislador el Estado emisor de la euro-orden y a su juez, para iniciar el proceso penal y resolverlo, si corresponde, con una condena. Una euro-orden correctamente cursada se funda en hechos legalmente considerados como delito en ese Estado; el ordenamiento penal del país de ejecución del mandamiento sólo ha de prestar la colaboración interesada y, si la normativa de trasposición de la Decisión Marco así lo prevé, supeditar la entrega a que los comportamientos también se reprochen criminalmente en la propia legislación, con la excepción del reiterado artículo 2.2, supuesto en el que el respeto del principio de legalidad le atañe igualmente.

Y concluye señalando que la cuestión suscitada por el *Arbitragehof* belga se aviene poco con el principio de legalidad penal y mucho con el temor a que se atribuya a las nociones del artículo 2.2 de la Decisión Marco un sentido distinto en cada Estado miembro con el riesgo de aplicaciones divergentes. A esta eventualidad, inherente a la vocación de toda proposición normativa abstracta y general, ha de responderse mediante el intercambio preciso de informa-

(65) Si bien no debe olvidarse que no todos los Estados miembros han dado su confianza al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconociendo su competencia para resolver cuestiones prejudiciales en el ámbito de la cooperación judicial penal, como exige el artículo 35 TUE. No lo han hecho ni el Reino Unido ni Irlanda ni Dinamarca, entre los antiguos Estados miembros, y de entre los diez nuevos socios tan sólo Hungría, la República Checa y Eslovenia han hecho la declaración expresa que en tal sentido exige el referido artículo 35 TUE.

ción ya señalado y con el eventual recurso a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

IV. LA EMISIÓN DE ÓRDENES DE DETENCIÓN EUROPEAS. ALGUNAS CUESTIONES DUDOSAS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El capítulo II de la LOEDE regula en cuatro preceptos (artículos 4 a 8) el modo de proceder cuando una autoridad judicial española pretende emitir una orden europea de detención y entrega. En tal caso nos encontramos ante la modalidad de entrega activa, en cuanto la orden procede de un Juez o Tribunal español y a éste deberá ser entregada, en su caso, la persona reclamada al objeto de proceder penalmente o exigirle el cumplimiento de una condena ya impuesta.

1. Competencia

La emisión de una orden europea requiere de resolución judicial ajustada a los términos señalados en el artículo 3 de la LOEDE y emitida por un órgano competente que, conforme al artículo 2.2 de la misma LOEDE ⁽⁶⁶⁾, lo será el Juez o tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes. Por lo tanto, cualquier Juez o tribunal investido de competencia genérica en materia penal que en función del motivo para el cual se emita la orden (seguimiento de acciones contra el reclamado o ejecución de condena ya dictada contra él) y la fase del procedimiento en la que se dicte podrán ser los órganos competentes para la instrucción de las causas penales (Juzgados de instrucción o, en su caso, Juzgados de Violencia sobre la Mujer y Juzgados Centrales de Instrucción ⁽⁶⁷⁾), o bien los competentes para el enjuiciamiento y ejecución de la condena (Juzgados de lo Penal, Juzgados Centrales de lo Penal y Audiencias Provincial y Nacional, además de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo en casos de aforamiento).

⁽⁶⁶⁾ Punto de partida lo constituye el artículo 6.1 de la Decisión Marco que requiere que la orden de detención sea emitida por una autoridad judicial y que además ésta sea competente en virtud de haber sido designada como tal de acuerdo con la legislación interna de los Estados miembros que deberán informar al respecto a la Secretaría General del Consejo.

⁽⁶⁷⁾ Si bien, y en caso de aforamiento del reclamado, resultará competente el magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, según los casos, que conforme a un turno preestablecido haya sido designado para actuar en esa causa como instructor (artículos 73.4 y 57.2 LOPJ).

Se plantea la duda de si los Juzgados de Menores (y el Juzgado Central de Menores) tendrán también la posibilidad de hacer uso de la orden europea a efectos de que pueda procederse penalmente contra un menor o pueda ser ejecutada la medida que se le hubiera impuesto en el procedimiento de menores.

Las dudas surgen por la dificultad que entraña equiparar las medidas que pueden imponerse a los menores con las sanciones para cuya imposición o ejecución puede emitirse la euro-orden: penas privativas de libertad o medidas de seguridad. No vemos obstáculo para ello, al menos en lo referente a aquellos hechos cometidos por el menor merecedores de una medida de internamiento, especialmente si ésta, en atención a la gravedad de la conducta, fuera en régimen cerrado, cuya naturaleza es asimilable plenamente a la pena privativa de libertad, pudiendo tener una duración en determinados casos de hasta cinco años (artículo 9.3.^a y 4.^a LORPM), o si concurre cualquier circunstancia que justifique la decisión en beneficio del propio menor.

Por otra parte se ha criticado el que se excluya de plano la posibilidad de que la Fiscalía de Menores pueda ser considerada como autoridad judicial de emisión, pese a que por instrumentos internacionales (en particular, el Convenio de Asistencia Judicial en materia Penal del Consejo de Europa de 1959, al que complementa el Convenio sobre la misma materia entre los Estados miembros de la Unión Europea de 2000) se le reconozca como tal. A decir de JIMÉNEZ-VILLAREJO, no resulta descabellado y desde luego recomendable *de lege ferenda* que el Fiscal de menores pueda ser considerado *autoridad judicial* competente para la emisión de una euro-orden al tener atribuidas las funciones instructoras en los expedientes de reforma. Sin embargo, y porque ésta es una cuestión que ha de ser abordada y definida en las leyes nacionales de transposición, no cabe duda de que conforme a nuestro derecho no puede el Fiscal emitir una euro-orden, sino que la competencia es en este caso del Juez de menores. Y ciertamente, con ocasión de la última reforma legislativa de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, se ha perdido una oportunidad de oro para completar la laguna existente en la LOEDE con relación a los menores de edad⁽⁶⁸⁾.

(68) Acaso por considerar erróneamente la orden europea de detención y entrega como una medida cautelar de naturaleza represiva extraña al carácter pedagógico, educador y protector que debe inspirar la jurisdicción de menores, cuando en supuestos excepcionales puede ser un instrumento adecuado, por su rapidez y flexibilidad, para reintegrar al menor a su entorno familiar y cultural, sin perjuicio de la consideración de medidas especiales, teniendo en cuenta la edad del reclamado (JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Armonización de las garantías procesales y derecho a la asistencia letrada en la orden europea de detención y entrega”, ponencia presentada en el *Congreso Internacional Agis 2006: Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea*, celebrado en Valladolid del 4 al 6 de octubre de 2006).

Por otro lado, y más allá de la hipótesis especial de los menores de edad, también se ha cuestionado el inexplicable silencio que guarda la LOEDE con respecto del papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en la oportunidad o necesidad de la emisión de las órdenes de detención y entrega, especialmente en los casos en que su emisión se efectúa a efectos de ulterior enjuiciamiento, teniendo en cuenta que le corresponde la formulación de una eventual acusación contra la persona buscada y entregada ante el órgano judicial enjuiciador. Es JIMÉNEZ-VILLAREJO, de nuevo, quien llama la atención sobre esta laguna legislativa, que le resulta especialmente incoherente y llamativa a la vista de la reforma operada en 1995 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que atribuyó al Ministerio Fiscal la postulación activa de las medidas cautelares de prisión provisional y despojó al Juez del monopolio que hasta entonces le correspondía respecto a dicha decisión. Sería deseable, a su juicio, la regulación de una vista en la cual el Fiscal, o cualquier otra parte acusadora, tenga la oportunidad de valorar la necesidad y oportunidad de solicitar de la autoridad judicial la detención y entrega de la persona reclamada que se encuentre fuera de España antes de la emisión de la correspondiente orden europea de detención y entrega, en particular en aquéllas que se refieran a causas en las que no ha recaído aún sentencia firme⁽⁶⁹⁾.

2. Forma

Según se ha dicho, el mandamiento de detención europeo equivaldría a una orden de búsqueda, captura, detención y entrega a la autoridad judicial del estado emisor, en este caso, el español, todo ello incluido en una misma resolución judicial unificada que se reconocerá directamente sin que para su ejecución haya de ser *homologada* o convertida en una resolución nacional a través del correspondiente exequátur, presentando, con tal finalidad, un único formato normalizado anexo a la Decisión Marco (y, del mismo modo, a la LOEDE) traducido por el órgano judicial emisor a una lengua oficial del Estado miembro de ejecución.

Ahora bien, la LOEDE en su artículo 1.1, siguiendo las pautas del mismo artículo de la Decisión Marco, se limita a decir que la orden de detención europea es una resolución judicial, pero sin precisar la forma que deba revestir dicha resolución, si bien y en atención a lo que con carácter general y en materia de resoluciones judiciales disponen tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 245) como la de Enjuiciamiento Criminal (artículo 141) ha de convenirse que deberá ser la de auto, con su correspondiente motivación y su parte

⁽⁶⁹⁾ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Armonización de las garantías procesales...”, op. cit., nota 33.

dispositiva⁽⁷⁰⁾. A este respecto apunta JIMÉNEZ-VILLAREJO⁽⁷¹⁾ que la fase ejecutiva del auto se concreta en la cumplimentación del formulario anejo a la Decisión Marco y a la Ley 3/2003; la dualidad auto y formulario es análoga a la que existe, por ejemplo, en materia de prisión, donde no cabe confundir auto y mandamiento de prisión, con la particularidad en este caso de que el formulario de la euro-orden es mucho más detallado y completo, hasta el punto de que incorpora de manera esquemática su propia fundamentación.

V. TRANSMISIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN

Una de las novedades de la euro-orden frente a los clásicos instrumentos extradicionales es su simplicidad formal y las facilidades para su transmisión.

En primer lugar, y por lo que respecta a la forma, las órdenes de detención europeas tienen un formulario común, el contenido en el anexo a la Decisión Marco, recogido por tanto en términos idénticos en el anexo a la Ley 3/2003 que la transpone a la legislación española, exigiéndose su redacción en una de las lenguas oficiales del Estado de ejecución o en cualquier otra lengua aceptada por éste y debiendo contener los datos que se mencionan en el artículo 3 de la LOEDE y que, obviamente, se limitan a reproducir en este punto lo que a su vez determina el artículo 8 de la Decisión Marco.

A este respecto la Comisión Europea, en su Informe basado en el artículo 34 de la Decisión Marco emitido el 23 de febrero de 2005⁽⁷²⁾ y revisado en fecha 24 de enero de 2006⁽⁷³⁾, ha comprobado que en efecto todos los Estados miembros, excepto Malta y Reino Unido, han adoptado explícitamente el formulario único. Pero también ha advertido de que algunos Estados miembros imponen exigencias no previstas por la Decisión Marco tales como obligaciones de adjuntar indicaciones o documentos no previstos por el formulario, caso

(70) Auto susceptible de ser recurrido en reforma y apelación, conforme al sistema general de recursos por la representación procesal del reclamado en la causa que se siga ante el órgano judicial español de emisión.

(71) JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La orden de detención y entrega europea y el derecho a la asistencia letrada y a un intérprete”, *Actas del Seminario de expertos sobre la orden europea de detención*, celebrado en Toledo del 8 al 11 de noviembre de 2004 con el apoyo del Programa “AGIS” de la Comisión Europea, y disponible en el sitio web <<http://espaciojudicial europeo.com>>.

(72) Documento COM (2005) 63 final.

(73) COM (2006) 8 final. Dicha revisión se refiere únicamente a las normas legislativas italianas adoptadas desde la presentación del Informe inicial. Téngase en cuenta, asimismo, el Documento de trabajo de la Comisión anejo al Informe citado [SEC (2006) 79, de 24 de enero de 2006].

de Italia, Malta y la República Checa, o de dictar una orden específica para cada tipificación (Irlanda). Por otra parte llama la atención sobre la diversidad existente en orden a las lenguas aceptadas por los distintos Estados miembros a efectos de ejecución de una euro-orden (aceptación desde sólo una lengua —Alemania, España, Eslovenia, Eslovaquia, Grecia, Italia, Polonia y Portugal— a más de cuatro —Suecia—), señalando que una aceptación más amplia por cada Estado miembro de lenguas distintas de las propias puede facilitar sensiblemente el trabajo. A este respecto puede comprobarse que España es uno de los *pocos* ⁽⁷⁴⁾ Estados miembros que sólo acepta órdenes de detención en su propio idioma lo que supone que cuando éstas se envían en otro idioma, la autoridad judicial de ejecución española lo comunicará a la autoridad judicial de emisión al objeto de que remita la traducción en el más breve plazo, suspendiéndose el procedimiento hasta tanto aquélla no se reciba (artículo 10.2), con los problemas que de ello se derivan. De esta solución únicamente se exceptúan, según se explica seguidamente, las órdenes que se hubieran transmitido vía SIS, pues entonces la autoridad judicial de ejecución será quien de oficio efectúe la traducción.

En segundo término, y en cuanto al procedimiento seguido para su transmisión, se prevé que puedan ser difundidas por el sistema de información de Schengen (SIS) ⁽⁷⁵⁾, lo que contribuye de forma notable a la eficacia del siste-

(74) La cursiva se explica en que en realidad no son “tan pocos”: un tercio.

(75) Siglas correspondientes al Sistema de Información de Schengen, red informática de intercambio de señas de personas y de objetos para el uso de autoridades de cada Estado Parte, competentes para los controles de policía y de aduanas en las fronteras exteriores e interiores de los países. Téngase en cuenta que la autoridad judicial de emisión podrá decidir, *en cualquier circunstancia*, introducir una descripción de la persona reclamada en el SIS, al amparo de lo previsto en los artículos 6.3 de la LOEDE y 9.2 de la Decisión Marco. Sobre la difusión SIS-SIRENE véase, más ampliamente, la ponencia de MARÍA DE FRUTOS, J.L., “Transmisión de la orden de detención europea. Aspectos prácticos policiales (Difusión SIS-SIRENE)”, *Actas del Seminario de expertos sobre la orden europea de detención*, celebrado en Toledo del 8 al 11 de noviembre de 2004 con el apoyo del Programa “AGIS” de la Comisión Europea, y disponible en el sitio web <<http://espaciojudicial europeo.com>>, que gráficamente describe esta herramienta como un ordenador con una base o fichero de datos en la que (entre otros) se encuentran descripciones (o señalamientos) de personas buscadas para su detención a efectos de extradición o entrega, cuya introducción en el sistema es competencia exclusiva de las autoridades judiciales (competencia ejercida por medio de la expedición de las Órdenes Internacionales de Detención); es un sistema que en su arquitectura adopta una forma de estrella, irradiando las descripciones a todos los sistemas nacionales del SIS (N-SIS), cuyo ordenador central (C-SIS) se encuentra en Estrasburgo como “unidad de apoyo técnico” costeada por todos los Estados firmantes; cada Parte contratante tiene la obligación de crear y mantener la parte nacional del SIS (el N-SIS). Pero la parte técnica de este sistema-ordenador (SIS) precisa, para ser operativo, una “interfaz” humana: la oficina SIRENE, necesaria

ma; en tal sentido, y de conformidad con las indicaciones de la Decisión Marco, la ley de transposición española, además de admitir la transmisión directa entre las autoridades judiciales de emisión y ejecución, lo que únicamente será posible de conocerse el paradero de la persona reclamada (artículo 6.1 LOEDE), permite en todo caso la introducción de la descripción de la persona reclamada en el sistema de información de Schengen (SIS), cumplimentándose los extremos señalados en el artículo 95 del Convenio de Aplicación⁽⁷⁶⁾ del Acuerdo de Schengen⁽⁷⁷⁾. No obstante, y de no ser posible recurrir al SIS, podrán utilizarse los servicios de INTERPOL para la comunicación de la orden europea (artículo 6.5 LOEDE y 9.2 de la DM). Téngase en cuenta que no tienen acceso al SIS los diez Estados miembros que se incorporaron a la Unión Europea en 2004, Irlanda y Reino Unido.

Existe no obstante el problema⁽⁷⁸⁾ de que este último sistema de transmisión presenta la dificultad añadida de que la Decisión Marco no ha previsto dar el valor de solicitud de detención provisional a una alerta Interpol, al contrario de lo que sucede con una alerta SIS (artículo 9.3); a la espera de la puesta en funcionamiento del segundo Sistema de Información de Schengen (SIS II), cada Estado miembro podrá subsanar este extremo con una disposición nacional.

En cuanto al procedimiento de transmisión en sí, los requisitos son mínimos, exigiéndose que el medio elegido deje constancia escrita en condiciones que permitan a la autoridad judicial de ejecución establecer su autenticidad

para proporcionar la “información complementaria requerida en relación con los datos introducidos por el SIS” (de ahí su nombre, que es un acrónimo tomado del inglés: “Supplementary Information Request at the National Entry”) y que cada Estado-Schengen tiene que crear para poner a disposición de los otros Estados-Schengen un punto de contacto único y de acceso permanente que haga posible el funcionamiento operativo del SIS, siendo una de sus principales funciones la “validación técnica” de las descripciones en el SIS de personas reclamadas por las autoridades judiciales para detención a efectos de extradición. Sobre el SIS véase, además, CASTILLEJO MANZANARES, R., “La orden de detención y entrega europea. El sistema de garantías de los ciudadanos de la Unión”, en *La Ley*, núm. 6155, de 27 de diciembre de 2004 y, de la misma autora, *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia. La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros*, Madrid, 2002, pp. 99 y ss., y *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen* (con MORENO CATENA, V.), Valencia, 1999, pp. 124 a 140.

(76) Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990.

(77) Convenio de Schengen de 14 de junio de 1985.

(78) Advertido por la Comisión en su Informe de 23 de febrero de 2005 fundado sobre el artículo 34 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden europea de detención y entrega entre los Estados miembros [COM (2005) 63 final].

(artículo 7 LOEDE)⁽⁷⁹⁾. Se enmarca así en la línea actual de agilizar la tramitación de la documentación, cuyo exponente más claro hasta el momento lo constituía el Acuerdo entre Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre simplificación y modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, firmado en San Sebastián el 26 de mayo de 1989⁽⁸⁰⁾ y conforme al cual se abría la posibilidad de presentar solicitudes de extradición por vía de telefax y con un sistema criptográfico, y el Convenio de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de reciente entrada en vigor y que, a 19 de octubre de 2006, sólo faltan por ratificar Grecia, Irlanda, Luxemburgo y Malta⁽⁸¹⁾.

La Comisión, en su Informe ya citado, se hace eco de las diferencias existentes entre los Estados miembros a la hora de fijar plazos de recepción de las órdenes a partir de la detención (que oscilan de las 48 horas de Eslovaquia, Letonia, Malta, Portugal y Reino Unido a los cuarenta días de Alemania, Hungría y la República Checa), a los métodos de autenticación (de exigir sólo el original a un simple fax). Y advierte de que estas diferencias son causa, en la práctica, de retrasos e, incluso, del fracaso de las entregas.

A este respecto, y deteniéndonos en el caso español, nuestro sistema es uno de los pocos que no fija un plazo preclusivo para la remisión de la euro-orden; sin embargo las autoridades judiciales de ejecución solicitan recibirla tan pron-

(79) Además la LOEDE, con visión de futuro y haciéndose eco de las previsiones contenidas en el artículo 10 de la Decisión Marco, prevé (disposición adicional segunda) que dicha transmisión se pueda efectuar, en el momento en que sea operativo, a través del sistema de telecomunicaciones protegido de la Red Judicial Europea.

(80) Ratificado por España mediante Instrumento de 18 de diciembre de 1991 (BOE de 17 de mayo de 1995), y que desde el 11 de diciembre de 1998 resulta de aplicación entre Luxemburgo, Países Bajos, Alemania, Italia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suecia, Bélgica, Austria y España (BOE de 22 de enero de 1999).

(81) Sobre éste y las novedades que introduce de cara a la simplificación y modernización de las formas de transmisión (desde el fax al correo electrónico) nos remitimos a la ponencia de JIMÉNEZ VILLAREJO, F., “La asistencia judicial internacional en materia penal dentro del espacio judicial europeo. Intervención del Ministerio Fiscal en las comisiones rogatorias. Cuestiones jurídicas y dificultades prácticas”, en el curso sobre *Cooperación Judicial Internacional (Fiscalía General del Estado-Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía)*, Sevilla, 15 y 16 de septiembre de 2005 [concretamente, a su apartado V.e)]. Véase, asimismo, PALOMO DEL ARCO, A., “Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros Convenios”, y PARRA GARCÍA, J., “El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, obra colectiva dirigida por GALGO PECO, A., Consejo General del Poder Judicial, colección *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2004, pp. 49 y ss. y 109 y ss., respectivamente.

to como sea posible y, en cualquier caso, dentro de los diez días siguientes a la detención del reclamado.

VI. ESTATUS DEL DETENIDO EN VIRTUD DE UNA EURO-ORDEN

Emitida la euro-orden es la legislación del Estado miembro de ejecución la que regulará el modo de llevar a cabo la detención, los derechos del detenido, el plazo de puesta a disposición judicial y demás extremos al respecto, lo que inicialmente es fuente de preocupación dado que esta remisión a las normas nacionales supone un evidente riesgo de falta de cohesión dada la gran diversidad existente y consiguiente heterogeneidad entre los ordenamientos jurídicos de los veinticinco Estados miembros en una materia, como es la del estatuto del detenido, especialmente sensible por afectar a derechos fundamentales y garantías procesales⁽⁸²⁾, al punto de que este eventual desequilibrio intraprocesal⁽⁸³⁾ ha llevado a que autores como SHÜNEMANN lleguen a afirmar que se camina en dirección a la creación de un espacio de inseguridad y de privación de libertad⁽⁸⁴⁾.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de reconocer la conveniencia de una armonización de las garantías procesales en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, de cuya necesidad se hizo eco la Comisión con el inicial Libro Verde sobre Garantías procesales para sospechosos e inculpad

(82) Preocupación expresada, entre otros, por DELGADO MARTÍN, J., [“La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, obra colectiva dirigida por GALGO PECO, CGPJ (Cuadernos de Derecho Judicial, XIII-2003), p. 342], quien califica de marcha atrás la solución adoptada por la Decisión Marco en relación con la inicial Propuesta de la Comisión, que contemplaba el derecho a la asistencia letrada a partir del momento de la detención; también JIMÉNEZ VILLAREJO, F., “La orden de detención y entrega europea y el derecho a la asistencia letrada y a un intérprete”, op. cit.

(83) Parafraseando a GÓMEZ-JARA DÍEZ, que advierte de los problemas que plantea la falta de armonización de derechos procesales e intraprocesales en todos los países comunitarios (“Orden de detención europea...”, op. cit.).

(84) SCHÜNEMANN, “Europäischer Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2003, p. 188.

en procesos penales en la Unión Europea⁽⁸⁵⁾, origen de la posterior Propuesta de Decisión Marco⁽⁸⁶⁾ presentada al Consejo en abril de 2004 y que acumula ya casi un año de retraso sobre el plazo previsto para su adopción, entendemos que en todo caso existe ya en el momento actual una serie de mínimos a cumplir sea cual fuere el Estado de ejecución: el derecho a la asistencia letrada y de intérprete, expresamente consagrados en los artículos 6.3 y 5.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 47 y 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁽⁸⁷⁾, normas que, siguiendo a VOGEL, puede considerarse que conforman el “orden público europeo”⁽⁸⁸⁾.

De este modo, y en nuestra opinión, la redacción del artículo 11 de la Decisión Marco que reconoce al detenido el derecho a la asistencia letrada y, en caso necesario, de intérprete, *de conformidad con el derecho del Estado de ejecución*, debe ser interpretado a la luz de la jurisprudencia emanada del

(85) Apartados 4 y 5, respectivamente. Como se declara en el apartado 1.7, “aunque las diferencias en la manera como las normas procesales nacionales trasladan, en la práctica, los derechos humanos no suponen necesariamente violaciones del CEDH, sin embargo, con la existencia de prácticas divergentes se corre el peligro de dificultar la confianza que constituye la base del reconocimiento mutuo. Esto justifica una actuación de la Unión Europea de conformidad con la letra c) del artículo 31 del TUE, que no necesariamente tiene que adoptar la forma de una acción imperativa que obligue a los Estados miembros a modificar sustancialmente sus códigos de enjuiciamiento criminal, sino más bien la de una *mejor práctica europea*, cuya finalidad sería facilitar el funcionamiento en la práctica de estos derechos, aportando una mayor visibilidad y eficacia. No hace falta decir que el resultado, en ningún caso, ha de suponer ninguna reducción de la protección actualmente ofrecida por los Estados miembros”.

(86) Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea [COM (2004) 328 final].

(87) Reformulándose como artículos II-107 y II-108 al incorporarse la Carta al Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, cuyo texto definitivo fue aprobado por los Jefes de Estado y de Gobierno en Roma el 29 de octubre de 2004, y publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 16 de diciembre de 2004 (DO C 310). Téngase en cuenta que, según determina el artículo 52 de la Carta (reformulado en el Proyecto de Tratado como II-112), “en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”. Véase además la Declaración relativa a las explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales, incorporadas al Acta Final (apartado A.12) del Tratado, donde expresamente se declara la equivalencia del artículo 48 CDFUE con los apartados 2 y 3 del artículo 6 CEDH.

(88) VOGEL, J., *Cooperation in Criminal Matters in the European Union: Five Major Tendencies- Five Proposals for future Action*, AGIS Conference, 2003, p. 5.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos partiendo del reconocimiento real y efectivo⁽⁸⁹⁾ de ese derecho a partir de la detención⁽⁹⁰⁾, sin perjuicio de que para su materialización (v. gr. derecho a abogado de libre confianza o de oficio, forma de designar a este último, forma de asistencia —activa o pasiva— en la declaración policial, etc.) se proceda conforme a la legislación interna del Estado miembro. En definitiva, las diferencias que en esta materia median entre los Estados miembros no deben afectar a ese mínimo indiscutible reconocido en la Decisión Marco que es el derecho a la asistencia letrada y, en su caso, de

(89) Como ha señalado el TEDH en la sentencia dictada en el *caso Artico* contra Italia (13 de mayo de 1980), la obligación de los Estados de proveer al acusado de una defensa de oficio no se agota en la mera designación de abogado, sino que se extiende a asegurar su efectividad. En esta línea el Libro Verde de la Comisión sobre garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea constató que en algunos Estados miembros la asistencia por abogado mientras se está detenido se presta por estudiantes o becarios en prácticas, lo que implica una escasa o nula cualificación; por ello la posterior Propuesta de Decisión Marco ha dado un paso más, imponiendo a los Estados miembros en el artículo 4 la obligación de garantizar algún tipo de control sobre la eficacia de la asistencia de abogado, imponiendo además como requisito el que sólo se recurra en este contexto a los abogados definidos en la letra a) del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, con el fin de contribuir a preservar su eficacia. Véase, sobre la regulación de esta cuestión en la Propuesta de Decisión Marco, la Respuesta del CCBE (Conseil des Barreaux Européens) del 8 de diciembre de 2004.

(90) Por más que el CEDH no incluye expresamente entre los derechos del *detenido* (artículo 5) el de asistencia letrada, limitándose a su consagración en sede del proceso con todas las garantías (artículo 6) entre los derechos del *acusado*, la jurisprudencia del TEDH ha adelantado el reconocimiento de este derecho al estadio de la propia instrucción preliminar de la policía en atención a que el párrafo 3 del artículo 6 constituye un elemento, entre otros, de la noción de proceso equitativo en materia penal reconocido en el párrafo 1, corriendo el riesgo de que su desconocimiento inicial pueda llegar a comprometer gravemente el carácter equitativo del proceso (v. gr. SSTEDH de 24 de noviembre de 1993, *caso Imbrioscia contra Suiza*; de 28 de octubre de 1994, *caso John Murray contra Reino Unido*; de 12 de marzo de 2003, *caso Öcalan contra Turquía*). Vid. sobre estas cuestiones mis comentarios al artículo 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita”), en la obra colectiva dirigida por GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P., y publicada por el Centro de Estudios Constitucionales, *La Europa de los Derechos. El lenguaje del Tribunal y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, 2005, así como los de ÁLVAREZ GARCÍA, J. y QUERALT JIMÉNEZ, A. al artículo 5 (“El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo”), en la misma obra colectiva.

intérprete desde la detención⁽⁹¹⁾, de tal modo que el estatuto del detenido ha de integrarse con los derechos expresamente consagrados en los artículos 5.1 y 6.3 del CEDH, interpretados a la luz de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Estrasburgo⁽⁹²⁾.

En España, de conformidad con lo que dispone el artículo 13.1 de la LOEDE, la detención de una persona afectada por una orden de detención europea ha de practicarse en la forma y con los requisitos y garantías previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así pues, durante la detención, la persona reclamada tendrá todos los derechos que le reconocen los artículos 17 y 24 de la Constitución, así como el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Analizar cuáles sean estos derechos y cómo se materializan conforme al sistema de la LOEDE exige que, previamente, expongamos esquemáticamente la secuencia temporal por la que discurre la detención y puesta a disposición judicial del detenido para la posterior audiencia.

1. Detención y puesta a disposición judicial. Información de derechos

Decíamos en uno de nuestros primeros trabajos sobre el análisis de esta ley⁽⁹³⁾ que, puesta la persona detenida a disposición judicial, una lectura de los artículos 13.3 y 14.1 de la LOEDE plantea dudas en orden a la secuencia de actuaciones a practicar por el Juez Central, pues no resulta claro si se prevén

(91) Así, en la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, tras proclamar en su artículo 2 el derecho a la asistencia letrada de toda persona sospechosa cuanto antes y, desde luego, antes de contestar preguntas relativas a los cargos, establece en su artículo 3 la obligación que alcanza a los Estados miembros de proporcionar asistencia letrada a cualquier persona sospechosa que se encuentre en alguna de las situaciones que enumera, entre las que precisamente se encuentra la de “ser objeto de una orden de detención europea”. En su artículo 6 consagra, asimismo, la obligación de los Estados miembros de ofrecer al sospechoso un intérprete en cuanto quede de manifiesto que no comprende la lengua del procedimiento. Este derecho es aplicable “a lo largo de todo el proceso”, lo que significa que cubre todas las sesiones del interrogatorio policial, las reuniones entre el sospechoso y su abogado y, tras la formulación de los cargos, las comparecencias ante el tribunal.

(92) En este sentido se pronuncia igualmente JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La orden de detención y entrega europea y el derecho a la asistencia letrada y a un intérprete”, *Actas del Seminario de expertos sobre la orden europea de detención*, celebrado en Toledo del 8 al 11 de noviembre de 2004 con el apoyo del Programa “AGIS” de la Comisión Europea, y disponible en el sitio web <<http://espaciojudicial.europeo.com>>.

(93) ARANGÜENA FANEGO, C., “La orden europea de detención y entrega...”, *Revista de Derecho Penal*, cit., pp. 65 a 67.

dos comparecencias diversas, una inicial de información y otra posterior a modo de audiencia preliminar a celebrar en las setenta y dos horas siguientes a la primera en presencia del Fiscal y donde se realizarán alegaciones y se prestará, en su caso, el consentimiento a la entrega, o una única donde pudiera refundirse todo. La duda no se plantea cuando la orden se ha cursado con vistas al ejercicio de acciones contra el reclamado y se ha solicitado además la autorización para interrogatorio directo con desplazamiento de la autoridad judicial de emisión o el traslado temporal del reclamado, casos en que la separación de actuaciones se deduce con relativa claridad de la letra de la ley, puesto que si bien es cierto que habrá de concederse alguna de las actuaciones pedidas antes de llevar a cabo la audiencia preliminar del procedimiento de entrega, elementales exigencias del derecho de defensa imponen que previamente haya sido informado el reclamado de la existencia de la orden y del hecho que está en su base en la comparecencia inicial del artículo 13.3, a que a continuación aludiremos.

En los restantes casos la solución en cambio no se desprende con nitidez de la regulación legal. Frente a la solución propuesta por el Consejo General del Poder Judicial, que planteaba refundir las dos aparentes comparecencias en una única a realizar dentro de las setenta y dos horas desde la puesta a disposición judicial⁽⁹⁴⁾, el texto final parece distinguir la siguiente secuencia en orden a las actuaciones judiciales que han de llevarse a cabo.

En primer lugar, y al margen del deber del Juez Central de Instrucción de comunicar la existencia de la detención a la autoridad judicial de emisión, tan pronto como le sea comunicada su práctica⁽⁹⁵⁾, en el momento en que se produce la puesta a disposición judicial conforme determina el artículo 13.3 deberá informar al detenido de la existencia y contenido de la orden europea, así como de la posibilidad de otorgar su consentimiento con los efectos derivados de éste (especialmente de su irrevocabilidad) y le instruirá de los demás derechos que le asisten, recogidos fundamentalmente en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, etc.), aunque también dentro de la LOEDE, especialmente del

(94) En la página 31 del Informe se dice lo siguiente: "...sería positivo que, en lo que se refiere a la secuencia de actuaciones judiciales con la persona detenida, se refundiesen los preceptos contenidos en los arts. 13.3 y 14, estableciendo el plazo de 72 horas, a computar desde la puesta a disposición judicial del detenido, para que la autoridad judicial le informe de la existencia de la orden europea, su contenido, la posibilidad de prestar consentimiento irrevocable a su entrega al Estado emisor, le instruya de sus derechos, convoque a las partes y celebre la audiencia".

(95) Con indicación en su caso del plazo de que dispone para remitir la orden europea. Tal comunicación se hará igualmente a la Fiscalía de la Audiencia Nacional y a la Subdirección general de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia (vid. p. 16 de la *Guía práctica para la emisión y ejecución de órdenes europeas*).

derecho a acogerse al principio de especialidad regulado en el artículo 24. Aunque no se menciona expresamente en este precepto de la LOEDE, tal información deberá realizarse en los términos necesarios para garantizar su derecho de defensa, lo que exige en todo caso llevarse a cabo con asistencia letrada (letrado de su elección o, en su defecto, de oficio) y, de ser necesario, asistencia de intérprete, por exigencia de los artículos 520 y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Posteriormente, y dentro de las setenta y dos horas contadas desde la inicial puesta a disposición judicial ⁽⁹⁶⁾, se llevará a cabo la audiencia prevista en el artículo 14 de la LOEDE a la que deberán concurrir el Fiscal, el detenido y su abogado defensor. Tal separación entre uno y otro trámite acaso no sea lo más conveniente desde el punto de vista de la celeridad con que se debe tramitar este procedimiento, pero sí resulta más acorde con las exigencias del derecho de defensa en tanto permite contar con un lapso de tiempo adecuado para permitir, por ejemplo, la asistencia del abogado defensor de su confianza y, en todo caso, preparar adecuadamente la estrategia defensiva frente a la orden europea.

Y además se nos muestra hoy especialmente aconsejable, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional, en una crucial sentencia sobre la que posteriormente volveremos (la núm. 339/2005, de 20 de diciembre), no considera vulnerado el derecho del detenido a ser informado de sus derechos garantizado en el artículo 17.3 de la Constitución Española por el hecho de que dicha información se posponga al momento de la comparecencia ante la autoridad judicial de ejecución. Partiendo de que dicha cuestión parece resuelta en la regulación específica de la materia donde se señala que incumbe a la autoridad judicial de ejecución informar de la existencia y el contenido de la orden de detención, así como del resto de los derechos que corresponden al detenido (artículo 13.3 de la LOEDE de acuerdo con el artículo 11.1 de la Decisión Marco), ello justifica que se demore dicha información (que en el caso de autos fue de veinticuatro horas, desde la detención del reclamado en Murcia hasta la comparecencia del artículo 14 de la LOEDE ante el Juzgado Central de Instrucción) porque las garantías del detenido de ser informado “de forma inmediata y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención”, así como de la asistencia letrada y la de un intérprete, adquieren su pleno sentido protector en el momento de realizar diligencias tendentes al esclarecimiento de los hechos, incluida la declaración del detenido. Dado que no se realizó diligencia

⁽⁹⁶⁾ Lo que naturalmente habrá de ser objeto de matización cuando se haya acordado previamente el traslado temporal o el interrogatorio por la autoridad judicial de emisión desplazada a España; en tales casos el plazo máximo de setenta y dos horas para la celebración de la audiencia entendemos que habrá de computarse desde el regreso a España del reclamado o tras la prestación de la declaración, respectivamente.

de esclarecimiento de hechos, ni se practica incoación del procedimiento hasta la celebración de la referida comparecencia, el Constitucional considera aceptable que se le detenga policialmente con base en una euro-orden y se le traslade al día siguiente ante la autoridad judicial de ejecución sin informarle de los hechos, juzgado que ha emitido la euro-orden y demás circunstancias de ésta.

No compartimos, ciertamente, la conclusión a la que llega el Constitucional, puesto que diferir la información de todos los extremos referidos al momento de puesta a disposición del Juzgado Central —que puede demorarse a setenta y dos horas— no parece acorde con el estatuto de que debe gozar cualquier detenido. Pero en cualquier caso este pronunciamiento del Constitucional aconseja aún más si cabe diferenciar dos comparecencias con distinto objeto ante el Juzgado Central. Una para información de derechos, y otra para la práctica de las actuaciones contempladas en el artículo 14 de la LOEDE. Además, en la posterior sentencia núm. 177/2006, de 5 de junio, claramente da a entender (FJ. 9) que si el expediente se le entrega al abogado defensor instantes antes de celebrarse la audiencia del artículo 14 es perfectamente factible solicitar y obtener un aplazamiento si se considera que el tiempo dado para el análisis de las actuaciones impide la correcta defensa de los intereses del cliente.

Este modo de proceder, que pasa por una doble audiencia, puede salir a cuenta, a la postre⁽⁹⁷⁾, si consideramos la posibilidad de que, con base en la vulneración de un derecho del detenido, la resolución de un eventual incidente de nulidad de actuaciones o una sentencia de amparo obligue, como sucedió en el caso que estaba en la base de la sentencia 339/2005, por vulneración del derecho a la asistencia letrada, a repetir parte de este procedimiento.

De todas formas, y pese al pronunciamiento citado del Constitucional, consideramos preferible una práctica más cuidadosa con los derechos del detenido, como la que habitualmente se lleva a efecto por el modo natural de discurrir de la euro-orden. Así, y como expone JIMÉNEZ-VILLAREJO⁽⁹⁸⁾, es conveniente ya desde la detención policial dar una información inmediata acerca de la existencia del mandato europeo y hechos que lo sustentan. Su extensión y formato dependerá de la vía de transmisión de la euro-orden, vía SIS o vía INTERPOL. En cualquier caso, cuando una fuerza de seguridad comunique a SIRENE la

(97) De esta opinión es GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M., “Motivos de paralización de la orden europea de detención y entrega: denuncia y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada. Comentario a las SSTC 339/2005, de 20 de diciembre de 2005 y 81/2006 de 13 de marzo de 2006”, en *Revista General de Derecho Europeo*, Iustel, núm. 10, mayo de 2006.

(98) JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Armonización de las garantías procesales y derecho a la asistencia letrada en la orden europea de detención y entrega”, op. cit.

detención de una persona reclamada de conformidad con una euro-orden, SIRENE le proporcionará la información de ésta, con la correspondiente traducción al español, de manera que dicha información puede ser inmediatamente comunicada al detenido y de ese modo tomar conocimiento de los hechos y la referencia del procedimiento del que trae causa el mandato europeo ⁽⁹⁹⁾.

2. Asistencia letrada

El derecho de asistencia letrada ha de ser interpretado, por imperativo del artículo 10.2 de la Constitución Española, de acuerdo con el artículo 6.3.c) del CEDH y con el artículo 14.3.d) del PIDCP, configurándose en principio y ante todo como el derecho a la asistencia de un abogado de la propia elección del justiciable.

Especialmente ilustrativa del modo de entenderse este derecho es la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional núm. 339/2005, de 20 de diciembre, cuando al valorar la efectividad de la asistencia letrada de oficio en una comparecencia del artículo 14 de la LOEDE afirma tajantemente la primacía de la libre elección de abogado sobre la asignación de oficio ⁽¹⁰⁰⁾ y declara, ante su inobservancia, la vulneración del derecho a la asistencia letrada, en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, procediendo a estimar el amparo, a anular la resolución por la que se había accedido a la entrega y a ordenar la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo la vulneración

⁽⁹⁹⁾ En todo caso, y como señala MARÍA DE FRUTOS, J.L. [“Transmisión de la orden de detención europea. Aspectos prácticos policiales (Difusión SIS-SIRENE)”, op. cit.], de forma sistemática SIRENE solicitará al Estado descriptor la fotografía y las impresiones dactilares u otros datos que sirvan para la identificación del reclamado. Dicha reseña fotográfica y dactilar será remitida a los funcionarios policiales que hayan efectuado la detención, con el ruego de que efectúen el correspondiente cotejo, para establecer la identidad de la persona detenida con la reclamada, e informar lo antes posible al Juzgado Central de Instrucción competente y a INTERPOL.

⁽¹⁰⁰⁾ A la cual, por tanto, sólo se recurrirá en defecto de la anterior. Ello no obsta, además, a que en los supuestos en que el letrado designado no aceptare, no fuere hallado o no compareciere el Colegio de Abogados correspondiente proceda al nombramiento de un abogado de oficio que acudirá al lugar de la detención en el plazo máximo de ocho horas desde la comunicación realizada al Colegio, momento a partir del cual podrá procederse a la práctica de la declaración del detenido, con su consentimiento de acuerdo con el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido, el vigente artículo 767 del citado texto expresamente establece la participación activa de Policía Judicial, Jueces y Fiscales para proveer dicho nombramiento de oficio.

denunciada⁽¹⁰¹⁾. Y a esta sentencia le sigue, apenas tres meses después, la núm. 81/2006, de 13 de marzo, idéntica en lo esencial a la precedente y con similar fallo.

Con esta solución se zanján las dudas doctrinales que se habían suscitado al respecto. Por algunos se había considerado que, aun cuando en el ejercicio de este derecho a la asistencia letrada tiene un lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su letrado, es realmente en el ámbito del proceso de referencia en el Estado de emisión de la euro-orden donde alcanzará dicha relación de confianza el núcleo esencial del derecho comentado, pero no en los supuestos de detención preventiva en primeras diligencias policiales, teniendo en cuenta que su intervención responde básicamente a la finalidad de garantizar el efectivo respeto de los derechos fundamentales del detenido que, con ser relevante, nunca alcanzaría el nivel de preparación técnico-jurídica de la postulación procesal en el proceso matriz seguido ante el órgano judicial de emisión del mandamiento europeo de entrega. Por todo ello podría concluirse que las exigencias derivadas de este derecho en el primer estadio de la detención del reclamado por una euro-orden se cumplirían objetiva y eficazmente con el nombramiento de un abogado de oficio que garantice la efectividad de forma equivalente al letrado de libre designación⁽¹⁰²⁾.

Lejos de esta interpretación el Constitucional español ha recordado que el derecho de asistencia letrada ha de ser interpretado, por imperativo del artículo 10.2 de la Constitución Española, de acuerdo con el artículo 6.3.c) del CEDH y con el artículo 14.3.d) del PIDCP, configurándose en principio y ante todo como el derecho a la asistencia de un abogado de la propia elección del justiciable. Corresponde a éste encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa. Consecuentemente con lo anterior, a salvo de supuestos excepcionales de protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos en los que la ley permite su restricción —incomunicación contemplada en el artículo 527.a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declarada constitucional por la STC 196/1987, de 11 de diciembre—, la libre designación de abogado debe primar siempre sobre la asignación de oficio. De hecho, ni siquiera la efectividad de la defensa y de la asistencia, en el marco de un proceso con todas las garantías, puede ser utilizada para prescindir de la voluntad manifestada por

(101) Véase sobre ella GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P.M., “Motivos de paralización de la orden europea de detención y entrega: denuncia y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada...”, op. cit.

(102) Así JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La orden de detención y entrega europea y el derecho a la asistencia letrada y a un intérprete”, op. cit.

el demandante de amparo de designar un letrado de su elección, ni para justificar la asignación de un letrado de oficio. Esto produce una restricción injustificada, sin apoyo legal para ello, del derecho a la libre designación de abogado.

De acuerdo con esta doctrina, siendo el derecho a la asistencia letrada del detenido una de las cuestiones más importantes cuya regulación ha quedado sometida, en virtud del artículo 11.2 de la Decisión Marco, al derecho nacional de cada Estado miembro en que deba ejecutarse una euro-orden, la propia regulación de la LOEDE (artículos 13 y 14.2), que remiten a la Ley de Enjuiciamiento Criminal sin prever restricción alguna, son los que llevan a concluir que la comparecencia ante la autoridad judicial debe —y debió en los dos casos de autos— efectuarse con el letrado designado por el detenido. No en vano, el segundo de los preceptos mencionados fija como objeto de la comparecencia cuestiones tan esenciales para la defensa del detenido como son la determinación de si se opone o no a su entrega, si aduce causas de denegación y solicita que se practiquen pruebas al efecto y si renuncia al principio de especialidad. Frente a otras sentencias en que el TC ha llegado a desestimar el amparo interesado, en supuestos en que incluso se produjo la inasistencia letrada a los detenidos, basándose en la ausencia de indefensión material que debe acreditarse en este recurso, aquí el TC se muestra tajante y estima que la consideración de que tal efecto material de indefensión no se produce si el afectado dispuso de asistencia letrada de oficio provoca su “destrucción práctica” y “un vaciamiento del contenido del derecho a la libre designación de abogado”.

3. Contenido del derecho a la asistencia letrada en sede policial

La autoridad o funcionario público bajo cuya custodia se encuentra detenido el reclamado comunicará en forma que permita su constancia al Colegio de Abogados el nombre del elegido por aquél o, en su caso, la petición de que sea nombrado de oficio, cumpliendo los cometidos que en esta materia les atribuye el artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cuanto al contenido de la asistencia que prestará el abogado al detenido como consecuencia de una euro-orden, la finalidad última de este instrumento (ejercicio de acciones penales o ejecución de una condena o medida de seguridad ya impuesta), así como la limitada actuación policial en estas primeras diligencias, circunscrita a la identificación del sospechoso e información al detenido de sus derechos y razones que motivan la detención (existencia de la orden europea y de su contenido), conducen a que en sede policial la asistencia letrada consista básicamente en asegurar con su presencia personal que los derechos del detenido sean respetados, impedir que sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y proporcionarle el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en el futuro interrogatorio a realizar en sede judicial, extremo este último que se llevará a cabo en la entre-

vista reservada a que alude el artículo 520.6.c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Además, y habida cuenta de que la orden de detención y entrega puede incluir la solicitud de que la autoridad judicial entregue, junto con la persona reclamada, los objetos que constituyan medios de prueba o efectos del delito (artículos 29 de la Decisión Marco y 5.3 de la LOEDE), será de gran relevancia la presencia del letrado en la eventual prestación del consentimiento del reclamado a una serie de diligencias de investigación relacionadas con el hallazgo e intervención de objetos y efectos del delito como la entrada y registro en el domicilio; a este respecto la jurisprudencia del Supremo es clara a la hora de exigir la asistencia letrada para la validez del consentimiento del detenido en aras al cumplimiento del requisito de su emisión consciente y libre ⁽¹⁰³⁾.

Por otra parte, y en cuanto a la cuestión de si el abogado puede solicitar la entrega de una copia de la totalidad de las diligencias policiales en el momento de asistir al detenido en sede policial (o judicial), la Circular 2/1995 y la Consulta 2/2003 de la Fiscalía General del Estado reconocen que exigencias elementales del derecho de defensa imponen que el letrado y demás partes puedan tomar vista de las actuaciones practicadas hasta el momento salvo que hubiera recaído una declaración judicial de secreto en los términos previstos en el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por ello, una vez descartada por el Juez de instrucción la necesidad de declarar el secreto de las actuaciones, no existe óbice alguno para que le sea facilitada al letrado la copia del atestado correspondiente, que en el caso de una euro-orden incorporará la descripción del SIS y la información adicional aportada por la Oficina SIRENE en su caso ⁽¹⁰⁴⁾.

VII. PLAZO DE DETENCIÓN PREVENTIVA Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL

En cuanto a la duración de la detención preventiva, la LOEDE prevé un plazo máximo de setenta y dos horas una vez practicada, para que el reclamado sea puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción, plazo que, naturalmente, no tiene por qué ser agotado y que funciona como límite máximo cuyo agotamiento estaría justificado en aquellos casos en que, por razón de la distancia (v. gr. porque se hubiera practicado la detención en la periferia o en territorio insular) o por otras razones diversas (v. gr. práctica de actuacio-

⁽¹⁰³⁾ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo número 1803/2002, de 4 de noviembre de 2002, que resume la doctrina jurisprudencial en este punto.

⁽¹⁰⁴⁾ En este sentido JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Armonización de las garantías...”, op. cit.

nes para la ocupación de efectos e instrumentos del delito, insuficiencia de medios para poder efectuar un traslado inmediato), no pudiera proveerse de otro modo.

Ahora bien, por regla general y en la medida de lo posible, la entrega debe ser inmediata; téngase en cuenta que cuando la persona buscada ha sido localizada por la policía como consecuencia del mandamiento de detención europeo y no por la comisión de un nuevo delito la actividad policial no podrá durar más de lo estrictamente necesario para la identificación de la persona buscada (asegurándose de que existe una perfecta coincidencia con los datos que figuran en el formulario de la orden europea), la intervención de los objetos cuyo envío solicita la autoridad judicial de emisión y el traslado al Juzgado Central de Instrucción⁽¹⁰⁵⁾. No olvidemos que la naturaleza de la euro-orden es la de un *procedimiento* al servicio de un proceso penal que se sigue en otro Estado miembro y, por lo tanto, la detención policial practicada en su virtud no va dirigida, como dice el artículo 17.2 de nuestra Constitución, a “la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”, sino tan sólo a garantizar la presencia de la persona buscada en los restantes trámites del procedimiento y asegurar, en su caso, la ejecución de la entrega —si es que ésta es acordada— a la autoridad judicial de otro Estado comunitario, sin que las *averiguaciones* policiales puedan ir más allá de las que hemos señalado⁽¹⁰⁶⁾.

De este modo, si bien puede afirmarse que la regulación que ahora analizamos sigue también la solución tradicional de hacer operar, al tiempo, dos plazos, uno relativo y otro máximo absoluto, en cuanto límites temporales de la detención preventiva⁽¹⁰⁷⁾, ha de advertirse que el primero presenta una dimensión particular en el esquema de la euro-orden al venir dado por el tiempo estrictamente necesario no ya para la realización de las averiguaciones tenden-

(105) Tal circunstancia ha llevado a que algunos comentaristas defiendan, frente a las setenta y dos horas marcadas por la LOEDE, el plazo de veinticuatro que maneja el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Vid., por todos JIMENO BULNES, M., “La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales”, en *La Ley*, núm. 5679, de 19 de marzo de 2004, apartado V.1.

(106) También en este sentido CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la “euro-orden”*..., op. cit., p. 138.

(107) Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 23/2004, de 23 de febrero, donde se expone detalladamente el modo como han de entenderse los plazos máximos que operan en relación con la detención preventiva, y en la que se concede el amparo al recurrente considerando vulnerado su derecho a la libertad personal al prolongarse la detención policial más allá del tiempo necesario para el esclarecimiento de los hechos, pese a no infringirse el plazo máximo o absoluto previsto por la ley.

tes al esclarecimiento de los hechos, sino tan sólo ⁽¹⁰⁸⁾ para la comprobación de la identidad del reclamado, comunicación de la existencia de la orden de entrega e información de derechos y, eventualmente, ocupación de los objetos y efectos reclamados judicialmente ⁽¹⁰⁹⁾.

En cuanto al plazo máximo absoluto, la solución que inicialmente se barajó en el Anteproyecto de ley no señalaba las setenta y dos horas sino las veinticuatro como límite máximo. Sin embargo, y tomando en consideración las advertencias del Consejo General del Poder Judicial efectuadas en su Informe de octubre de 2002 ⁽¹¹⁰⁾, que alertaban de lo exiguo de éste y de las dificultades de cumplimiento que en ocasiones y por razón del lugar de la detención podían producirse, y dado que la Decisión Marco no exigía la observancia de tan breve plazo, se aconsejaba, como así se llevó a cabo, la sustitución por el de setenta y dos horas.

⁽¹⁰⁸⁾ Siempre, naturalmente, que la detención sea consecuencia de la euro-orden y no de la comisión de otro delito, en cuyo caso la policía debería practicar las actuaciones encaminadas al esclarecimiento de ese otro hecho.

⁽¹⁰⁹⁾ Discrepamos, en tal sentido, de autores como GUTIÉRREZ GONZÁLEZ (“El espacio común europeo: aspectos procesales de la cooperación judicial en materia penal. La euro-orden europea”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp. 340 y 341 y nota 55) y JIMENO BULNES (“La orden europea de detención y entrega: medidas cautelares de carácter personal”, *Actas del Seminario de expertos sobre la orden europea de detención*, celebrado en Toledo del 8 al 11 de noviembre de 2004 con el apoyo del Programa “AGIS” de la Comisión Europea, y disponible en el sitio web <<http://espaciodjudicial europeo.com>>) que, haciendo una interpretación *a contrario sensu* del artículo 13.3 LOEDE, limitan la actuación policial a la mera identificación del reclamado, sin tener en cuenta que por imperativo del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es obligación de la policía informar al detenido de sus derechos y de las razones de la detención, que no son otras que la existencia de la orden europea, de cuyo contenido habrán de darle cuenta, y olvidando que la euro-orden puede incluir además la intervención de los objetos que puedan servir como prueba o constituyan efectos del delito. Compárese a este respecto con la ley italiana de 22 de abril de 2005, núm. 69, de transposición de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, publicada en la *Gazzetta Ufficiale* de 29 de abril de 2005 y en vigor desde el 14 de mayo de 2005, cuyo artículo 12, con meridiana claridad, concreta las obligaciones de información al detenido, en una lengua que comprenda, del mandato emitido y de su contenido, de la posibilidad de consentir a la propia entrega y de la facultad de nombrar un defensor de su confianza, designándosele de oficio en otro caso.

⁽¹¹⁰⁾ Páginas 29 y 30 del citado Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley, de 9 de octubre de 2002.

El cambio parece acertado⁽¹¹¹⁾, especialmente teniendo en cuenta la fundamental razón que lo justifica: facilitar la entrega del detenido al Juzgado Central de Instrucción correspondiente, único órgano competente para la ejecución de la euro-orden. Sin embargo, y precisamente por ello, causa sorpresa que en la *Guía práctica para la emisión y ejecución de órdenes europeas*⁽¹¹²⁾ se admita la posibilidad de que, practicada la detención por la Policía, se ponga al detenido a disposición del Juzgado Central no *directamente*, sino *a través* del Juzgado de instrucción del partido en el que fuere detenido, al amparo de lo prevenido en el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo a continuación este órgano llevar a cabo una serie de actuaciones entre las que se encuentra la adopción de medidas cautelares⁽¹¹³⁾. Esta posibilidad contemplada por la *Guía práctica* debe reservarse para supuestos absolutamente excepcionales, como así viene sucediendo en la práctica, al menos en los últimos tiempos, habiéndose puesto fin a algunas actuaciones propias de los momentos iniciales de funcionamiento de la euro-orden en los que se hizo un cierto uso de esta posibilidad más allá de lo necesario por genéricas razones de operatividad y volumen de traba-

(111) Además de por la razón indicada, apunta igualmente en su favor el resultar plenamente ajustado a las exigencias constitucionales (artículo 17.2 de la Constitución española) y tener un cierto carácter uniformador; en este sentido, y al margen de su plasmación desde los años ochenta en los artículos 520.1 y 520 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se toma igualmente como referente en la Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional (artículo 11 de la Ley 18/2003, de 10 de diciembre). Véase sobre estas cuestiones, más ampliamente, ARANGÜENA FANEGO, C., “Las medidas cautelares en el procedimiento de la euro-orden”, en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, obra colectiva coordinada por la misma autora, Valladolid, 2005, pp. 162 y ss.

(112) Elaborada por un grupo de expertos en cooperación judicial internacional, procedentes del Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, la Audiencia Nacional y los Ministerios de Justicia e Interior.

(113) Consúltense las páginas 16 y 18 de la *Guía práctica para la emisión y ejecución de órdenes europeas*, donde se explica que para los casos de esta audiencia mediatizada o indirecta los actos que en ella se lleven a cabo (eventual prestación del consentimiento y adopción de medidas cautelares) pueden realizarse por vía de auxilio ordinario o, preferentemente, recurriéndose a la videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido. Tales actuaciones deberán remitirse a la mayor brevedad (vía fax, etc.) al Juzgado Central de Instrucción para que se dé traslado al Ministerio Fiscal a efectos de que se pronuncie sobre posibles causas de denegación y/o condicionamiento a la entrega y, a continuación, de no concurrir éstas y haber prestado el detenido su consentimiento, poder acordar el Juez Central la entrega, exhortando al remitente para que proceda a la notificación de dicha resolución al *reclamado*, si todavía se hallare (en libertad o en prisión) en el ámbito territorial de su partido o, en otro caso, al Juzgado que proceda.

jo⁽¹¹⁴⁾ que no justificaban el recurso a esta delegación que, entendemos, ha de ser excepcional.

En todo caso, somos del parecer de que dicha *Guía Práctica* debería modificar su redacción en este punto, para expresar claramente la excepcionalidad de este modo de proceder. Las razones no son tan sólo de tipo teórico, toda vez que tanto la LOPJ (artículo 65.1.4) como los artículos 13 a 17 de la LOEDE son claros a la hora de encomendar *en todo caso* a los Juzgados Centrales de Instrucción *sea cual fuere el lugar de detención* la competencia de ejecución de las euro-órdenes, algo que resulta plenamente justificado en atención a la especialización y cualificación de sus magistrados, así como de los abogados que intervienen en dicho foro⁽¹¹⁵⁾. Es que, además, este defectuoso modo de proceder produce distorsiones difícilmente subsanables. Así JIMÉNEZ-VILLAREJO⁽¹¹⁶⁾, poniendo la atención sobre el carácter concentrado de la audiencia regulada en los artículos 14 a 17 de la LOEDE —en la que se va a resolver no sólo acerca de la situación personal del detenido sino además acerca de la prestación o no del consentimiento a la entrega o su renuncia al principio de especialidad— se pregunta, entre otras cuestiones, respecto al *dies a quo* para el cómputo del segundo plazo de setenta y dos horas para la celebración de la audiencia ante el Juzgado Central (¿desde la puesta a disposición de la autoridad judicial del lugar donde fuere detenido o a partir de su definitiva puesta a disposición del Juzgado Central de Instrucción, caso en que se prolongarían 72 horas más los plazos previstos?). Y si el artículo 12 de la Decisión Marco, con relación al *mantenimiento de la persona en detención*, reserva exclusivamente a la autoridad judicial de ejecución la decisión acerca de si ésta ha de permanecer detenida y, consecuentemente, sobre una posible libertad provisional ¿estaría determinado necesariamente a decretar la prisión el Juez de instrucción del

(114) Situación que describe con minuciosidad y certera crítica JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F. en su ponencia “La orden de detención y entrega europea y el derecho a la asistencia letrada y a un intérprete” citada. Defiende, en cambio, tal planteamiento DELGADO MARTÍN, J., “La orden europea de detención y entrega”, en *La Ley*, núm. 6205, de 8 de marzo de 2005 [apartado VI.2, a) y b)].

(115) Sin perjuicio de la conveniencia del establecimiento de un servicio o especialidad en materia de cooperación internacional en el Colegio de Abogados para el turno de oficio.

(116) JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Armonización de las garantías procesales y derecho a la asistencia letrada en la orden europea de detención y entrega”, op. cit.

lugar de detención si convocara una *vistilla* del artículo 505.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal? Es más, ¿qué ocurriría si en ella el Fiscal interesa la libertad provisional coincidiendo con los planteamientos de la defensa del reclamado? Y en todo caso, y sea cual fuere el sentido de la decisión ¿se ha reparado en que ésta quedaría excluida de recurso? En efecto, el apartado 4 del artículo 17 de la LOEDE prevé que “contra las resoluciones judiciales a que se refiere este artículo (auto decretando la prisión provisional o libertad provisional con medidas cautelares complementarias) cabrá recurso de apelación ante la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”, siendo dicha regulación inaplicable si la resolución interlocutoria la hubiere acordado el Juzgado de Instrucción del partido judicial donde el reclamado haya sido detenido. Y si en cambio entenderíamos recurrible esta resolución en apelación ante la Audiencia Provincial respectiva ¿qué decir entonces de las dilaciones contrarias e innecesarias que se derivarían en el procedimiento de entrega, incongruentes con la propia finalidad de este procedimiento!

Por último, y desde una perspectiva eminentemente práctica, advierte JIMÉNEZ-VILLAREJO de que, cuando la detención de reclamado se deriva de su mera localización, sin que ésta sea consecuencia de la comisión de un delito, la simplicidad de las diligencias policiales no justificaría demora alguna en la puesta a disposición del reclamado ante el Juez de Instrucción del partido judicial donde haya sido detenido, pudiendo la policía poner en su conocimiento la detención practicada mediante un simple oficio y adoptar las medidas necesarias para el traslado a la capital de España. Por otro lado, cuando la detención del reclamado se debe a su implicación en un hecho delictivo el Juez de Instrucción podrá acordar la prisión por el delito cometido en su partido y, en cualquier caso, se trataría de un supuesto de suspensión de la entrega del artículo 21.1 de la LOEDE, sin perjuicio de su posterior traslado a Madrid a efectos de la comparecencia de los artículos 14 a 17.

VIII. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

Es la legislación del Estado de ejecución la que deberá prever un catálogo más o menos amplio de garantías para asegurar la libertad provisional de la persona buscada que pudiere haber sido acordada por la autoridad judicial de ejecución al amparo de lo previsto en el ya citado artículo 12 de la Decisión Marco. A este respecto se ha criticado la debilidad de estas previsiones, que contrastan con el proyecto inicial de la Comisión donde, tras precisar que la persona buscada se halla bajo la responsabilidad del Estado miembro de ejecución, se había previsto un marco bastante detallado de las posibilidades de puesta en libertad, teniendo en cuenta las garantías que la persona ofreciera de volver a comparecer y su compromiso de quedar a disposición de la justicia

para la entrega, pudiendo en particular imponer algunas de las previstas en su derecho nacional a efectos de la libertad provisional, como la prestación de una fianza, la prohibición de salir de un determinado perímetro geográfico, la obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades de control, etc. ⁽¹¹⁷⁾, en armonía con las Recomendaciones en esta materia del Comité de Ministros del Consejo de Europa ⁽¹¹⁸⁾.

La posible falta de armonía de las disposiciones procesales en esta materia en los distintos Estados miembros, en el sentido de que no todos cuentan con alternativas adecuadas a la prisión provisional, y la necesidad de generalizar tales alternativas y buscar otras nuevas no ya en el procedimiento de la euroorden, sino en cualquier supuesto en que se sigan actuaciones en uno de los Estados miembros contra una persona residente en otro Estado, ha cristalizado en la reciente Propuesta de Decisión Marco del Consejo sobre la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares aplicadas entre Estados miembros de la Unión Europea ⁽¹¹⁹⁾, articulándose como modelo europeo de puesta en libertad provisional fundado sobre un reparto de funciones entre la jurisdicción del Estado donde se sigan actuaciones contra el sospechoso o detenido y la del país de su residencia, de tal modo que la primera de ellas determina en un primer momento si la infracción en cuestión autoriza la puesta en libertad y, en caso afirmativo, emite una orden europea de vigilancia traducida a la lengua oficial del Estado de ejecución, que impone una o más obligaciones al sospechoso y que trata de reducir, básicamente, el peligro de fuga. El interesado es reenviado al país de residencia donde la autoridad judicial de ejecución correspondiente es responsable de su vigilancia y está obligada a comunicar cualquier incumplimiento a la autoridad judicial de expedición, comprometiénd-

⁽¹¹⁷⁾ La ausencia de estas previsiones en el texto final que por el contrario sí se contenían en el artículo 14 de la inicial Propuesta de la Comisión [COM (2001) 522 final] fue especial motivo de crítica en el seno del Parlamento europeo, donde se llegó a presentar una enmienda, que fue rechazada, destinada a crear la *eurofianza*.

⁽¹¹⁸⁾ Vid. especialmente la Recomendación número R (80) 11 que, tras señalar la excepcionalidad de la prisión preventiva a la espera del juicio, establece un amplio catálogo de medidas prioritarias y alternativas a la prisión.

⁽¹¹⁹⁾ COM (2006) 468 final, cuyo antecedente lo constituye el Libro Verde sobre reconocimiento mutuo de medidas de control no privativas de libertad presentado por la Comisión el 17-8-2004 —COM (2004) 562 final—. Véase, asimismo, el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Anexo a la Propuesta de Decisión Marco, “Resumen de la evaluación del impacto” [SEC (2006) 1080, de 29-8-2006].

dose a reenviar al interesado al Estado donde se sigue el proceso en el momento que sea necesario ⁽¹²⁰⁾.

Por otra parte, y aun cuando nada se prevea ni en el texto de la Decisión Marco ni en el de la LOEDE, nada impide que la autoridad judicial de emisión pueda interesar del Juez del Estado requerido la adopción de alguna medida cautelar particularmente grave como es la prisión provisional en supuestos en que las circunstancias concurrentes así lo aconsejen facilitando las informaciones suficientes al respecto, sin perjuicio, naturalmente, de que la decisión final sea adoptada por dicha autoridad requerida en atención a su derecho interno. Aunque ubicado en sede de resolución sobre la entrega, el artículo 15.3 de la Decisión Marco podría dar cobertura a esta eventualidad al señalar que la autoridad judicial emisora podrá transmitir a la de ejecución en cualquier momento (por lo que, entendemos, también con el propio formulario de euro-orden ⁽¹²¹⁾) cuanta información complementaria sea de utilidad; igualmente el artículo 7.III de la LOEDE admite expresamente la posibilidad de que con posterioridad a la transmisión de la orden europea la autoridad judicial española de emisión transmita a la de ejecución cuanta información complementaria sea de utilidad para proceder a su ejecución.

IX. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN RELACIÓN CON LOS MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA ENTREGA

Del tantas veces citado Informe sobre la euro-orden de la Comisión Europea se desprende la existencia de algunas diferencias de gran calado a la hora de

⁽¹²⁰⁾ Se pretende así la adopción de un instrumento que permita a los Estados miembros de la Unión Europea reconocer mutuamente las medidas de control no privativas de libertad, algo inexistente en el momento actual, dado que las diversas alternativas existentes en los derechos nacionales no pueden transponerse ni transferirse a través de las fronteras, ya que los Estados no reconocen las resoluciones judiciales extranjeras. La creación de este nuevo instrumento, actualmente en fase todavía embrionaria, contribuirá a reducir el número de detenidos no residentes en régimen preventivo en la Unión Europea, reforzar el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia y otorgar un trato más igualitario entre sospechosos (imputados) residentes y no residentes al permitir a estos últimos disfrutar también de esas medidas alternativas poniendo fin a la generalizada tendencia de mantenerlos en prisión por el riesgo de fuga.

⁽¹²¹⁾ Aunque con la debida concisión, para conciliarse con las exigencias técnicas derivadas de las Oficinas SIRENE, toda vez que cuando las descripciones no son sucintas obligan a la utilización de diferentes formularios accesorios, dado que la longitud permitida en los campos es de 1.024 caracteres y para evitar el “colapso” a las referidas oficinas, que deben preparar una “traducción de apoyo” (vid., sobre estas cuestiones, MARÍA DE FRUTOS, J.L., “Transmisión de la orden...”, op. cit.).

llevar a cabo la trasposición de los motivos de denegación de la entrega por los distintos Estados miembros.

Todos ellos han incorporado los tres motivos obligatorios de denegación, con algunas excepciones (Países Bajos y Reino Unido) o defectos (Reino Unido de nuevo, Dinamarca e Irlanda). Las opciones de trasposición por lo que se refiere a los siete motivos facultativos conducen, en cambio, a situaciones muy variadas de un Estado a otro al haber recogido algunos Estados sólo una parte o haber dejado a sus autoridades un margen de discrecionalidad más amplio, mientras que otros, caso de Italia, han convertido en obligatorios todos los motivos. Esta opción de trasposición, aunque posible, es criticable cuando llega a imponer a las autoridades judiciales de ejecución ejercitar ellas mismas la acción penal en lugar de aceptar la orden de detención, precisamente cuando en el Estado miembro emisor sigue su curso la acción penal.

Con todo se advierten algunas dificultades que la propia Comisión se encarga de enumerar.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la entrega de nacionales, que constituía una de las principales innovaciones de la Decisión Marco y que se pretendía fuera una realidad inmediata a su entrada en vigor (con excepción de Austria, ante la previsión del artículo 33⁽¹²²⁾), hay que lamentar la práctica de algunas autoridades judiciales que deniegan la ejecución de órdenes de detención respecto de los nacionales, alegando su competencia sin por ello llevar ellas a término la acción penal. Por otra parte, un Estado miembro (la República Checa) ha introducido una cláusula de reciprocidad y una conversión de la pena impuesta a sus nacionales. Otro (Países Bajos) ha considerado asimismo que debía restablecer respecto de sus nacionales la doble tipificación y condicionar su entrega a la garantía de poder convertir la pena; ahora bien, esta condición, autorizada por el Convenio de 21 de marzo de 1983 sobre traslado de personas condenadas, no se recoge en la Decisión Marco y, por otra parte, este Convenio solo puede servir de fundamento jurídico para la ejecución de una pena pronunciada en otro Estado si esta ya ha comenzado, lo que no ocurre normalmente

(122) En efecto, en tanto este país no modifique el artículo 12 § 1 de la *Auslieferungs und Rechtshilfegesetz* y, a más tardar, hasta el 31 de diciembre de 2008, podrá permitir a sus autoridades judiciales de ejecución que denieguen la ejecución de una orden de detención europea si la persona reclamada es un ciudadano austriaco y si el acto por el que se ha emitido la orden no es punible con arreglo al derecho austriaco (artículo 33). Por lo demás, recordemos aquí, de nuevo, la brecha abierta sobre este punto por la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005, a la que nos referimos anteriormente, así como el problema planteado también con la entrega de nacionales en Polonia tras la sentencia de su Tribunal Constitucional de 27 de abril de 2005.

cuando una orden de detención se ha dictado a efectos de ejecución de una pena.

En segundo lugar, es preocupante la introducción de motivos no previstos por la Decisión Marco. Nada que objetar al motivo adicional de denegación por causa de *ne bis in idem* respecto de la Corte Penal Internacional, que permite a algunos Estados miembros colmar una laguna de la Decisión Marco. Tampoco a dar entidad de motivo explícito de denegación a la violación de los derechos fundamentales o discriminación que al amparo de lo previsto en el artículo 1.3 y de los Considerandos 12 y 13 de la Decisión Marco dos tercios de los Estados miembros (entre los que no se encuentra España) optaron por introducir expresamente de distintas formas. La Comisión, no obstante, ha mostrado su inquietud al respecto, afirmando que por más que sea evidente que una autoridad judicial está siempre legitimada para rechazar un mandato de arresto si constata que el proceso está viciado por una violación del artículo 6 TUE y de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros, lo cierto es que en un sistema basado en la confianza mutua una situación de este tipo debería ser algo absolutamente excepcional y por ello no es adecuado incluirlo como un motivo expreso de denegación. Y en esta misma línea el Parlamento Europeo recomienda⁽¹²³⁾ que los Estados miembros en sus legislaciones de transposición no obliguen al Juez que ejecute una orden de detención europea a verificar sistemáticamente la conformidad con los derechos fundamentales, ya que ello conllevaría el riesgo de discriminaciones, teniendo en cuenta que el mecanismo se basa en el principio del reconocimiento mutuo y que el Estado miembro de emisión ya ejerce ese control. Los instrumentos de cooperación judicial no pueden entenderse ni interpretarse como herramientas para defender o imponer un determinado modelo normativo o jurisdiccional —en este caso, penal y procesal— a los demás Estados miembros, y mucho menos en el ámbito de la Unión Europea. Tampoco pueden ser cauce para expandir un sistema de garantías o una concepción de los derechos fundamentales, por mucho que se tenga el íntimo convencimiento de que éstos son más perfectos que aquellos vigentes en el país del que proviene la resolución judicial a ejecutar⁽¹²⁴⁾.

(123) Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la evaluación de la orden de detención europea [P6-TA-PROV (2006) 0083].

(124) Así DE HOYOS SANCHO, M., “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 22, Madrid, septiembre-diciembre de 2005, p. 834, siguiendo a ROHLFF, *Der Europäische Haftbefehl*, Frankfurt a.M., 2003, p. 31.

Más preocupante es la introducción de otras causas de denegación en abierta contradicción con la Decisión Marco por algunos Estados miembros (Dinamarca, Italia, Malta, Países Bajos, Portugal y Reino Unido), como las motivaciones políticas, de seguridad nacional o que implican un control sobre el fondo del asunto, como por ejemplo las circunstancias particulares o la situación personal o familiar del individuo en cuestión ⁽¹²⁵⁾.

En el caso español, siguiendo básicamente la estructura trazada por la Decisión Marco (DM) (artículos 3 y 4), la LOEDE en un único artículo (artículo 12) diferencia en dos apartados entre las causas cuya concurrencia da lugar a la denegación obligatoria de la orden (12.1), y otras que simplemente la hacen facultativa (12.2). Y al margen de mínimas excepciones, ha seguido casi al dictado el texto de la Decisión Marco en lo relativo a la regulación de las causas de denegación, sin aprovecharse —como ya hemos señalado— de la puerta que deja abierta el artículo 1.3 de la Decisión Marco en relación con los *considerandos* 12 y 13 de su Preámbulo para, a su amparo, introducir una causa adicional que permita denegar la entrega en atención a la inobservancia del debido respeto a los derechos humanos en el Estado de emisión, probablemente en la consideración de que en un espacio de libertad y justicia como es la Unión Europea tales derechos están debidamente garantizados en la totalidad de los Estados miembros, al compartir todos ellos una concepción exigente de los derechos fundamentales y teniendo en cuenta que todo el texto de la Decisión Marco está a reserva de las disposiciones del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, que incorpora las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²⁵⁾ Véase, más ampliamente, el Documento de trabajo anejo al Informe de la Comisión [SEC (2006) 79].

⁽¹²⁶⁾ El artículo 1.3 señala que la presente DM no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. Por su parte los *Considerandos* citados indican que “nada de lo dispuesto en la presente DM podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual o que la situación de la persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones. La presente DM no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo, la libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en los demás medios” y “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de analizar en varios pronunciamientos algunas de las causas de denegación previstas legalmente a consecuencia de los distintos recursos de amparo formalizados contra decisiones de entrega de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que habían rechazado su concurrencia.

Así, y desde un punto de vista cronológico, puede citarse, en primer término, la STC núm. 292/2005, de 10 de noviembre, en que el Tribunal Constitucional anuló la entrega por vulneración de las exigencias de la tutela judicial efectiva y de garantía de legalidad propias de un procedimiento extradicional (FF.JJ. 4 a 6) de un ciudadano francés a Francia con base en el Convenio europeo de extradición de 1959, y en atención a la posterior declaración francesa a este Convenio según la cual desde el 13 de marzo de 2004 las disposiciones relativas a la euro-orden sustituirían a las disposiciones del Convenio, porque la entrega se acordó el 28 de enero de 2005 pero la declaración francesa retirando la reserva no se publicó en el BOE hasta el 11 de mayo de 2005 ⁽¹²⁷⁾.

Dos sentencias se han pronunciado, además, negando la existencia de cosa juzgada material que impediría la entrega por la existencia de un pronunciamiento anterior denegando una solicitud de extradición (por motivo de reciprocidad) sobre los mismos hechos por los que se emitió la euro-orden. Ya en los autos de suspensión de la entrega que el Tribunal Constitucional dictó en ambos casos se pronunciaron sendos votos particulares señalando que este motivo no constituye causa de denegación subsumible en el artículo 12.1.a) de la LOEDE y además se enfrentaría en un juicio de fondo a la doctrina del Tribunal Constitucional que niega el efecto de cosa juzgada a las resoluciones que resuelven procedimientos de extradición. Finalmente las sentencias núms. 83/2006 y 177/2006 han considerado que no lesiona el principio de intangibilidad de la cosa juzgada la entrega en virtud de una euro-orden en supuestos en que se había denegado previamente la extradición por falta de reciprocidad. Y añaden además que las leyes que regulan la extradición y la orden de detención europea no están sometidas a la prohibición constitucional de irretroactividad de las normas penales o sancionadoras, por no poseer este carácter.

La última de las sentencias apuntadas —núm. 177/2006, de 5 de junio— se ha ocupado, además, de una de las causas recogidas como motivo facultativo de denegación por la LOEDE: la nacionalidad española de la persona reclamada a efectos de ejecución de la pena o medida de seguridad privativa de libertad impuesta, caso en que, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.2.f), la pena deberá cumplirse en España, comprometiéndose en tal sentido la autoridad española y excepción hecha de que el reclamado consienta cumplirla en el

(127) Véase voto particular del magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ.

Estado de emisión. Pues bien, acaso porque los términos del referido precepto no son precisamente un modelo de claridad⁽¹²⁸⁾, el Tribunal Constitucional en la citada sentencia anula finalmente la entrega acordada por la Audiencia Nacional entendiendo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del reclamado, de nacionalidad española, al haberse decidido su entrega a Francia sin tener en cuenta que, siendo la finalidad de la euro-orden el cumplimiento de la condena, era obligado oírle al efecto de que prestase para ello el debido consentimiento [FJ 8.b)].

X. CONDICIONES PARA LA ENTREGA

El artículo 11 de la LOEDE se ha ocupado de trasladar, de modo incompleto, la disposición del artículo 5 de la Decisión Marco y establece algunos supuestos frente a los que la Sala podría condicionar la entrega de la persona reclamada al hecho de que el Estado de emisión cumpla con una serie de condiciones. Los casos son los siguientes:

- **Infracción castigada con una pena o medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad.** En tales casos, según dispone el artículo 11.1 de la LOEDE, la entrega se podrá condicionar a que el Estado miembro de emisión tenga dispuesto en su ordenamiento una revisión de la pena impuesta o la aplicación de medidas de clemencia a las cuales pueda acogerse el reclamado con vistas a la no ejecución de la pena o medida. Se trata de una solución acorde con las líneas seguidas por nuestro Tribunal Constitucional en la materia y plasmadas en su Sentencia 91/2000. Se aparta de la Decisión Marco en un punto, puesto que la LOEDE no precisa, como sí en cambio hace la Decisión Marco (artículo 5.2), que sin perjuicio de su apertura a instancia de parte tal revisión deberá abrirse, en todo caso, cuando hayan transcurrido al menos veinte años. Tal supresión, como puede advertirse, no resulta en modo alguno intrascendente; como apunta SANZ MORÁN, “se da aquí la paradoja de que algunos ordenamientos jurídicos europeos, aunque mantienen en el catálogo de penas la

⁽¹²⁸⁾ El Tribunal Constitucional, al examinar el art. 12.2 de la LOEDE, dice [FJ 8.b)] que “contrasta en dicho precepto el empleo de la fórmula verbal *podrá* en relación con la denegación de la ejecución de la orden europea de detención y entrega en los casos tasados que a continuación se reseñan, lo que equivale a una decisión judicial facultativa, con la utilización de la fórmula verbal *deberá*, de naturaleza imperativa, en relación con el cumplimiento en España de la pena impuesta en otro país a un nacional español cuando este no haya consentido cumplirla en el país impositor. La conciliación de estos dos contrarios puede, sin embargo, conseguirse entendiendo que cabe o no denegar la entrega de un nacional español para cumplir condena en otro país pero que, si accede a ella, únicamente podrá cumplirse en dicho país si así lo consiente el penado”.

prisión perpetua, establecen mecanismos dirigidos a posibilitar que también los condenados a esta pena puedan acceder a la libertad condicional transcurrido un período de cumplimiento que, en el caso de los Códigos penales alemán, austriaco y suizo, se sitúa en quince años. La situación es completamente opuesta en nuestro país: no existe aquí pena de prisión perpetua y, sin embargo, la pena de prisión, que como regla general tiene una duración máxima de veinte años, excepcionalmente puede llegar a cuarenta años y, en muchos casos, con serias restricciones en el acceso al régimen abierto y a la libertad condicional, lo que comporta, en tales supuestos, un cumplimiento efectivo de esa desmesurada pena. De modo que, *de facto*, las previsiones de nuestro Código Penal resultan mucho más gravosas que las de aquellos ordenamientos jurídicos que mantienen la prisión perpetua, sin que, en contrapartida, se prevea garantía alguna orientada a evitar el cumplimiento efectivo de penas tan prolongadas” (129).

- Nacionalidad española de la persona reclamada a efectos de entablar acciones penales. En tal hipótesis se podrá supeditar la entrega, tras oír al reclamado, a la condición de que sea devuelto a España para cumplir con la pena o la medida de seguridad privativas de libertad que eventualmente se dictaren en el Estado de emisión. Nuevamente la LOEDE (artículo 11.2) restringe inexplicablemente los términos más generosos de la Decisión Marco (artículo 5.3), que la extiende a los casos de residencia o al simple hecho de habitar en España la persona reclamada, de manera acorde con el principio de reinserción.

- Sentencia dictada en rebeldía en el país de emisión. Supuesto previsto en el artículo 5.1 de la Decisión Marco y omitido de manera inexplicable en el 11 de la LOEDE. Según las previsiones de la Decisión Marco, a las que renuncia el legislador español⁽¹³⁰⁾, en tales casos y de haberse dictado la resolución en ausencia y sin el debido respeto de su derecho de defensa —al no constar su citación personal o la comunicación de la fecha del juicio—, la entrega podría

(129) SANZ MORÁN, A.J., “La orden europea de detención y entrega...”, op. cit., p. 121.

(130) Renuncia inexplicable a juicio de MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (“El Anteproyecto de ley sobre la orden europea de detención y entrega”, en *Actualidad Penal*, núm. 1, 2003, p. 9), quien considera que la posición española ha pecado de radicalidad y de una cierta fijación respecto a los problemas habidos con Italia. DE HOYOS se extraña especialmente de dicha renuncia teniendo en cuenta la evidente falta de armonización de las legislaciones nacionales en materia de enjuiciamientos en ausencia, contumacia, sentencias dictadas en rebeldía y *par défaut* —presupuestos punitivos y procesales, garantías esenciales, notificaciones, tramitación, efectos y consecuencias, específico sistema de recursos, ejecución de resoluciones, etc.— (“Euro-orden y causas de denegación de la entrega”, en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, obra colectiva coordinada por ARANGÜENA FANEGO, C., Valladolid, 2005, pp. 300 y 301).

supeditarse a la condición de que la autoridad emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona reclamada que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que asegure su derecho de defensa en el Estado miembro emisor y esté presente en la vista.

Como era previsible, ha transcurrido poco tiempo hasta que nuestro Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse sobre tan crucial extremo. Y así, en la sentencia núm. 177/2006, de 5 de junio [FJ 7.b)], ha salido al paso de esta inexplicable omisión estimando vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del recurrente en amparo, al no establecer el Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional como condición para la entrega de quien había sido condenado en rebeldía la exigencia de que dicha condena en ausencia pudiera ser revisada, exigencia que el Tribunal Constitucional ha venido imponiendo en circunstancias similares al ser inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en la Constitución (debido proceso). Y añade que, aunque no esté en la LOEDE ni con carácter de condición *sine qua non* para la entrega, en la propia Decisión Marco, ello no significa que quepa ignorar dicha exigencia. La Decisión Marco, que tan sólo prevé la posibilidad de su fijación como condición, no obliga imperativamente a los Estados miembros a establecer dicha condición para la entrega, sino que reenvía la cuestión a lo que a tal respecto venga dispuesto por sus respectivos ordenamientos jurídicos; siendo ello así, ha de entenderse que la exigencia en cuestión, dimanante del alcance dado por el Tribunal Constitucional al derecho al proceso con todas las garantías, debió ser expresamente formulada por el auto de entrega recurrido en amparo como condición para la entrega.

XI. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA DECISIÓN SOBRE LA ENTREGA

La regulación española (artículo 18 de la LOEDE) parece distinguir dos fundamentales hipótesis a la hora de regular la decisión sobre la entrega.

De una parte, que medie consentimiento del afectado y el Ministerio Fiscal no advierta la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento. En tal caso será el propio Juez Central de Instrucción quien por auto acuerde la entrega. Dicho auto, que deberá ser dictado en el plazo máximo de diez días a partir de la celebración de la audiencia, es irrecurrible (artículo 18.1 de la LOEDE).

Por otra parte, y en los demás supuestos, la decisión no corresponde al Juez sino que este elevará las actuaciones a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que deberá decidir mediante auto (igualmente irrecurrible) en el plazo de sesenta días tras su detención.

La expresión empleada por el legislador (“en los demás supuestos”) debe englobar tanto el caso de consentimiento del afectado —pero con advertencia

por el Ministerio Fiscal de causas de denegación o condicionamiento— como el de ausencia de consentimiento (artículos 18.2 y 19 LOEDE).

Más dudoso es si también debe abarcar la hipótesis en que sea el propio Juez y no el Fiscal quien advierta la concurrencia de las causas antedichas; la ley no da solución a esta cuestión, y no resulta claro si en tales casos podrá el Juez directamente denegar la entrega o bien deberá remitir las actuaciones a la Audiencia con expresa mención del óbice advertido. La primera solución encontraría su apoyo en el primer apartado del artículo 18, puesto que al decir que en los casos de consentimiento del reclamado e inadvertencia por el Fiscal de causas impositivas o condicionantes el Juez *podrá acordar* su entrega, implícitamente parecería admitir que también podría denegarla si a su juicio tales causas concurren. Pero inmediatamente encuentra el obstáculo ya señalado de los amplios términos en que se pronuncia el segundo apartado del citado artículo, que con carácter general determina que *en los demás supuestos* el Juez Central de Instrucción ha de elevar las actuaciones a la Sala, y que englobaría en consecuencia esta hipótesis no prevista por la ley, así como aquélla referida a la falta de espontaneidad y libertad en el consentimiento a juicio del Juez Central de Instrucción.

Al margen de este problema, la regulación expuesta sorprende, negativamente, desde al menos dos aspectos: plazo para decidir e inexistencia de recurso contra el auto resolutorio.

1. Plazos

Los plazos no aparecen bien regulados en la LOEDE por diversos motivos.

En primer lugar, no se comprende bien por qué cuando decide el Juzgado Central de Instrucción el plazo se computa desde la celebración de la audiencia y no se toma en cambio este momento como *dies a quo* cuando debe decidir la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sino el de la detención (cfr. artículo 18.1 y 2, en relación con el 19.3 de la LOEDE).

Por otra parte, y en cuanto a la posibilidad de prórroga de los referidos plazos, aspecto éste que regula el artículo 19, puede observarse cómo en él, tras fijar en sus apartados 2 y 3 los ordinarios del Juez y de la Sala para decidir, permite a continuación la prórroga de los *plazos señalados* (expresión que engloba claramente ambos supuestos) por otros treinta días. Esto, si bien tiene sentido tratándose de la decisión de la Sala, y aparece debidamente proporcionada la prórroga con el plazo mismo en cuanto viene a ser exactamente la mitad de éste, no lo tiene, en nuestra opinión, cuando de la decisión del Juez se trata. Y no tanto (aunque también) porque los supuestos en que éste decide son de relativa sencillez (consentimiento del afectado o ausencia de éste pero inexistencia de causas de denegación o condicionamiento) sino porque no guarda

relación alguna el plazo de decisión mismo (diez días) con su hipotética prórroga (nada más y nada menos que treinta días). Lo acertado hubiera sido, en su caso, fijar un plazo menor que podría ser la mitad del inicial, esto es, cinco días, o, como máximo, una prórroga por igual plazo (diez días, por tanto).

Aunque las razones indicadas abogan por entender que la prórroga parece estar pensada tan sólo para los supuestos de decisión de la Sala, la falta de precisión sobre el particular daría una discutible cabida a los supuestos en que la decisión corresponde al Juzgado Central de Instrucción.

En todo caso en los supuestos de prórroga ha de comunicarse a la autoridad judicial de emisión tal circunstancia y sus motivos, manteniendo entre tanto las condiciones necesarias para la entrega, según determina el artículo 19.4, lo que supone, desde luego, el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas y necesarias para asegurar la entrega, aunque pueden surgir problemas si, por ejemplo, hubieran vencido los plazos máximos de duración de la prisión provisional —en cuyo caso, conforme a la regulación procesal penal española vigente, habría que proceder a la excarcelación, sustituyendo esa medida por la libertad provisional con adopción de alguna medida adicional como la retirada del pasaporte—.

Si pese a la existencia de prórroga tampoco dentro del plazo prorrogado se pudiera decidir por causas excepcionales, la autoridad judicial de ejecución española informará a Eurojust precisando los motivos de la demora (artículo 19.5 de la LOEDE) mientras que, por su parte, el Estado miembro de emisión informará al Consejo de la demora sufrida si esta fuera repetida, como permite el artículo 17.7 de la DM.

A la vista de las respuestas dadas al cuestionario enviado por el Consejo a los Estados miembros para analizar la situación de la euro-orden en 2005, España tarda diez días de media entre la detención y la decisión sobre la entrega, sin que haya incumplido los plazos previstos ni haya tenido que informar a Eurojust. Y esta es igualmente la tónica general en los restantes Estados miembros que han respondido al cuestionario, con algunas excepciones como los casos de Francia, Irlanda, Malta y, especialmente, Reino Unido.

2. Impugnación del auto

Pero el problema más grave que plantea la regulación que examinamos es el aspecto relativo a la impugnación del auto o, más exactamente, a su imposibilidad de ser recurrido. Tanto si procede del Juzgado Central de Instrucción como si lo hace de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, e independientemente de cuál sea su sentido (estimación o denegación de la entrega), se declara expresamente la irrecurribilidad del auto por el artículo 18.

Resulta clara, por tanto, la exclusión de los medios de impugnación ordinarios (apelación) y extraordinarios (casación) contra la decisión de fondo, lo que

no significa, desde luego, que no la consideremos discutible por más que con ello se hayan tratado de evidenciar, de nuevo, las diferencias que median entre extradición (donde sí se articula vía de recurso) y orden de entrega, y acentuar el carácter singular de este instrumento acorde con lo que representa la Unión Europea.

Probablemente el legislador se haya escudado, a la hora de no prever recurso alguno, en el hecho indiscutible de que el procedimiento de entrega no es un proceso penal, algo que con respecto a la extradición viene afirmándose sin fisuras desde el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 1989, y que comparte también el Tribunal Constitucional⁽¹³¹⁾. Si esto es así, y teniendo en cuenta que el derecho al recurso no constituye una garantía constitucional salvo en el proceso penal, se comprende la conclusión obtenida y el camino seguido por el legislador al redactar la LOEDE⁽¹³²⁾.

A nuestro juicio, la conclusión a la que se llega es más que discutible y, con MANZANARES SAMANIEGO⁽¹³³⁾, hubiéramos considerado más correcta la articulación de una vía de recurso que pudiera ser la apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia si la decisión proviniera del Juzgado Central de Instrucción o bien, y de haber decidido una Sección de la Sala, súplica ante el Pleno de la Sala, a semejanza de lo que sucede en el artículo 15.2 de la Ley de Extradición Pasiva.

Ahora bien, la tan clara como censurable improcedencia de los medios de impugnación señalados no excluye en cambio el amparo ante el Tribunal Constitucional, dado que su naturaleza no es la de un recurso, pese a su nombre, sino la de un proceso autónomo de contenido constitucional ante la violación de un derecho fundamental y dirigida a su reparación. Resulta innegable que la perso-

(131) STC 156/2002, de 23 de julio, con cita de las precedentes SSTC 102/1997, de 20 de mayo, 222/1997, de 4 de diciembre, 5/1998, de 12 de enero, 141/1998, de 29 de junio y AATC 307/1986, de 9 de abril, 263/1989, de 22 de mayo, 277/1997, de 16 de julio, y 113/2000. Vid. asimismo, y entre las más recientes, SSTC 292/2005, de 10 de noviembre, 82/2006, de 13 de marzo, y 177/2006, de 5 de junio.

(132) Así lo advertimos ya en nuestro primer trabajo sobre la euro-orden (“La orden europea...”, op. cit., p. 81) y expresamente así lo señala el TC en su tantas veces citada sentencia núm. 177/2006, en cuyo FJ 9 puede leerse que “no siendo el procedimiento extradicional equiparable al procedimiento penal [...] obviamente no puede extrapolarse al mismo la doctrina sentada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, ni el derecho a un recurso ante un Tribunal superior o derecho a la doble instancia que rige exclusivamente en el proceso penal”.

(133) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El Anteproyecto...”, op. cit., pp. 11 y 12.

na incura en un procedimiento de entrega también es titular del derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, del derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en derecho, lo que supone que debe poder ser recurrida en amparo toda resolución judicial que a la hora de decidir sobre los requisitos condicionantes de la entrega sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente infundada.

Cuanto decimos encuentra apoyo, además, en pronunciamientos precedentes del Tribunal Constitucional en materia de extradición, cuya proximidad con el instituto que analizamos no puede ser desconocida. A este respecto, y como ya comentamos, la entrega sin doble tipificación permitiría que el afectado pudiera *recurrir* en amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la violación del principio de legalidad penal englobable en el artículo 24 de la Constitución española⁽¹³⁴⁾. Igualmente el Constitucional se ha pronunciado con toda claridad acerca de que la infracción de los derechos fundamentales en el país reclamante puede producir efectos en el Derecho español para evitar que por la aceptación acrítica de las resoluciones *extranjeras* se produzca ya en el ámbito de nuestra soberanía una nueva lesión de aquel derecho fundamental, posición ésta que ha sido reiterada, por ejemplo, en relación con las extradiciones que, solicitadas por Italia, plantearon problemas por responder a condenas en rebeldía donde se apreciaba vulneración del derecho de defensa (vid., por ejemplo, SSTC 91/2000, 125/2000, 162/2000 y 163/2000)⁽¹³⁵⁾.

Por otra parte la propia Decisión Marco, en su duodécimo considerando, expresamente reconoce que “no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo”, lo que implícitamente daría cabida a la posibilidad que señalamos.

Por todo lo expuesto, ya en un trabajo precedente⁽¹³⁶⁾ tres años atrás vaticinábamos como altamente probable que al amparo de una vulneración de las exigencias del artículo 24 de la Constitución española se canalizaran demandas de amparo ante el Tribunal Constitucional español para hacer frente a las más

(134) Vid. STC 11/1983, de 21 de febrero. Aunque en posteriores sentencias se ha matizado este planteamiento considerando que, con carácter general, el enjuiciamiento del cumplimiento del requisito de la doble incriminación es una cuestión de legalidad ordinaria no revisable en amparo ante el TC, no obstante resulta controlable excepcionalmente cuando la resolución judicial impugnada sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente infundada.

(135) Véase, al respecto, REY MARTÍNEZ, F., “El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario a la STC 91/2000 y concordantes”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5, primer semestre de 2000, pp. 289 y ss.

(136) Me refiero a “La orden europea de detención y entrega...”, publicado en el número 10 de la *Revista de Derecho Penal* correspondiente a septiembre de 2003.

variadas cuestiones, muchas de las cuales, de haberse contado con la existencia de un recurso efectivo contra la resolución, se hubieran hecho valer por éste sin desembocar en el amparo. Y advertíamos de que la pretendida agilidad que aparentemente podría obtenerse con la supresión de la vía de recurso ante los Tribunales ordinarios quedaría truncada si el Tribunal Constitucional hiciera uso de la facultad de suspensión de la resolución impugnada, tal y como prevé el artículo 65 de su Ley Orgánica⁽¹³⁷⁾.

La realidad se ha ajustado fielmente a tales predicciones. Y así nos encontramos primero con diversos autos del Tribunal Constitucional⁽¹³⁸⁾ que, ante las demandas de amparo deducidas contra resoluciones de la Audiencia Nacional concediendo la entrega de sujetos reclamados con motivo de órdenes de detención europeas⁽¹³⁹⁾, había optado por acordar la suspensión de los autos impugnados al objeto de que los recursos de amparo no perdieran su finalidad. Ciertamente la común aceptación de los principios de “confianza mutua” y “reconocimiento mutuo” no han de resultar obstáculo para que, estando en juego una posible vulneración de derechos fundamentales, haya de procederse siempre y en todo caso a la materialización de la entrega, con total inobservancia de la lesión indirecta de los derechos fundamentales que comporta su realización y de la que serían responsables nuestros Tribunales. No obstante, ha de convenirse, como se declara en los distintos votos particulares que se han formulado

⁽¹³⁷⁾ Lo que, como advierte MANZANARES SAMANIEGO (“El anteproyecto de ley...”, op. cit., pp. 3, 4 y 12), no sólo tendría graves consecuencias para el procedimiento de ejecución y entrega, dado que además la concesión del amparo a la persona ya entregada sería el origen de nuevas dificultades con repercusiones internacionales y en último término con la responsabilidad patrimonial del Estado que regula la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁽¹³⁸⁾ Véanse los AATC 320/2004, de 27 de julio, 388/2004, de 18 de octubre, 76/2005, de 14 de febrero, y 314/2005, de 18 de julio.

⁽¹³⁹⁾ Se trataba en los casos citados de autos que acordaban la entrega condicionada (a la devolución a España para el cumplimiento de la pena) a Francia y frente a los cuales se esgrimió como motivo justificativo del recurso de amparo la existencia de *cosa juzgada*, por haberse desestimado previamente respecto de la misma persona y los mismos hechos una petición de extradición cursada por las autoridades francesas por falta de reciprocidad. Téngase en cuenta al respecto, según se da cuenta en los votos particulares señalados, que la invocación de ese motivo no tiene encaje en ninguna de las causas de denegación enumeradas en el artículo 12 de la Ley 3/2003 (véase el precedente apartado 9.5.1), además de que se enfrentaría a un juicio de fondo a la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia, que niega el efecto de cosa juzgada a las resoluciones que resuelven procedimientos de extradición.

frente a los referidos autos del Tribunal Constitucional⁽¹⁴⁰⁾, que la euro-orden es una institución muy distinta de la extradición, propia de otro estadio en la evolución de una Comunidad Europea a una Unión Europea y que, atendiendo a la filosofía de la regulación interna de la euro-orden, existe una incompatibilidad entre este nuevo mecanismo de cooperación con medidas procesales cautelares de suspensión que debería reservarse para casos extremadamente excepcionales so pena de hacer tambalear el sistema de cooperación mediante la euro-orden.

Finalmente, a lo largo de este año 2006, han visto la luz ya las sentencias del Tribunal Constitucional que hemos venido comentando en estas páginas y que, en un porcentaje nada desdeñable, han tenido como fundamental consecuencia la anulación de las entregas acordadas por la Audiencia Nacional.

XII. ALGUNOS INTERROGANTES EN CUANTO A LA ENTREGA DEL RECLAMADO

La Decisión Marco es parca a la hora de regular el modo de llevar a cabo la entrega de la persona buscada una vez adoptada la decisión definitiva al respecto. Una lectura de los artículos 23 y siguientes muestra cómo la preocupación se ha centrado básicamente en fijar unos plazos para proceder a la entrega y lo que ha de hacerse de concurrir alguna causa que excepcionalmente impida su cumplimiento, más que de la entrega en sí. Probablemente en la idea de que, si el procedimiento de la euro-orden descansa en una cooperación directa entre autoridades judiciales, la materialización de la entrega se llevará a cabo precisamente en virtud de lo que hayan acordado dichas autoridades judiciales al modo en que por ejemplo se recoge expresamente, para el caso del traslado o entrega temporal (artículo 18.2).

Por su parte, la ley española guarda igualmente silencio sobre este extremo. No obstante, puede deducirse que materialmente la entrega será llevada a cabo por agentes de la autoridad del Estado de ejecución a las autoridades designadas al efecto por la autoridad judicial de emisión (previa notificación a dicha autoridad judicial de ejecución) para que éstas le pongan a su vez inmediatamente a su disposición (de la autoridad judicial de emisión).

Si bien ese debiera ser el trámite a seguir, lo cierto es que la práctica en nuestro país ha venido produciendo alguna distorsión sobre el esquema inicial de la variante activa, es decir, cuando es una autoridad judicial española la que

(140) Todos ellos procedentes del magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, al último de los cuales también se ha adherido D. Roberto García Calvo.

ha emitido la euro-orden y, en consecuencia, es a ella a quien se debe realizar la entrega de la persona buscada.

En efecto, denuncia JIMÉNEZ-VILLAREJO que dicha entrega no se realiza directamente mediante la puesta a disposición del reclamado a la autoridad judicial de emisión, sino indirectamente a través de su puesta a disposición previa ante autoridades judiciales de Madrid. Y añade que se ha creado en la práctica un trámite judicial previo e intermedio mediante su puesta a disposición del juez de Guardia de Incidencias de los juzgados de la Plaza de Castilla, generándose —por razones meramente operativas de la Policía encargada de realizar dicha entrega, *a priori* la OCN-INTERPOL— una centralización de las entregas no prevista por la Ley 3/2003 que genera una dilación del período de privación de libertad del reclamado de, al menos, setenta y dos horas en las que permanece en un Centro Penitenciario de Madrid a disposición del Juzgado de Instrucción de Guardia; siendo así que la única autoridad judicial a la que debe ser entregada directamente la persona reclamada es la autoridad judicial de emisión, al ser la única competente para resolver su situación personal, como autoridad judicial que conoce del enjuiciamiento de la causa o del cumplimiento de la condena pendiente. Además, en estos supuestos no existe un criterio uniforme de actuación, ya que en ocasiones el Juez de Guardia de Madrid prorroga la detención ordenando su traslado a la autoridad judicial de emisión, o bien acuerda comparecencia de prisión con la necesaria remisión de la causa vía fax para instrucción⁽¹⁴¹⁾.

Deteniéndonos en lo relativo a los plazos de entrega, aspecto sobre el que, según hemos adelantado, se ha centrado el interés del legislador europeo, el Informe de la Comisión señala que, en conjunto, los Estados miembros han cumplido adecuadamente con sus obligaciones en este ámbito.

Sin embargo, tal apreciación resulta cuestionable a la vista de que algunos Estados miembros (República Checa, Malta, Portugal, Eslovaquia y Reino Unido) en caso de recurso contra la decisión de entrega no han fijado un plazo a sus órganos superiores llamados a resolver, o bien lo han hecho pero determinando un plazo máximo para el procedimiento que podría sobrepasar la regla de sesenta días (caso de Bélgica) o incluso el límite máximo de noventa días en caso de casación (Francia e Italia).

No obstante, y pese a todo, lo cierto es que en la práctica la Comisión no ha detectado retrasos significativos sino que, antes al contrario, por regla general las entregas se han venido realizando antes de la expiración de los plazos má-

(141) JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Armonización de las garantías procesales y derecho a la asistencia letrada en la orden europea de detención y entrega”, op. cit.

ximos previstos. Así viene sucediendo también en el caso español⁽¹⁴²⁾, en el que no obstante hay que señalar la excepción a que se refirió la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 99/2006, de 27 de marzo, que estimó la demanda de amparo del recurrente, declarando vulnerado su derecho a la libertad personal al haberse materializado la entrega a las autoridades portuguesas reclamantes, en virtud del pertinente auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, pero fuera del plazo máximo de entrega que marca el artículo 23 de la Ley 3/2003.

XIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La transposición llevada a cabo por el legislador español en la LOEDE se ha ajustado fielmente al texto y exigencias de la Decisión Marco, al margen de algunas diferencias de poco calado.

Esta labor puede ser valorada de modo positivo en lo que respecta a la plasmación del espíritu y objetivo de la Decisión Marco: sustituir el viejo mecanismo de la extradición por un modelo de entrega inmediata basada en el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales entre los Estados miembros. Y también por su rapidez en llevar a cabo la implementación debida, siendo el primero de los (entonces) quince Estados miembros en hacerlo. Sin embargo, y quizás por esta rapidez, su resultado final no es satisfactorio, abriendo numerosos interrogantes en cuanto a su tramitación, al haberse limitado prácticamente a llevar al texto de la ley las líneas contenidas en la Decisión Marco sin haberse preocupado de efectuar el debido ajuste en atención a las exigencias y principios que informan nuestro modelo procesal penal. De ahí que se haya desembocado en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el pasado año 2005 y, especialmente, en el presente año 2006, anulando algunas decisiones de entrega y retrotrayendo las actuaciones al momento procesal oportuno, tras constatar la vulneración de algunas garantías procesales en el procedimiento, motivadas, en ocasiones, por la oscuridad o silencio de la Ley 3/2003, según hemos expuesto en estas páginas.

En cuestión de principios, la postura del legislador español, excesivamente complaciente con el texto de la Decisión Marco, no ha sido la seguida por otros Estados, algunos de los cuales han aprovechado las cláusulas de salvaguardia expuestas en el Preámbulo de la Decisión Marco e incorporadas también a su

(142) Véase, de una parte, el Informe anual 2005 de Eurojust y, de otra, las Respuestas al cuestionario sobre estadísticas en el funcionamiento práctico de la orden europea de detención en el año 2005 (Documento COPEN 52 EJN 12 EUROJUST 21, Bruselas, 21 de junio de 2006).

texto dispositivo (artículo 1.3 DM) para, a su amparo, introducir un nuevo motivo de denegación no previsto en el elenco de los artículos 3 y 4 de la Decisión Marco: la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas en el Estado de emisión, según el entendimiento o percepción del de ejecución, lo que ha sido criticado por la Comisión por considerar que esta situación sólo puede producirse en supuestos absolutamente excepcionales y no resulta conveniente por ello incluirlo como un motivo de denegación expreso. En esta misma línea abunda el Parlamento europeo, que en su Informe de 27 de febrero de 2006 con una Propuesta de recomendación al Consejo sobre la evaluación de la orden de detención europea ⁽¹⁴³⁾ recomienda que los Estados miembros al transponer la Decisión Marco no obliguen al Juez que ejecute una euro-orden a verificar sistemáticamente su conformidad con los derechos fundamentales, ya que conllevaría el riesgo de discriminaciones, teniendo en cuenta que el mecanismo se basa en el principio del reconocimiento mutuo y que el Estado de emisión ya ejerce tal control.

Con todo, no es posible cerrar los ojos ante la realidad, ignorar la diversidad de sistemas procesales vigentes en los distintos Estados miembros y negar la necesidad de armonizar algunos extremos básicos, especialmente el tema de las garantías procesales, para que funcione adecuadamente tanto este instrumento de la euro-orden como otros del tercer pilar. Precisamente por ello se comprende la inquietud que genera entre los operadores jurídicos el que los Estados miembros no hayan sido capaces de ponerse de acuerdo sobre una Propuesta de mínimos en esta materia como la constituida por la Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea [COM (2004) 328 final], que acumula ya casi un año de retraso sobre el plazo previsto para su adopción y que en puridad de principios debería haber sido adoptada de modo coetáneo a la que regula la euro-orden, porque si se organiza a escala europea la persecución de los delitos debe hacerse otro tanto con los derechos de los ciudadanos ⁽¹⁴⁴⁾. Como se advierte desde el Parlamento Europeo ⁽¹⁴⁵⁾, la falta de confianza mutua

(143) AG-OO49/2006, final. Ponente Adeline Hazan.

(144) Así lo señaló Kathalijne Maria Buitenweg, ponente del Informe del Parlamento europeo debatido y votado en la sesión del 12 de abril de 2005 y que conduce a la Resolución legislativa del Parlamento europeo sobre la propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea [DO C 33E de 9 de febrero de 2006].

(145) Vid. considerando I del Informe con una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinado al Consejo sobre la evaluación de la Orden de Detención Europea de 27 de febrero de 2006 (ponente Adeline Hazan, Documento de sesión AG-0049/2006, final).

entre los jueces, causante, por ejemplo, de algunas disfunciones en la aplicación de la euro-orden, va pareja con la insuficiencia de normas mínimas comunes en los procedimientos penales, lo cual reduce la eficacia de la cooperación judicial.

No es suficiente con pensar que por ser todos los Estados miembros signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos esta cuestión está resuelta. El Convenio no contiene muchas disposiciones que se refieran ni siquiera indirectamente a la extradición y otras cuestiones transfronterizas, lo que se explica porque el CEDH no se elaboró con el fin de crear un espacio judicial *común* para los Estados miembros del Consejo de Europa, sino para establecer normas mínimas aplicables a cada uno de los sistemas legales nacionales. La incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la malograda Constitución Europea hubiera debido jugar en este sentido un importante papel de cara a uniformar debidamente la intelección del alcance de tales derechos evitando interpretaciones dispares y algunas formas de proteccionismo judicial y de desconfianza que no deberían tener cabida en un espacio como el de la Unión Europea.

De ahí el difícil equilibrio que debe observar el Juez llamado a adoptar una decisión relativa a la entrega de una persona, que por una parte es garante directo ⁽¹⁴⁶⁾ e indirecto ⁽¹⁴⁷⁾ de los derechos y libertades fundamentales del ciudadano implicado y en principio debe comprobar si el Estado solicitante respeta los mínimos esenciales de esos derechos y libertades básicas, pero, por otra, debe constreñir su examen a los limitados términos en que se regula en la Decisión Marco y en modo alguno puede pretender expandir un determinado sistema de garantías o una determinada concepción de los derechos fundamentales, por mucho que se tenga la íntima convicción de que éstos son más perfectos que aquellos vigentes en el país del que proviene la resolución a ejecutar, resultando imprescindible trascender la doctrina y jurisprudencia nacional a la hora de fundamentar su conclusión acerca del efectivo respeto a los derechos y

⁽¹⁴⁶⁾ Dado que el Juez requerido, con sus propias acciones u omisiones durante el procedimiento de detención y entrega, puede vulnerar directamente derechos y libertades básicas del individuo (v. gr. al ilustrarle de sus derechos, proveerle de la necesaria asistencia letrada, acordar su prisión provisional u otra medida cautelar alternativa, etc.).

⁽¹⁴⁷⁾ Puede producirse igualmente una violación indirecta facilitada por la actuación u omisión del órgano jurisdiccional encargado de ejecutar la euro-orden dado que, si éste fuere conocedor de una eventual vulneración de derechos y libertades fundamentales en el país de destino y no hiciera lo posible por evitarla, sería responsable de esa hipotética lesión como consecuencia indirecta de su decisión de autorizar la entrega.

libertades básicas del Estado requirente para tomar como referente lo que se ha dado en llamar como “orden público europeo”⁽¹⁴⁸⁾.

Más problemático, todavía, es que algunos Estados hayan introducido causas de denegación que contradicen abiertamente la propia Decisión Marco, como referencias a razones políticas vinculadas a la seguridad nacional o algunas otras que implican un cierto control del fondo del asunto, según ha sido denunciado por la Comisión en su Informe de febrero de 2005, reiteradamente citado. Y qué decir del problema abierto en algunos Estados miembros ante las decisiones de inconstitucionalidad respecto a las leyes de transposición, especialmente en el aspecto relativo a la entrega de nacionales, y las dudas que pueden generar los nuevos textos corregidos en orden a su armonía con los principios fijados por la Decisión Marco. Como advierte GUTIÉRREZ ZARZA, es indudable que buena parte de los procesos legislativos internos han estado plagados de dificultades y no ha resultado fácil trasladar los preceptos de la Decisión Marco a las legislaciones internas. Pero estas dificultades, cuando no han sido superadas, no pueden disfrazarse de particularidades necesarias para aplicar la orden de detención europea en un determinado país⁽¹⁴⁹⁾. No está de más recordar, con IRURZUN MONTORO, que para la situación de incumplimiento de sus obligaciones por uno de los Estados miembros el Derecho de la Unión Europea tiene sus específicos remedios, aunque de momento inéditos en su realización: el art. 35.7 TUE permite a los Estados miembros acudir al TJCE en relación con cualquier litigio entre Estados miembros relativo a la interpretación y aplicación de actos adoptados de conformidad con el apartado 2 del art. 34 (decisiones marco, decisiones y convenios) sin otro requisito que la previa formalización del litigio ante el Consejo y el transcurso de un período de seis meses sin alcanzar una solución. Por lo tanto, ni la situación es tan crítica como en ocasiones se quiere presentar, ni aunque lo fuera faltan en el ordenamiento de la Unión las respuestas adecuadas. Cosa distinta es el juicio de oportunidad y las consecuencias políticas de su utilización en cada momento⁽¹⁵⁰⁾.

Con todo, y al margen de éstas y algunas otras sombras que planean sobre el funcionamiento de este nuevo mecanismo, lo cierto es que ha supuesto un

(148) Esto es, el conjunto de derechos y libertades básicas, junto con sus respectivas garantías, tal y como aparecen recogidas en el CEDH y Protocolos Adicionales y han sido interpretadas por el TEDH. Vid., ampliamente, DE HOYOS SANCHO, M., “Euro-orden y causas de denegación de la entrega”, op. cit., pp. 222 a 248.

(149) GUTIÉRREZ ZARZA, A., “La evaluación de los Estados Miembros en el Tercer Pilar de la Unión Europea. El caso particular de la Orden de Detención Europea”.

(150) IRURZUN MONTORO, “El espacio judicial europeo....”, op. cit.

paso decisivo en el principio del reconocimiento y confianza mutua entre los países miembros, y ha servido de estímulo para proseguir en el difícil camino de la unificación de las legislaciones materiales y de las garantías procesales de los Estados de la Unión Europea, y de modelo para la elaboración de otras Decisiones Marco en materia procesal penal (v. gr. la relativa a la ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas⁽¹⁵¹⁾) o de otros instrumentos legislativos basados en la cooperación entre autoridades judiciales (v. gr. la orden nórdica de detención⁽¹⁵²⁾ o el Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega⁽¹⁵³⁾).

Sin olvidar que, desde un punto de vista práctico, ha reducido sensiblemente los plazos de entrega con relación a los de la extradición, lógica consecuencia del diseño extremadamente ágil que ha recibido este instrumento. A este respecto, la Comisión Europea, en su Informe basado en el artículo 34 de la Decisión Marco y emitido el 23 de febrero de 2005⁽¹⁵⁴⁾ y revisado en fecha 24 de enero de 2006⁽¹⁵⁵⁾, ha podido constatar cómo la duración media de ejecución de una solicitud de entrega pasó de los más de nueve meses de los procedimientos de extradición a cuarenta y tres días, y ello sin contar los casos frecuentes en los que la persona está de acuerdo con su entrega, supuesto en el que la duración media descende a trece días. Sin embargo también advierte de que el nivel de exigencias de tipo formal varía mucho en los detalles de unos Estados a otros en cuanto a los plazos de recepción de las órdenes a partir de la detención (de dos a cuarenta días), a las traducciones (aceptación desde sólo una lengua a más de cuatro) y a los métodos de autenticación (de exigir sólo el original a un simple fax), diferencias que, en la práctica, son causa de retrasos e, incluso, del fracaso

(151) Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003.

(152) Creada a partir del Convenio firmado el 15 de diciembre de 2005 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Suecia y Noruega y que, si bien se basa en los principios y estructura propios de la orden de detención europea, presenta una serie de aspectos innovadores, ya que prevé un régimen de entrega más eficaz, gracias en particular a la reducción del número de motivos facultativos de no ejecución y de los plazos del procedimiento.

(153) DO L 292, de 21 de octubre de 2006.

(154) Documento COM (2005) 63 final.

(155) COM (2006) 8 final. Dicha revisión se refiere únicamente a las normas legislativas italianas adoptadas desde la presentación del Informe inicial.

de las entregas⁽¹⁵⁶⁾, por lo que recomienda a los Estados miembros tomar las disposiciones oportunas sobre estos particulares.

La aplicación práctica de las leyes nacionales sobre la orden europea de detención y entrega es un paso, al menos, de igual importancia que la propia adopción de la Decisión Marco. De nada sirve una Decisión Marco y unas legislaciones nacionales acordes con el reconocimiento mutuo si las autoridades judiciales de ejecución se muestran reticentes a la entrega de sus nacionales para ser juzgados en el Estado miembro que los reclama, si examinan con extraordinario detalle la información sobre el proceso penal en curso o si comprueban la doble incriminación aunque el delito esté excluido de este control. Cuanto mejor entienda cada autoridad judicial el papel que le corresponde en el nuevo espacio judicial penal europeo al tiempo que aplica la orden de detención europea más fácil le resultará aplicar las futuras órdenes europeas, sujetas a la misma fórmula de cooperación judicial⁽¹⁵⁷⁾.

Es posible concluir estas páginas con una visión esperanzadora. La euroorden ha supuesto un auténtico punto de inflexión en el modo en que venía produciéndose la cooperación judicial en la Unión Europea. El tradicional y pesado proceso de extradición ha sido sustituido por un nuevo modelo basado en el principio del reconocimiento mutuo, extremadamente ágil, de carácter casi exclusivamente judicial, que funciona nada más y nada menos que entre veinticinco Estados y que, el próximo 1 de enero de 2007, se ampliará a veintisiete, tras la incorporación de Bulgaria y Rumania, que ya han adelantado la implementación de la Decisión Marco a su ordenamiento procesal interno en previsión de esa inminente incorporación a la Unión Europea, aplazando a dicha fecha la entrada en vigor de sus respectivas legislaciones⁽¹⁵⁸⁾.

Queda la duda, no obstante, de si, ante el momento de *impasse* en el que hoy se encuentra la Unión Europea, motivado, muy especialmente, por las incertidumbres constitucionales que han derivado del fallido intento de adop-

⁽¹⁵⁶⁾ Más concretamente critica el hecho de que algunos Estados imponen exigencias no previstas por la Decisión Marco, tales como obligaciones de adjuntar indicaciones o documentos no previstos por el formulario o de dictar una orden específica por cada tipificación.

⁽¹⁵⁷⁾ Suscribimos íntegramente estas palabras de GUTIÉRREZ ZARZA, contenidas en “La evaluación de los Estados Miembros en el Tercer Pilar...”, op. cit.

⁽¹⁵⁸⁾ En el caso de Rumania la Ley núm. 302, de 28 de junio de 2004, del Parlamento rumano, sobre cooperación judicial internacional en materia penal (publicada en la Gaceta Oficial núm. 594, de 1 de julio de 2004). En el caso de Bulgaria, tras la ratificación del Convenio Europeo de Extradición de 1957, su Parlamento dictó una Ley de Extradición que entró en vigor el 4 de julio de 2005, si bien los preceptos que se refieren a la euroorden lo harán a partir del 1 de enero de 2007.

ción del nuevo Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, permaneceremos en esa situación de espera, soportando unos cuantos años más la regla de la unanimidad, o seremos capaces de dar un (crucial) paso adelante si alguien, haciendo uso de la cláusula pasarela del artículo 42 TUE, tal y como recomienda el Parlamento Europeo⁽¹⁵⁹⁾, traslada al ámbito comunitario determinadas competencias de cooperación policial y judicial penal, como puede ser la euro-orden. La futura sentencia del TJCE en el asunto C-303/2005, al margen de su impacto político, tendrá una influencia decisiva en el discurrir de la cooperación judicial en materia penal y producirá efectos no sólo sobre la orden de detención europea, sino sobre todos los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales adoptadas con posterioridad, pues todos han seguido la misma técnica de la euro-orden.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

ARANGÜENA FANEGO, C., “La orden europea de detención y entrega: análisis de las leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco sobre la ‘euro-orden’”, en *Revista de Derecho Penal* (Lex Nova), número 10 (septiembre de 2003), páginas 11 y siguientes.

— “La orden europea de detención y entrega: análisis de las leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco sobre la ‘euro-orden’”, en *Actas del II Congreso Internacional “El futuro de Europa a debate”*, obra colectiva coordinada por CALONGE VELÁZQUEZ, A., Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 2004, pp. 244 y siguientes.

— “Avances en cooperación judicial penal en la Unión Europea”, en *Logros, iniciativas y retos institucionales y económicos: la Unión Europea del siglo XXI*, obra colectiva coordinada por VEGA MOCOROA, I., Valladolid, 2005, pp. 101 a 133.

— “Las medidas cautelares en el procedimiento de la euro-orden”, en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, obra colectiva coordinada por la misma autora, Valladolid, 2005.

BUENO ARÚS/DE MIGUEL ZARAGOZA, *Manual de Derecho penal internacional*, Madrid, 2003.

(159) Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la evaluación de la orden de detención europea [P6-TA-PROV (2006)0083]. Precisamente, una de las materias que recomienda trasladar mediante la cláusula pasarela es la orden de detención europea.

CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia. La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros*, Madrid, 2002.

— “La orden de detención y entrega europea. El sistema de garantías de los ciudadanos de la Unión”, en *La Ley*, n.º 6155, de 27 de diciembre de 2004.

CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la euro-orden de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, Madrid, 2003.

DELGADO MARTÍN, J., “La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, obra colectiva dirigida por GALGO PECO, CGPJ (Cuadernos de Derecho Judicial XIII-2003).

DEMETRIO CRESPO, E., “El caso *Darkazanli* (acerca de la declaración de nulidad por el *Bundesverfassungsgericht* de la norma de transposición de la Orden de detención europea”, en *La Ley*, núm. 6441, de 15 de marzo de 2006.

FONSECA MORILLO, F., “La orden de detención y entrega europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 14, enero/abril de 2003, pp. 69 a 72.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M., “Motivos de paralización de la orden europea de detención y entrega: denuncia y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada. Comentario a las SSTC 339/2005, de 20 de diciembre de 2005 y 81/2006 de 13 de marzo de 2006”, en *Revista General de Derecho Europeo* (Iustel), núm. 10, mayo de 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *La Ley*, núm. 6069, de 30-8-2004.

GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, “El espacio común europeo: aspectos procesales de la cooperación judicial en materia penal. La euro-orden europea”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004.

GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles, “La evaluación de los Estados miembros en el Tercer Pilar de la Unión Europea. El caso particular de la Orden de Detención Europea”.

HOYOS SANCHO, M. de, “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 22, Madrid, septiembre-diciembre de 2005.

— “Euro-orden y causas de denegación de la entrega”, en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, obra colectiva coordinada por ARANGÜENA FANEGO, C., Valladolid, 2005.

IRURZUN MONTORO, F., “La orden europea de detención y entrega”, en *Noticias de la Unión Europea*, 2003, núm. 225.

— “¿El espacio judicial europeo en una encrucijada?”, en *La Ley*, núm. 6532, de 24 de julio de 2006.

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La orden de detención y entrega europea y el derecho a la asistencia letrada y a un intérprete”, *Actas del Seminario de expertos sobre la orden europea de detención*, celebrado en Toledo del 8 al 11 de noviembre de 2004 con el apoyo del Programa “AGIS” de la Comisión Europea, y disponible en el sitio web <<http://espaciojudicialeeuropeo.com>>.

— “La asistencia judicial internacional en materia penal dentro del espacio judicial europeo. Intervención del Ministerio Fiscal en las comisiones rogatorias. Cuestiones jurídicas y dificultades prácticas”, en el curso sobre *Cooperación Judicial Internacional (Fiscalía General del Estado-Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía)*, Sevilla, 15 y 16 de septiembre de 2005.

— “Armonización de las garantías procesales y derecho a la asistencia letrada en la orden europea de detención y entrega”, ponencia presentada en el *Congreso Internacional Agis 2006: Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea*, celebrado en Valladolid del 4 al 6 de octubre de 2006.

JIMENO BULNES, M., “La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales”, en *La Ley*, núm. 5679, de 19 de marzo de 2004.

— “La orden europea de detención y entrega: medidas cautelares de carácter personal”, *Actas del Seminario de expertos sobre la orden europea de detención*, celebrado en Toledo del 8 al 11 de noviembre de 2004 con el apoyo del Programa “AGIS” de la Comisión Europea, y disponible en el sitio web <<http://espaciojudicialeeuropeo.com>>.

KOMÁREK, J., “Pluralismo constitucional europeo tras la ampliación. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Polaco”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 16.

LÓPEZ ORTEGA, J.J., “El futuro de la extradición en Europa (Una reflexión desde los principios del Derecho europeo de extradición)”, apéndice al libro de CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho extradicional*, Madrid, 2003.

MANACORDA, S., “Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico criminali”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 3, 2004.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El Anteproyecto de ley sobre la orden europea de detención y entrega”, en *Actualidad Penal*, núm. 1, 2003.

MARÍA DE FRUTOS, J.L., “Transmisión de la orden de detención europea. Aspectos prácticos policiales (Difusión SIS-SIRENE)”, *Actas del Seminario de expertos sobre la orden europea de detención*, celebrado en Toledo del 8 al 11 de noviembre de 2004 con el apoyo del Programa “AGIS” de la Comisión Europea, y disponible en el sitio web <<http://espaciojudicial europeo.com>>.

MIGUEL ZARAGOZA, J. de, “Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición”, en *Actualidad Penal* 2003/1.

MIRANDA RODRIGUES, A., “O mandado de detenção europeu na via de construção de um sistema penal europeu: um passo o um salto?”, en *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, año 13, núm. 1 (enero/marzo de 2003).

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana”, en *La Ley*, núm. 6394, de 5 de enero de 2006.

PALOMO DEL ARCO, A., “Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros Convenios”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, obra colectiva dirigida por GALGO PECO, A., Consejo General del Poder Judicial, colección Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, pp. 49 y ss.

PARRA GARCÍA, J., “El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, obra colectiva dirigida por GALGO PECO, A., Consejo General del Poder Judicial, colección Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, pp. 109 y ss.

REY MARTÍNEZ, F., “El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario a la STC 91/2000 y concordantes”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5, primer semestre de 2000.

ROHLFF, *Der Europäische Haftbefehl*, Frankfurt a.M., 2003.

SANZ MORÁN, A.J., “La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material”, en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega*, obra colectiva coordinada por ARANGÜENA FANEGO, C., Valladolid, 2005.

SARMIENTO, D., “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de las

decisiones marco”, en *Revista electrónica de estudios Internacionales*, núm. 10 2005, <<http://www.rei.org>>.

SCHÜNEMANN, B., “Europäische Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene”, en *ZRP*, 2003.

— “Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU”, en *GA*, 2004.

VOGEL, J., *Cooperation in Criminal Matters in the European Union: Five Major Tendencies- Five Proposals for future Action*, AGIS Conference, 2003.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Allanamiento de morada (por autoridad o funcionario público):

- AAP Palma de Mallorca 303/2006, de 29 de mayo 242

Atenuantes (reparación del daño):

- SAP Toledo 23/2006, de 15 de mayo 234

Auto (procedimiento abreviado):

- STS 714/2006, de 29 de junio 172

C

Ciudadanos extranjeros (tráfico ilegal o inmigración clandestina):

- STS 651/2006, de 5 de junio 114

Cohecho:

- STS 636/2006, de 8 de junio 125

Competencia de jueces y tribunales (competencia funcional):

- STS 708/2006, de 19 de junio 139

Competencia de jueces y tribunales (competencia objetiva):

- STS 619/2006, de 5 de junio 111

	Página
Concurso de delitos:	
— STS 671/2006, de 21 de junio	157
Corrupción de menores (organización o asociación):	
— STS 913/2006, de 20 de septiembre	208
D	
Declaración de los procesados (coimputado):	
— STC 258/2006, de 11 de septiembre	101
Defraudación (estafa):	
— SAP Navarra 58/2006, de 10 de mayo	229
Delitos contra la Administración Pública (fraudes y exacciones ilegales):	
— STS 636/2006, de 8 de junio	125
Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social:	
— STS 874/2006, de 18 de septiembre	200
Delitos contra los derechos de los trabajadores:	
— STS 651/2006, de 5 de junio	114
Delitos flagrantes:	
— STS 879/2006, de 20 de septiembre	205
Denegación de auxilio (autoridad o funcionario):	
— STS 793/2006, de 14 de julio	192
Derecho a un juez imparcial:	
— STS 780/2006, de 3 de julio	181
Derecho de defensa:	
— STS 669/2006, de 14 de junio	134

	Página
Descubrimiento y revelación de secretos:	
— STS 921/2006, de 26 de septiembre	214
— SAP Madrid 635/2006, de 27 de julio	249
Dilaciones indebidas:	
— STS 730/2006, de 21 de junio	165
— SAP Pontevedra 23/2006, de 24 de mayo	239

E

Ejecución de sentencia:	
— SAP Almería 69/2006, de 14 de marzo	224
Emplazamientos (práctica):	
— STC 255/2006, de 11 de septiembre	99
Entrada y registro:	
— STS 879/2006, de 20 de septiembre	205
Eximentes (ejercicio de derecho, cargo u oficio):	
— STS 850/2006, de 12 de julio	188

I

Imputado (interrogatorio):	
— STS 780/2006, de 3 de julio	181
Insolvencia punible (quiebra):	
— STS 620/2006, de 6 de junio	118
Intervención de las comunicaciones:	
— STS 921/2006, de 26 de septiembre	214
Intrusismo profesional:	
— STS 934/2006, de 29 de septiembre	220

J

Juicio oral (facultades del Presidente del Tribunal):

- STS 780/2006, de 3 de julio 181

L

Lesiones:

- STS 887/2006, de 25 de septiembre 213

M

Malversación de caudales públicos:

- STS 874/2006, de 18 de septiembre 200

Medidas cautelares (quebrantamiento):

- SAP Madrid 189/2006, de 5 de mayo 227

Medidas de seguridad (requisitos):

- STS 669/2006, de 14 de junio 134

P

Penas privativas de derechos (prohibición de aproximación):

- SAP Madrid 189/2006, de 5 de mayo 227
 — SAP Cáceres 95/2006, de 18 de mayo 238

Peritos (informe pericial):

- STS 585/2006, de 29 de mayo 109

Prescripción del delito:

- STS 671/2006, de 21 de junio 157

	Página
Presunción de inocencia:	
— STC 258/2006, de 11 de septiembre	101
— STS 829/2006, de 20 de julio	197
Prevaricación (administrativa):	
— STS 627/2006, de 8 de junio	121
Principio “non bis in idem”:	
— SAP Almería 69/2006, de 14 de marzo	224
Principio de irretroactividad:	
— STS 748/2006, de 12 de junio	127
Principio de justicia universal:	
— STS 645/2006, de 20 de junio	140
Propiedad industrial:	
— SAP Soria 25/2006, de 16 de mayo	235
Prostitución:	
— STS 651/2006, de 5 de junio	114
Prueba (alcoholimétrica):	
— SAP Zamora 17/2006, de 25 de abril	226
Prueba (biológica):	
— STS 701/2006, de 27 de junio	169
Prueba (ilícita):	
— STS 829/2006, de 20 de julio	197

R

Recurso de apelación (Sentencia):	
— SAP Cáceres 53/2006, de 28 de marzo	225
Recurso de casación (para unificación de doctrina):	
— STS 748/2006, de 12 de junio	127

	Página
Recurso de casación (por quebrantamiento de forma):	
— STS 664/2006, de 21 de junio	156
Régimen penitenciario (régimen abierto):	
— STS 748/2006, de 12 de junio	127
Régimen penitenciario (sanciones):	
— STC 268/2006, de 11 de septiembre	104
Responsabilidad civil (subsidiaria):	
— STS 886/2006, de 25 de septiembre	211
— SAP Madrid 181/2006, de 11 de mayo	233
Responsabilidad civil (vehículos a motor):	
— STS 742/2006, de 29 de junio	174
— SAP Madrid 180/2006, de 11 de mayo	231
— SAP Murcia 66/2006, de 14 de junio	246
— SAP Palma de Mallorca 242/2006, de 18 de julio	248
Responsabilidad criminal (autor):	
— STS 627/2006, de 8 de junio	121
— STS 759/2006, de 13 de julio	190

S

Sentencia (absolutoria):	
— SAP Cáceres 53/2006, de 28 de marzo	225
Sentencia (de conformidad):	
— STS 778/2006, de 12 de julio	184
— SAP Jaén 1/2006, de 10 de enero	223
Sentencia (motivación):	
— STS 732/2006, de 3 de julio	179

T

Testigos (práctica de la prueba):

— STS 795/2006, de 14 de julio 195

Testigos (testigo de referencia):

— STS 697/2006, de 26 de junio 167

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 255/2006 de la Sala 1.^a del TC de 11 de septiembre de 2006
(BOE 11 de octubre de 2006) (Recurso de amparo 1614/2003)**

EMPLAZAMIENTO DEFECTUOSO

Art. 24 CE

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

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión derivada de un emplazamiento defectuoso por identificación incorrecta del acusado en juicio de faltas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Este Tribunal ha reiterado que es una garantía contenida en el art. 24.1 CE la necesidad de que los actos de comunicación de los órganos judiciales con las partes se realicen de forma correcta y con la diligencia debida, toda vez que ello es presupuesto para que puedan adoptar la postura que estimen pertinente en defensa de sus intereses (por todas, STC 161/2006, de 22 de mayo, FJ 2). Igualmente, se ha destacado que dicha garantía se ve reforzada en los procedimien-

tos penales por la naturaleza de los derechos fundamentales que en ellos se ventilan, señalándose que el correcto emplazamiento de las partes para la celebración del juicio de faltas exige un especial cuidado en el órgano judicial, al depender de ello la presencia en un acto en el que, concentradamente, se articula la acusación, se proponen y practican pruebas y se realizan los alegatos en defensa de los intereses de las partes. Esta exigencia se ve especialmente reforzada por la posibilidad legal de que se celebre el juicio de faltas en ausencia del denunciado cuando

conste habersele citado con las formalidades prescritas en la ley (por todas, SSTC 134/2002, de 3 de junio, FJ 2, y 94/2005, de 18 de abril, FJ 2).

En cuanto a la diligencia exigible a los órganos judiciales cuando realizan los emplazamientos, se ha incidido en que la citación tiene que practicarse en forma legal mediante el cumplimiento de los requisitos procesales con el fin de que el acto o resolución llegue a conocimiento de la parte y de que el Juzgado tenga la seguridad o certeza del cumplimiento de los requisitos legales en orden a asegurar la recepción de dicha comunicación por su destinatario (por todas, STC 94/2005, de 18 de abril, FJ 2). Se ha destacado que la diligencia exigible al órgano judicial no llega hasta el extremo de salvar comportamientos absolutamente negligentes o contrarios a la buena fe de aquellos destinatarios de los actos de comunicación que hubiesen llegado a tener un conocimiento efectivo y temporáneo de los mismos que les hubiera permitido ejercitar su derecho de defensa; y ello, incluso si tales actos presentaran irregularidades en su práctica, ya que no puede resultar acreedor de la protección del amparo constitucional quien contribuyó de manera activa o negligente a causar la indefensión de la que se queja al no comparecer en un procedimiento del que tenía conocimiento por cauces diferentes del emplazamiento personal, o del que habría podido tener noticia si se hubiera comportado con una mínima diligencia (por todas, STC 161/2006, de 22 de mayo, FJ 2).

3. En el presente caso, ha quedado acreditado en las actuaciones, tal como se ha expuesto con más detalle en los antecedentes, en primer lugar, que el recurrente, inicialmente, designó como lugar de notificaciones su propio domicilio particular para, posteriormente, y una vez que compareció con Letrado de su libre elección, designar el domicilio profesional de éste. En segundo lugar, que la notificación de la celebración del juicio de faltas se realizó por parte del agente judicial en el domicilio par-

ticular del recurrente pero no a su nombre sino al de Plácido García Chaves, siendo recogida por quien afirma ser la novia del mismo. Por último, también ha quedado acreditado que en el acta del juicio oral se hizo constar expresamente que “no comparece el denunciado Plácido García Chaves a pesar de estar debidamente citado en forma”.

En atención a lo expuesto, debe concluirse, conforme también interesa el Ministerio Fiscal, que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. En principio, que el recurrente hubiera sido emplazado en su domicilio particular y no, como había solicitado expresamente, en el domicilio de su Letrado, o que hubiera recogido la notificación judicial una tercera persona y no el recurrente personalmente, no tendría mayor relevancia constitucional. Sin embargo, que la notificación practicada en el domicilio del recurrente no fuera dirigida a él personalmente y que incluso se insistiera en el acta del juicio oral en la confusión de su persona con un tercero, es suficiente como para, por un lado, poner de manifiesto el defectuoso emplazamiento del órgano judicial y, por otro, no poder afirmar, con la certeza necesaria, que el recurrente tuvo un conocimiento real del emplazamiento o de que tuvo un comportamiento absolutamente negligente en relación con este acto de comunicación. En efecto, que el órgano judicial incurrió en un defectuoso emplazamiento al no identificar correctamente a su destinatario es fácilmente verificable en la cédula de notificación e incluso en el acta del juicio en que no hay una coincidencia en el segundo de los apellidos. Del mismo modo, que a partir de ello no resulta posible afirmar que el recurrente tuvo un conocimiento real del emplazamiento o de que mantuvo un comportamiento absolutamente negligente en relación con este acto de comunicación, se deriva, como destaca el Ministerio Fiscal, del hecho de que, aunque se hubiera verificado por parte de la receptora de la notificación la entrega a la persona a quien la dirigió el Juzgado, ésta, a pesar de la convivencia

con el recurrente, no tendría por qué haber tenido conocimiento de que el real destinatario era otro habitante del domicilio, máxime teniendo en cuenta que en la resolución notificada, el Auto de 13 de junio de 2002, tampoco se hacía identificación alguna de quien era el denunciado.

Por tanto, procede otorgar el amparo al recurrente, lo que implica la nulidad de las resoluciones impugnadas y la retroacción de actuaciones para que se lleve a efecto el emplazamiento al recurrente para la celebración del juicio de faltas con respeto al derecho constitucional vulnerado.

Sentencia 258/2006 de la Sala 2.^a del TC de 11 de septiembre de 2006 (BOE de 11 de octubre de 2006) (Recurso de amparo 3627/2003)

DECLARACIÓN DE COIMPUTADO. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Art. 24.2 CE

Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas

SÍNTESIS

Tras exponer la doctrina jurisprudencial sobre la suficiencia de la declaración del coimputado para enervar la presunción de inocencia, se declara vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al no estar aquélla corroborada por ningún hecho o dato externo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Como hemos recordado en la reciente STC 160/2006, de 22 de mayo, FJ 2, la cuestión de la aptitud o suficiencia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, cuando se presentan como únicas pruebas de cargo, ha sido objeto de diferentes pronunciamientos por parte de este Tribunal, que ha ido construyendo una consolidada doctrina al respecto. La evolución de tal cuerpo doctrinal aparece debidamente reflejada, por ejemplo, en la STC 34/2006, de 13 de febrero, en cu-

yo fundamento de Derecho segundo se recuerda lo siguiente:

“[T]al como se puso de manifiesto en dichos pronunciamientos (contenidos en las SSTC 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2, y 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3), cabe distinguir una primera fase, de la que son exponentes las SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 4; 98/1990, de 24 de mayo, FJ 2; 50/1992, de 2 de abril, FJ 3; y 51/1995, de 23 de febrero, FJ 4, en la que este Tribunal venía considerando carente de relevancia constitucional, a los efectos de la presun-

ción de inocencia, que los órganos judiciales basaran su convicción sobre los hechos probados en la declaración inculpativa de los coimputados, con el argumento de que dichas declaraciones constituían actividad probatoria de cargo bastante, al no haber norma expresa que descalificara su valor probatorio, de tal modo que el hecho de que el testimonio se realizara sin prestar juramento y, por tanto, fuera susceptible de ser utilizado con fines autoexculpatorios, se consideraba que no afectaba a su cualidad o aptitud como prueba de cargo suficiente, sino a la ponderación sobre la credibilidad que merecía la declaración en relación con los factores particularmente concurrentes, lo que era función exclusiva de la jurisdicción ordinaria en los términos del art. 117.3 CE.

Un punto de inflexión en esta doctrina lo representaron las SSTC 153/1997, de 29 de agosto, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; y 115/1998, de 1 de junio, FJ 5, en las que este Tribunal, destacando que al acusado, a diferencia del testigo, le asisten los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), ya mantuvo que las declaraciones inculpativas de los coimputados carecían de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultaban mínimamente corroboradas por otras pruebas, de tal modo que ante la omisión de ese mínimo de corroboración no podía hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia.

Un nuevo paso se da en las SSTC 68/2001 y 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 5 y 32, respectivamente, en las que el Pleno de este Tribunal clarificó que la exigencia de corroboración se concretaba en dos ideas: por una parte, que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada a este Tribunal, sino mínima; y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más

allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no (ideas que fueron reiterándose en las SSTC 76/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 182/2001, de 17 de agosto, FJ 6; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 6; 70/2002, de 3 de abril, FJ 11; 125/2002, de 20 de mayo, FJ 3, y 155/2002, de 22 de junio, FJ 11).

Esta jurisprudencia fue perfilándose con muy diversos elementos que, aunque hoy ya están asentados en la doctrina de este Tribunal (por todas, y sólo entre las últimas, SSTC 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1, ó 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1), sin embargo, son el resultado de distintas aportaciones en momentos cronológicos diferentes. Así, la STC 72/2001, de 26 de marzo, FJ 5, vino a consolidar que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado. La STC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4, estableció 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. La STC 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 4, determinó que es necesario que los datos externos que corroboren la versión del coimputado se produzcan, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. La STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 4, precisó 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 externos de corroboración, por lo que sólo podrán entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para ener-

var la presunción de inocencia. Las SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 5, y 30/2005, de 14 de febrero, FJ 6, especificaron que el control respecto de la existencia de corroboración al menos mínima ha de ser especialmente intenso en aquellos supuestos en que concurren excepcionales circunstancias en relación con la regularidad constitucional en la práctica de la declaración del coimputado. Y, por último, las SSTC 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5, y 165/2005, de 20 de junio, FJ 15, descartaron que la futilidad del testimonio de descargo del acusado pueda ser utilizada como elemento de corroboración mínima de la declaración de un coimputado cuando, en sí misma, no sea determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado en los hechos”.

En aplicación de la doctrina constitucional expuesta, el pronunciamiento sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia probatoria de la declaración de un coimputado exige comprobar si dicho testimonio es la única prueba de cargo en la que se ha fundamentado la condena y si la incriminación contenida en dicha declaración sobre la participación de un tercero cuenta con una corroboración mínima a partir de otros hechos, datos o circunstancias externas ajenos a la misma, pues como ya hemos dicho en la reciente STC 198/2006, de 3 de julio, “la corroboración externa mínima y suficiente que, como exigencia constitucional para completar el carácter incriminatorio de las declaraciones de coimputados, venimos exigiendo, no constituye una prueba, pues, en otro caso, bastaría ésta sin necesidad de las declaraciones referidas; la corroboración es una confirmación de otra prueba, que es la que por sí sola no podría servir para la destrucción de la presunción de inocencia, pero que con dicha corroboración adquiere fuerza para fundar la condena”.

3. Pasando al análisis del caso concreto, (...) lo cierto y fundamental en el presente supuesto es que, como se infiere de la

lectura de las actuaciones, y tal como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal la condena formulada contra el recurrente está fundada exclusivamente en las manifestaciones del coimputado, sin que resulte posible hallar, ni de la motivación de las Sentencias impugnadas, ni de la detenida lectura de la causa, elementos adicionales que permitan una mínima corroboración. En efecto, la denuncia y su posterior ratificación en el juicio oral por parte de la víctima del robo —sobre la que se ha apoyado la condena— está basada en la identificación del demandante por parte del otro coimputado, según el mismo denunciante relata en la denuncia presentada y en su posterior ratificación. En este sentido, tal como consta en el acta del juicio, el testigo declaró que no recordaba haber visto al demandante, y que lo identificó a partir de las manifestaciones del otro coimputado. Y nada añade a las declaraciones del testigo la prueba documental a la que se remite la Sentencia de la Audiencia Provincial, pues, aparte del informe pericial sobre los daños al vehículo —que sólo vendría a acreditar la realización del robo, pero desde luego no su autoría—, sólo constan como tales las declaraciones sumariales que fueron ratificadas en el plenario por el testigo.

El núcleo del problema en el presente caso parece provenir de la errónea asunción de la doctrina constitucional por parte de la Audiencia Provincial, considerando, al amparo de diversas Sentencias del Tribunal Supremo, que la necesidad de elementos externos de corroboración sólo concurre cuando la incriminación del coimputado se produce en fase sumarial, y no cuando ello tiene lugar en el juicio oral, caso en el que corresponde al Tribunal ponderar la credibilidad del declarante (fundamento jurídico tercero). A este respecto debe ponerse de manifiesto una vez más que la cuestión relativa a la validez y suficiencia probatoria de la declaración del coimputado es un problema previo al grado de credibilidad que la misma le ofrezca al juzgador, y que atañe a la parti-

cular situación que el imputado ocupa en el proceso, al no estar obligado a decir verdad en aras de su derecho a la defensa. En este sentido hemos manifestado que la exigencia de corroboración “es de naturaleza objetiva y externa y no de índole subjetiva o intrínseca a la personalidad o motivaciones del declarante. De manera que incluso de verificarse la ausencia, en el caso que nos corresponde enjuiciar, de móviles autoexculpatorios o espurios en la declaración prestada contra el demandante de amparo (...) no por ello queda dicha declaración exenta de sometimiento a la ulterior comprobación de si, en el plano objetivo, existen datos externos que la corroboren; ya que, según también hemos declarado expresamente, los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración —como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración en las distintas fases del procedimiento o su propia coherencia interna— carecen de relevancia como factores externos de corroboración (SSTC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 190/2003, de 27 de octubre, FJ 6), 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 los órganos judiciales en cuestión consideraron probados (SSTC 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 4)” (STC 118/2004, de 12 de julio, FJ 2).

En conclusión, conforme a la citada jurisprudencia de este Tribunal sobre la suficiencia de la declaración de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, debe entenderse que, en este caso, se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, ya que la prueba de cargo en que se basó la condena fue la declaración del testigo, quien sólo identificó como autor al demandante en función de lo declarado por el coimputado, sin que se pusiera de manifiesto en las resoluciones impugnadas la existencia de elementos externos e independientes a dicha declaración que permitan considerar mínimamente corroborada la participación del actor en los hechos que en ellas se le imputan. Todo lo cual implica que deba acordarse para el restablecimiento del derecho vulnerado, la anulación de las Sentencias impugnadas únicamente en lo referido a la condena del recurrente.

Sentencia 268/2006 de la Sala 1.^a del TC de 11 de septiembre de 2006 (BOE 11 de octubre de 2006) (Recurso de amparo 6806/2004)

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Arts. 24.1 CE; 76 LOGP

Ponente: **Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez**

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ante la falta de respuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a las alegaciones del inter-no sobre irregularidades del procedimiento sancionador.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Para resolver la cuestión planteada debemos partir de que este Tribunal ha venido afirmando, en una reiterada y consolidada doctrina, que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonable, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes durante la sustanciación del proceso (SSTC 108/2001, de 23 de abril, FJ 2; 186/2001, de 17 de septiembre, FJ 6; y 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2).

Naturalmente, de este derecho no están privadas las personas reclusas en los centros penitenciarios, cuyos derechos constitucionales reconoce expresamente el art. 25.2 CE —que sólo excepciona aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria—, así como la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (art. 3 LOGP). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando que la existencia de un régimen disciplinario especial en materia penitenciaria no implica que las personas reclusas en establecimientos penitenciarios se vean privadas, en los casos apropiados, de la protección del art. 6 del Convenio de Roma (SSTEDH de 28 de junio de 1984, caso *Campbell y Fell c. Reino Unido*; y de 9 de octubre de 2003, caso *Ezeh y Connors c. Reino Unido*). Por nuestra parte, hemos insistido con reiteración en la particular intensidad de las garantías exigibles en el ámbito de la potestad disciplinaria sobre los internos penitenciarios, por cuanto cualquier sanción en este ámbito supone de por sí una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena (SSTC 74/1985, de 18 de junio, FJ 4; 83/1997, de 22 de abril, FJ 2; 181/1999, de 11

de octubre, FJ 2; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; ó 165/2006, de 5 de junio, FJ 2).

La salvaguarda del ejercicio de los derechos constitucionales de los reclusos, preventivos o penados, compete primordialmente a las propias instituciones penitenciarias y, subsidiariamente, a los órganos jurisdiccionales, de un modo singular a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. En no pocas ocasiones hemos afirmado el relevante papel que en nuestro sistema penitenciario tienen dichos órganos judiciales, a los que corresponde no sólo resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos frente a sanciones disciplinarias [art. 76.2.e) LOGP y art. 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ] sino, en general, preservar y salvaguardar los derechos fundamentales de los reclusos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse, conforme dispone el art. 76.1 y 2.g) LOGP (por todas, SSTC 143/1997, de 15 de septiembre, FJ 5; 69/1998, de 30 de marzo, FJ 1; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 5; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; y 52/2004, de 13 de abril, FJ 5).

Por ello, cuando el interno acude al Juez de Vigilancia Penitenciaria e impugna una sanción impuesta por la Administración penitenciaria, ejerce su derecho ex art. 24.1 CE a promover la actividad jurisdiccional, que ha de ser satisfecho mediante la obtención de una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que, ciertamente, no tiene que ser favorable, pero sí congruente con lo pedido. Más aún, la exigencia de la necesaria respuesta a cuantas pretensiones se formulen en este ámbito cobra particular intensidad cuando estén fundadas en una eventual lesión de derechos fundamentales, ya que hemos declarado en distintas ocasiones que todo motivo de recurso atinente a un derecho fundamental requiere una respuesta expresa (entre otras muchas en el ámbito penitenciario, SSTC 73/1983, de 30 de ju-

lio, FJ 6; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 153/1998, de 13 de julio, FJ 4; 104/2002, de 6 de mayo, FJ 3; 9/2003, de 20 de enero, FJ 4; 128/2003, de 30 de junio, FJ 6; 2/2004, de 14 de enero, FJ 2; 52/2004, de 13 de abril, FJ 5; y 165/2006, de 5 de junio, FJ 2).

3. No desconoce este Tribunal las dificultades en que deben desarrollar su actividad muchos órganos judiciales. Pero, como en otras ocasiones hemos dicho, por más que las lesiones constitucionales apreciadas hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica no puede llegar a alterar nuestro juicio de constitucionalidad (SSTC 7/1995, de 10 de enero, FJ único; 180/1996, 12 de noviembre, FJ 7; 109/1997, de 2 de junio, FJ 2; 223/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; y 160/2004, de 4 de octubre, FJ 5).

En este orden de cosas, hemos admitido en diversas ocasiones la licitud constitucional de la respuesta judicial estereotipada o producto de un formulario, en la medida en que peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta, pues lo relevante es la existencia en la decisión de una motivación bastante para conocer los criterios jurídicos que fundamentan su parte dispositiva (SSTC 169/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 69/1998, de 30 de marzo, FJ 2; 67/2000, de 13 de marzo, FJ 3; 210/2000, de 18 de septiembre, FJ 2; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; y 9/2003, de 20 de enero, FJ 5). Pero no es menos cierto que la utilización de formularios o modelos impresos para fundamentar las resoluciones judiciales puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), más que por insuficiencia de la motivación, por incongruencia omisiva, esto es, por dejar sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por el recurrente, aunque ambas vulneraciones del art. 24.1 CE estén

íntimamente relacionadas (como se subraya, por todas, en la STC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4). Es precisamente desde esta perspectiva de la posible concurrencia de una incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial como hemos examinado en otras ocasiones denuncias análogas a la actual (SSTC 161/1993, de 17 de mayo, FJ 3; 143/1995, de 3 de octubre, FJ 5; o 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 6).

4. La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta exige valorar las circunstancias del caso, y, en particular, cuáles fueron las pretensiones deducidas por el hoy recurrente en amparo ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, para poder juzgar si la motivación contenida en los Autos impugnados dio o no una respuesta suficiente y congruente con las mismas, respetuosa del derecho a la tutela judicial efectiva.

Pues bien, el examen de las actuaciones pone de manifiesto que el interno, en su recurso de alzada ante el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, denunció que el acuerdo sancionador no daba respuesta a las alegaciones formuladas en el pliego de descargos (en dicho trámite había aducido que el pliego de cargos no especificaba si el expediente sancionador se había incoado de oficio, por petición de otro órgano o por denuncia de persona identificada; que no figuraba el puesto de trabajo del Instructor del expediente; que no se especificaba que en el cómputo del plazo de tres días para presentar el pliego de descargos sólo debían contarse los días hábiles; además, de manera subsidiaria, negó los hechos imputados y, finalmente, alegó que la calificación de los hechos no se ajustaba a Derecho). En el propio recurso de alzada añadía que no le fue notificada la propuesta de resolución del expediente sancionador; que careció de asesoramiento legal durante la tramitación del expediente; que no tuvo acceso al material probatorio y que dos de las pruebas propuestas (informe del funcionario de servicio el día de los hechos y careo con quien fuera el denunciante) fueron rechazadas.

Frente a estas alegaciones, el Juzgado, por Auto de 30 de julio de 2004, desestima el recurso limitándose a afirmar que “Está acreditado en las actuaciones la comisión de los hechos que dieron lugar a la sanción impuesta, correctamente calificad[os] como constitutivos de una falta del art. 108.B) en conexión con 109.A) del Reglamento Penitenciario aprobado por RD 1201/1981, de 8 de mayo, por lo que siendo la sanción impuesta proporcional a la entidad del hecho, procede confirmar el acuerdo impugnado”.

Contra dicho Auto volvió a recurrir el interno en reforma, añadiendo a las alegaciones anteriores la incongruencia omisiva en la que habría incurrido el Juzgado, al no haber contestado a sus alegaciones precedentes. El Juez Central de Vigilancia Penitenciaria volvió a dictar un Auto de 15 de octubre de 2004, por el que desestimaba el recurso, con el siguiente fundamento: “Las alegaciones contenidas en el escrito del recurrente no aportan hechos, razones o argumentos distintos a los ya expuestos en el recurso de alzada sino que contienen una interpretación subjetiva y diferente de los hechos o la valoración jurídica que se hacen en el Auto recurrido, por lo que procede su desestimación”.

5. De lo expuesto se deriva que las respuestas ofrecidas en las resoluciones impugnadas se refieren exclusivamente a los

hechos y a su calificación jurídica, sin que, ni de forma implícita ni explícita, se encuentre alusión alguna a las irregularidades presuntamente cometidas en el procedimiento sancionador o a la falta de respuesta de dichas alegaciones en el recurso de alzada. Éstas y no otras eran las auténticas causas de pedir del recurso, es decir, el fundamento de su pretensión de anulación del acuerdo sancionador, sobre las cuales, sin embargo, los Autos del Juzgado guardaron completo silencio.

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es tanto más relevante cuanto que al menos dos de los motivos del recurso de alzada tenían por objeto la supuesta vulneración de derechos fundamentales del interno: en particular, del derecho de defensa, al que hemos vinculado la posibilidad de asesorarse durante la tramitación del expediente sancionador (así, STC 143/1995, de 3 de octubre, FJ 4) y del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (cuya aplicabilidad ex art. 24.2 CE a los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario hemos reiterado, entre otras, en las SSTC 27/2001, de 29 de enero, FJ 8; y 128/2003, de 30 de junio, FJ 4).

Por consiguiente ha de darse la razón al recurrente en cuanto a que el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria incurrió en denegación de tutela al no dar respuesta a sus pretensiones.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 28 de noviembre de 2006

Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia.

Sentencia 585/2006, Sala de lo Penal del TS, de 29 de mayo de 2006

NATURALEZA DEL INFORME PERICIAL

Art. 788.3 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego A. Ramos Gancedo

SÍNTESIS

Impugnada en conclusiones provisionales la validez del informe pericial emitido por laboratorio oficial sobre sustancias estupefacientes y no ratificado en el posterior juicio oral, la Sala desestima el recurso del condenado con base en tal prueba, dado el nuevo carácter documental que ahora presenta ya que, pese a lo criticable desde el punto de vista procesal, dicha mutación forma parte del derecho positivo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Es el segundo motivo, como se ha dicho, el que contiene el núcleo de la impugnación, protestando por la falta de prueba de cargo que acreditara la sustancia que portaba el acusado, su cantidad y su pureza, para lo cual el recurrente se apoya en que el informe pericial sobre tales extremos efectuado en el período de instrucción por la Inspección de Farmacia, no fue ratificado en el juicio oral ni sometido a contradicción, no obstante haber sido expresamente impugnado el dictamen en el escrito de conclusiones provisionales, por lo que, en ese caso, la prueba pericial requería inexcusablemente la presencia de los peritos en el plenario, y, no habiendo sido así, ninguna prueba existe sobre el elemento normativo del delito.

Examinadas las actuaciones, se comprueba que a los folios 31, 32 y 33 obran los Informes analíticos realizados por los Laboratorios Oficiales del Ministerio de Sanidad y Consumo (sic) consignado los datos que el Tribunal sentenciador incorpora al resultado de Hechos Probados. Es cierto que el recurrente, en su escrito de defensa obrante al folio 53 impugnó esos informes, que fueron propuestos como prueba documental por el Ministerio Fiscal para el acto del juicio oral al que no comparecieron los expertos que emitieron los dictámenes, que no fueron propuestos para ello por ninguna de las partes procesales.

La censura podría haber tenido interés con anterioridad a la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, que añadía al art. 788.2 L.E.Cr. un segundo párrafo que disponía: “En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”. Al margen de la justificada y generalizada crítica que esta modificación legal ha merecido de la doctrina científica y jurisprudencial, por cuanto resulta insólito que la mera y simple voluntad del legislador transforme la naturaleza intrínseca y estructural de una prueba pericial, mutándola en documental por estricta conveniencia funcional, lo cierto es que dicha transformación forma parte del derecho positivo nacional y, por ende, aplicable imperativamente por los órganos jurisdiccionales del Estado. Así pues, cometido el delito el día 22 de abril de 2005, dos años después de la vigencia del reformado precepto procesal y tratándose de un Procedimiento Abreviado el instruido para su depuración, la queja carece de todo fundamento por cuanto los extremos que se dicen no probados, lo han sido suficiente y legalmente por la prueba documental mencionada, no habiendo interesado la defensa del acusado prueba alguna para desvirtuar la validez o la eficacia probatoria de la documental mencionada.

Sentencia 619/2006, Sala de lo Penal del TS, de 5 de junio de 2006

COMPETENCIA OBJETIVA. JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY

Arts. 14 LECrim.; 65.1.d) LOPJ; 24.2 CE

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

SÍNTESIS

La concurrencia de los presupuestos competenciales de la Audiencia Nacional establecidos por el art. 65.1.d) de la LOPJ tienen que aparecer suficientemente acreditados a los efectos provisionales de la determinación inicial de la competencia para que se altere el criterio general establecido en el art. 14 de la LECrim., que es a estos efectos norma preferente. Lo que no sucedía en el caso de autos, pese a lo cual el Tribunal de instancia anuló las actuaciones practicadas por el Juzgado de Instrucción que inicialmente comenzó a actuar y ocasiona ahora, en casación, la estimación del recurso deducido por el Ministerio Fiscal, dejando sin efecto tal declaración de nulidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En el supuesto que analizamos, de acuerdo con la doctrina que se acaba de dejar expresada en modo alguno se vulneró el derecho al Juez predeterminado por la Ley al conocer de la instrucción un Juez ordinario, investido de jurisdicción y competencia con anterioridad a los hechos.

La sentencia de instancia, Fundamento Jurídico sexto aplica las consecuencias previstas en el art. 238.1 LOPJ, nulidad por falta de competencia objetiva del Juzgado de instrucción de Villagarcía de Arosa, por cuanto el asunto no era competencia de aquel Juzgado ya desde el inicio mismo de las diligencias, al darse los supuestos previstos en el art. 65.1 d) LOPJ por hallarnos

ante la presunta comisión de un delito contra la salud pública “siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias”.

Esta Sala no puede compartir esta argumentación.

La competencia objetiva se atribuye legalmente al Tribunal que debe conocer de un proceso en función de la naturaleza de la infracción penal, que es objeto de acusación y de la pena que pudiera corresponderle. Esta competencia determina el Juez predeterminado por la Ley para el enjuiciamiento de unos concretos hechos delictivos.

Los parámetros utilizados para la determinación de la competencia objetiva son, de un lado, la clasificación de las infracciones

en delitos y faltas que el Código Penal contiene; de otro, respecto de los delitos, se toma en consideración la naturaleza del delito objeto de acusación y asimismo el tipo y cuantía de las penas, que según el propio Código, pudieran imponerse. La conjunción de estos dos criterios, además del aforamiento reservado a un concreto Tribunal, determina el Tribunal objetivamente competente.

La atribución de la competencia para la instrucción a los Juzgados Centrales y para el enjuiciamiento a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se establece legalmente en función de la naturaleza de determinados tipos delictivos, por medio de un listado de concretos delitos, entre los que se incluyen, además de los cometidos fuera del territorio nacional, los enumerados en el art. 651 LOPJ, en cuya letra d) se contiene “el tráfico de drogas o estupefacientes... siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias”.

Condicionamientos que no puede sostenerse se deducían desde el primer momento los informes solicitados del SVA.

En efecto hemos de partir de que invariabilidad de la competencia penal es un principio fundamental de nuestro ordenamiento y el art. 14 LECrim. establece con carácter general las bases determinantes de la misma.

Por ello el sistema orgánico procesal de atribuir la competencia de determinados hechos delictivos a tribunales distintos de aquellos a los que en principio son llamados a conocer de los mismos, ha de ser interpretado restrictivamente porque los principios generales de competencia tienen, como indica la propia expresión, una proyección de generalidad que solo cede cuando la Ley establece de manera expresa lo contrario (autos TS 26-12-1994 y 25-1-1995).

Consecuentemente la concurrencia de los presupuestos competenciales de la Audiencia Nacional establecidos en el art. 65.1 d), tienen que aparecer suficientemente acreditados al menos a los efectos provisionales

de la determinación inicial de la competencia, para que se altere el criterio establecido en la LECrim. que es a estos efectos norma preferente, lo que significa privar de justificación a apresurados comportamientos jurisdiccionales que presentan signos de inoportunidad en el desplazamiento competencial acordados en una fase inicial de investigación que, por razones de inmediación, ofrece más y mayores posibilidades de éxito (sic) en la averiguación de la realidad de los hechos y en la identificación de las personas responsables, pues no aparece acreditada de modo indubitado, claro o patente la excepción, sería la jurisdicción común la que debe prevalecer lo que no quita —dice el ATS 8-2-2003— que en los niveles iniciales de instrucción las circunstancias o puntos de conexión definidores de la competencia, todavía aparezcan simplemente apuntados o con carácter indiciario o probable.

Quinto.—Pues bien, la competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de tráfico de drogas o estupefacientes, art. 65.1 d), y la de los Jueces Centrales para instruir de las causas correspondientes, art. 88 LOPJ, está condicionada, como ya hemos indicado a dos circunstancias que deben concurrir acumulativamente: la comisión del delito por bandas o grupos organizados y la producción de efectos —por el delito— en lugares pertenecientes a distintas Audiencias Provinciales, bien entendido que lo que importa a los efectos de la competencia —como ha precisado esta Sala del Tribunal Supremo en S. 8-6-2001—, “no es el carácter nacional o internacional de la banda que ha cometido el delito, ni el domicilio de sus miembros, ni los desplazamientos que éstos realizasen para la planificación y ejecución de la operación delictiva, sino la eventual difusión de los efectos del tráfico en territorios pertenecientes a distintas audiencias”.

Siendo así no puede sostenerse que desde el inicio de la instrucción motivada por la solicitud de la Unidad Regional Operativa de Galicia del Servicio de Vigilancia Adua-

nera (SVA), de intervención de varios teléfonos y en la que se señala una conexión entre tres personas que están preparando una operación a gran escala de una importante cantidad de hachís, vía marítima, se dieran de forma clara e inequívoca, los requisitos que apuntaban la competencia de los Juzgados Centrales, no siendo absurdo ni arbitrario entender que era el Juzgado de Villagarcía de Arosa el competente para instruir las diligencias, y aunque la interpretación que sustenta la Sala sentenciadora pudiera también ser defendible, ello en modo alguno hubiera supuesto la vulneración del principio del Juez predeterminado por la Ley, sin olvidar que el principio de seguridad jurídica y el de necesidad de conservación de los actos procesales, art. 242 LOPJ, en los que no se haya observado la vulneración de normas esenciales del procedimiento que hayan ocasionado indefensión, inclinan a mantener la validez de los actos procesales, especialmente en casos como el presente, en el que ni siquiera se observa vulneración alguna de norma procesal, sino de una interpretación que tiene argumentos para sostener ambas posiciones (STS 10-12-2003).

En esta dirección la STS 275/2004 de 5.3, citada por el Ministerio Fiscal en su recurso, en un supuesto en que se examinaba la actuación investigadora de un Juzgado de Instrucción por un delito de falsificación de moneda —competencia exclusiva Audiencia Nacional, art. 65.1 d), LOPJ— declaró que “Salvo que se trate de vulneración de algún derecho fundamental de orden sustantivo (STC 81/1998, fundamento de derecho 2.º) las posibles deficiencias procesales sólo pueden tener incidencia en el juicio oral cuando determinen la nulidad, por su ilicitud, de alguna prueba determinada. Y esto no ocurre cuanto se trata de casos de incompetencia territorial o asimilados”, añadiendo que: “en modo alguno cabe considerar nulas las actuaciones de un Juzgado de Instrucción ordinario respecto de la investigación de delitos competencia de la Audiencia Nacional. A todos los efectos, aunque sea la clase de delito lo que determina la compe-

tencia de los Juzgados Centrales de Instrucción (razón objetiva), para los que aquí estamos examinando el problema tiene la misma naturaleza que si se tratara exclusivamente de una cuestión de competencia territorial, en consideración a las atribuciones genéricas que para instruir tienen todos los Juzgados de Instrucción distribuidos a lo largo del territorio nacional. Y en este sentido hay varias disposiciones de la LECriminal que dan supuesta la validez de lo actuado por un juzgado de esta clase aunque carezca de competencia territorial (arts. 21.3, 22.2 y 24). Son válidas las actuaciones de todos aquellos respecto de los cuales se tramita una cuestión de competencia de esta clase”.

Por tanto los efectos anulatorios de los arts. 11, 238.1 y 240 LOPJ. únicamente se producirían en los casos en que las diligencias hubieran sido acordadas por un Juez de otro ámbito jurisdiccional, sin competencia objetiva para la investigación de delitos, lo que no ocurrió en el presente caso, en cuanto que, tanto funcional como objetivamente, el Juzgado de Villagarcía que llevó a cabo las actuaciones estaba habilitado para ello, siendo aplicables el art. 22.2 LECrim. y art. 243.1 LOPJ en orden al principio de conservación de los actos encaminados a la investigación de los delitos.

Como con acierto señala el Ministerio Fiscal la sentencia opta por una vía que desnaturaliza por completo los trámites previstos para la resolución de las cuestiones de competencia (inhibitoria, declinatoria de jurisdicción) entre órganos judiciales ordinarios y especializados, cuya aceptación por unos o por otros nunca puede producir efectos invalidantes de la instrucción ya realizada, conforme a la normativa procesal vigente (arts. 21.3 y 22.2 LECrim.) sobre todo, si tenemos en cuenta la habitualidad y frecuencia con que se inicia una causa ante el Juez de Instrucción ordinario, en cuyo conocimiento se ponen los hechos, y luego, practicadas determinadas diligencias se remiten las actuaciones a la Audiencia Nacional.

Sexto.—Consecuentemente, la decisión de la Sala sentenciadora lesionó el derecho del Ministerio Fiscal a la tutela judicial efectiva y a la utilización de los medios pertinentes para la defensa, toda vez que dicho Ministerio apoyó en dichas pruebas, entre otras, las pretensiones deducidas en el procedimiento en que tiene su origen la alzada que resolvemos.

Procede, pues, estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, casar y anu-

lar la sentencia recurrida, dejar sin efecto la nulidad de las diligencias practicadas por el Juez de Villagarcía de Arosa, acordada por la Sala en el Fundamento de Derecho sexto, por su falta de competencia objetiva, y devolver la causa al Tribunal de instancia para que, previo examen del resto de las cuestiones previas planteadas por la defensa, valorando, en su caso, el resultado de aquellas diligencias, dicte nueva sentencia con arreglo a Derecho.

Sentencia 651/2006, Sala de lo Penal del TS, de 5 de junio de 2006

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE CIUDADANOS EXTRANJEROS. PROSTITUCIÓN. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Arts. 188.1, 312.2 y 318 bis Código Penal

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

SÍNTESIS

Se aplica el criterio fijado en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala, de 30 de mayo de 2006 (recogido en el núm. 19 de la Revista de Derecho Penal), en el sentido de que entre los delitos de inmigración ilegal y determinación coactiva a la prostitución no se da un concurso de normas (consunción en el más grave) sino un concurso real de delitos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El segundo motivo, formalizado por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reclama la aplicación del art. 77 del Código penal, y subsidiariamente también el principio de proporcionalidad.

Dado el cauce elegido por el recurrente, se ha de partir de la relación fáctica que se declara probada en el apartado correspondiente de la sentencia recurrida.

Se denuncia primeramente que la Sala sentenciadora de instancia no ha entendido que entre el delito definido en el art. 318 bis (tráfico ilegal de ciudadanos extranjeros) y el acuñado en el art. 188.1 del Código penal

(determinación coactiva al ejercicio de la prostitución) existe una relación concursal de contenido ideal, en su variedad de comportamientos penales pluriofensivos (una misma acción constituye dos o más delitos).

Como señala acertadamente el Ministerio Fiscal en esta instancia, el aluvión de reformas legales sobre estas materias obliga a precisar que los hechos se han cometido, al menos en parte, bajo la vigencia de la última redacción de los artículos 188 y 318 bis (LO 11/2003, con entrada en vigor el día 1 de octubre de 2003). Los hechos, pues, acaecen vigente ya esta norma, por lo que no se puede plantear ninguna retroactividad, sea del signo que fuere.

Desde este punto de vista, no es posible considerar que los delitos relativos a la prostitución y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, están en relación de consunción, pues el bien jurídico es claramente diferente, ya que en los segundos están constituidos por el interés estatal en los flujos migratorios y la tutela de la política en esta materia; mientras que en el delito de explotación sexual, el bien jurídico protegido es la libertad sexual de las víctimas y la dignidad de las personas en tal ejercicio coactivo. Es evidente que la agravación del art. 318 bis.2 no abarca todo el desvalor de la conducta, pues no exige que se produzca una situación concreta y efectiva de prostitución dominada por el sujeto activo del delito, como así ocurre en el art. 188.1 del Código penal; basta la finalidad de una potencial explotación sexual para que estemos ante el subtipo agravado del art. 318 bis.2 (de modo que la migración ilegal considerada como tráfico ilícito o con tintes de clandestinidad, cuando su finalidad es la de ocasionar potencialmente una situación de explotación sexual por parte de otro, integra el delito referido), pero si, además, se llega a una situación de prostitución explotada por el sujeto activo del delito, bajo los parámetros que determina el art. 188.1 (empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima), será

necesario duplicar el reproche penal por esta última vía, bajo la óptica jurídica de un concurso real, como ha hecho correctamente el Tribunal de instancia. Se han apuntado otras diferencias, como la finalidad que persigue el delito del art. 318 bis.2, que lo es la explotación sexual que no significa necesariamente prostitución, como podría ser la participación en espectáculos de contenido erótico, o la elaboración de material pornográfico, que son finalidades que darían vida a la expresada agravación específica, siendo así que, sin embargo, no podrían subsumirse bajo la tipicidad del art. 188.1 del Código penal. Y finalmente debemos subrayar que el bien jurídico protegido en este último precepto es de titularidad individual, a diferencia del contemplado en el art. 318 bis, que se cobija bajo un sujeto pasivo plural. En suma, la colaboración pactada con terceros no identificados para la recepción en España de las víctimas, es acción previa y diferenciable del sometimiento de las mismas a esa situación de prostitución forzada. Y porque este último, es un delito de resultado y aquél de peligro. No hay, en consecuencia, un concurso medial entre ambos, pues la clave se encuentra en la necesidad de la acción, que es el presupuesto del concurso medial (el delito medio ha de ser necesario para el fin propuesto, como es el delito fin), y esa necesidad no puede medirse en términos concretos sino abstractos (objetivos y no meramente subjetivos). De modo que el art. 318 bis.2, como antes hemos justificado, no implica necesariamente el sometimiento a una situación de real coacción a la determinación de la prostitución de la víctima. Siendo ello así, no es posible la construcción de tal arquitectura concursal, y pueden converger ambos tipos penales de forma real. En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

En el mismo aspecto desestimatorio se ha de estudiar la relación concursal entre el delito de explotación sexual (art. 188.1) y el delito de explotación laboral (art. 312.2, en su inciso segundo), aun siendo éste un tema muy sugestivo, por lo que ha sido sometido

al conocimiento del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, para la unificación de criterios.

En efecto, el art. 188.1 del Código penal, en la redacción actual, vigente en la comisión de los hechos, como delito de determinación coactiva a la prostitución, incrimina al “que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella”, y también al “que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”.

Prescindimos de los demás subtipos agravados, debiendo señalarse que este tipo delictivo fue introducido por LO 11/2003 de 29 septiembre, con entrada en vigor el día 1 de octubre de 2003. Es un delito comprendido dentro del Título VIII (De los delitos contra la libertad sexual), dentro del Capítulo V (Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores).

El bien jurídico protegido es, pues, la libertad sexual de la víctima, así como la dignidad de la persona que se ve sujeta a una situación de prostitución.

La única cláusula concursal (real) que el precepto prevé, es la contenida en el apartado 5, a cuyo tenor: “las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida”.

Por su parte, el art. 312.2 del Código penal, en idéntica redacción, y como delito contra los derechos de los trabajadores, relativo a súbditos extranjeros, incrimina a “quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.

Esta norma penal aparece redactada por disposición final 1.^a de la LO 4/2000 de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Se encuentra incluida en el Título XV (De los delitos contra los derechos de los trabajadores).

Aunque la sentencia recurrida no es muy explícita, es de suponer que aplica el segundo inciso de tal precepto, cuando incrimina en la penalidad que establece a quienes “empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.

Y buena prueba es que el “factum” se cierra con la mención de que “todas las aludidas [ciudadanas rusas, víctimas] prestaban sus servicios atendiendo en general a los clientes en el referido local sin contrato de trabajo, altas en seguridad social o derecho de carácter laboral alguno”.

Lo que es objeto de estos autos es si la determinación coactiva de la prostitución de las víctimas (bien mediante violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima), que en el caso enjuiciado es palpable y evidente, entra en concurso con el delito de emplear a ciudadanas extranjeras sin permiso de trabajo, en condiciones de explotación laboral (o sea, en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual), también patente, que desborde, como es natural, el derecho administrativo sancionador en esta materia.

Las tesis concurrentes son con el concurso delictivo o con el concurso aparente de normas, que se resolvería por los dictados del art. 8.^o del Código penal, y dentro de él, a la regla tercera, que enuncia el principio de consunción, de modo que el precepto más amplio o complejo absorberá a los que

castiguen las infracciones consumidas en aquél.

Es difícil pronunciarse por esta absorción por complejidad del tipo relativo a la determinación coactiva a la prostitución, dados los diversos bienes jurídicos protegidos, y sobre todo, debiendo interpretar los delitos contra los derechos de los trabajadores no exclusivamente en clave de relación laboral clasificable como tal, so pena de que, bajo esa interpretación, el delito no pueda cometerse cuando la relación laboral no es convencionalmente diseñada como tal (así, una muy conocida sentencia de esta Sala, encontró delito laboral al empleo de un tercero —ciudadano extranjero— bajo los parámetros de un “contrato de esclavitud”). Y multitud de sentencias, también de esta Sala, han considerado que un delito contra los derechos de los trabajadores puede consistir en actividades relacionadas con la prostitución, aunque ésta no esté formalmente regulada como actividad laboral lícita, pues en caso contrario, se favorecería al infractor, sin ningún fundamento, careciendo de sentido que quien contrata y explota (laboral y penalmente) a un tercero en una actividad regulada socialmente pueda ser imputado en un delito de los comprendidos dentro del título XV del Libro II del Código penal, y no pueda ser imputado quien, bajo el pretexto de explotar, en las mismas condiciones, a otro, por el hecho de que la conducta determinante de la relación laboral que sea la contratada (en sus variadas formas de arrendamiento de servicios), no haya sido jurídicamente regulada, o incluso no lo pueda ser, en atención a sus contornos fácticos (atentatorios contra la dignidad, el honor, etc.)

El Pleno celebrado el pasado día 30 de mayo de 2006, consideró que dados los bienes jurídicos tutelados en cada caso, no era

posible el concurso aparente de normas, sino que nos encontraríamos ante un concurso delictivo, que por otro lado, ha sido resuelto por la jurisprudencia de esta Sala como de concurso real de delitos. Así, en la STS 372/2005, de 17 de marzo, ya se declaró que “es probable que ambas conductas vaya ordinariamente aparejadas, pero nada impide que se puedan deslindar fácticamente ambas situaciones: la relación concursal ha de construirse, pues, como de delitos y no de normas, y dentro de la primera, como de concurso real, pues las acciones son distintas y no están en función de instrumentalidad”.

Además de este argumento, debemos tener en consideración otro, relativo a la estructura del tipo. En efecto, el delito de explotación sexual (determinación coactiva a la prostitución ajena) es de contenido activo (se consuma mediante actos positivos), mientras que el tipo relativo a la explotación laboral es de estructura omisiva (no reconocer los derechos de los trabajadores en las condiciones que dispone la norma extrapeenal). Siendo ello así, es claro que entre un tipo activo y otro omisivo no puede construirse un concurso ideal pluriofensivo (una misma acción es constitutiva de dos o más delitos), sino real.

Por las razones indicadas, el Pleno indicado acordó que “cuando los hechos enjuiciados constituyan un delito del art. 188.1 CP y un delito del art. 312.2, segundo inciso, se producirá, ordinariamente, un concurso real de delitos”.

Finalmente, el principio de proporcionalidad no se ha conculcado en la estricta aplicación del C. penal, sin perjuicio de las vías que puedan interesar los recurrentes en ejecución de Sentencia.

En consecuencia, el motivo, y con él, el recurso de Eugenio, no puede prosperar.

Sentencia 620/2006, Sala de lo Penal del TS, de 6 de junio de 2006

INSOLVENCIA PUNIBLE. QUIEBRA.

Art. 260 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras acordar la independencia de la jurisdicción penal frente a la civil a la hora de valorar la eventual existencia de los requisitos de una quiebra punible, analiza cuáles son éstos (véase, en el mismo sentido y del mismo ponente, la STS 771/2006, de 18 de julio).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Expuestas las anteriores consideraciones previas, la parte recurrente hace referencia, en primer lugar, a la calificación de la quiebra de Roldan y Pastor SL. como fraudulenta en la pieza quinta de los autos de quiebra necesaria 1055/1995 acordada con fecha 18-3-2002 por el Juzgado de 1.^a instancia n.º 7 de Zaragoza, sentencia que fue ratificada por la Audiencia Provincial el 8-9-2000, coincidente con dos informes de calificación de la sindicatura y el comisario de la quiebra y el informe del Ministerio Fiscal.

Respecto a la eficacia, con carácter general, en este procedimiento de las sentencias dictadas por estos órganos jurisdiccionales civiles, es de recordar reiterada doctrina de esta Sala —por ejemplo 180/2004, de 9-2— que viene declarando que no vincula el contenido de otra sentencia dictada en el mismo u otro orden jurisdiccional, dejando a salvo los supuestos de cosa juzgada.

Así, en la S. 232/2002, de 15-2, se hace una reseña de la doctrina de esta Sala y se

recuerda que ya la sentencia de 16-10-1991, estableció que: “los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que, en proceso distinto y por jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo pues sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se diera entre las dos resoluciones la identidad de cosa juzgada.

Y la Sentencia de 12 de marzo de 1992, ahondando más en la cuestión, de acuerdo con otras resoluciones (Sentencias de 14 de febrero de 1989, 4 de noviembre y 15 de septiembre de 1987, 12 de abril de 1986 y 18 de diciembre de 1985), establece: primero, que los testimonios o certificaciones de tales resoluciones judiciales ajenas, acreditan que se ha dictado determinada sentencia o resolución, pero de ninguna manera hacen fe del acierto de lo resuelto ni de la veracidad de lo en ellas contenido; segundo, que lo resuelto por un Tribunal, excepto en la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro, el cual con soberano criterio y

plena libertad de decisión puede aceptar como definitivo lo ya resuelto, o por el contrario llegar a conclusiones distintas; tercero, que en tales supuestos no pueden extrapolarse las valoraciones o apreciaciones de los jueces pues de lo contrario se incurriría en una recusable interferencia en la apreciación racional y en conciencia de la prueba”.

Con igual criterio se expresa la Sentencia 1341/2002, de 17-7, en la que se declara que esta Sala tiene afirmado en varias sentencias (de las que pueden citarse entre otras, las de 26-6-1995 y 11-1-1997), que no vincula a un Tribunal lo resuelto por otro, razón por la cual, a efectos de apreciación del error, carecen los fundamentos fácticos de una resolución temporalmente anterior, de virtualidad para acreditar error.

Y en concreto la STS 27-3-1995, que se refiere a un caso de la posible eficacia en el orden penal de una sentencia dictada por un juzgado de otro orden jurisdiccional, en concreto de lo social, y que se examina (sic) un recurso en el que se critica la postura del Tribunal sentenciador por apartarse de los criterios acogidos en la resolución precedente del Juzgado de lo social, se declara que constituye doctrina judicial consagrada y pacífica:

a) Que los testimonios a certificaciones de resoluciones, más concretamente sentencias, dictadas por cualesquiera órganos judiciales, acreditan la realidad de su emisión, pero de ninguna manera, y frente a otros órganos judiciales, hacen fe del acierto y corrección jurídica de lo resuelto, ni de la realidad y veracidad de los hechos que le sirvieron de antecedente y determinaron su pronunciamiento. b) Lo resuelto por un Tribunal, y excepto en el contenido y alcance propio que contornea la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro distinto, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como correcto lo ya resuelto, o, por el contrario, llegar a conclusiones dispares de las del primero. c) En consecuencia, no pueden extrapolarse las

apreciaciones o valoraciones de los jueces recogidas en una determinada resolución, incurriéndose en recusable interferencia en la función de apreciación racional y en conciencia de la prueba reservada inexcusablemente al Juez o Tribunal sentenciador. d) De ahí que se predique, cuando de error en la apreciación de la prueba se trata, la carencia de virtualidad suficiente de los fundamentos fácticos de sentencias o resoluciones antecedentes, a fin de que en proceso distinto y por Tribunal diferente se haya de estar forzosamente a las conclusiones adoptadas en aquéllas. e) La jurisdicción penal, por su carácter sancionador y la naturaleza personal de las penas que pueden ser impuestas, requiere un máximo de rigor en la valoración de las pruebas (SSTS de 4 de noviembre de 1987, 14 de febrero de 1989 y 12 de marzo de 1992, entre otras muchas).

Y con carácter específico, en relación al delito del art. 260 CP del contenido de sus apartados 3 y 4, se infiere que a los efectos de la eventual persecución penal de un quebrado, lo esencial no es ya el dato jurídico-formal del resultado del juicio que su gestión empresarial mereciera al Juez civil, sino la efectiva calidad de ésta, evaluada de manera autónoma en el marco de la causa que se hubiera abierto al respecto.

Naturalmente esto no quiere decir —como ya precisó la anterior sentencia de esta Sala 682/2004, de 28-5 y 1316/2005, de 9-11— que el contenido de las actuaciones seguidas en aquella jurisdicción y su resultado sean inútiles o indiferente; por el contrario, podrían ser de indudable utilidad, siempre que, como es lo más normal, arrojen luz sobre las peculiaridades de la conducta a examen, es decir, pese a que eventualmente pueda ser valorada esa calificación como prueba reveladora del ánimo del quebrado, la mera calificación civil de la quiebra no impone automáticamente su aceptación en vía penal, ni siquiera suministra una presunción probatoria gozando la jurisdicción penal de plena soberanía para evaluar el carácter de-

lictivo o no de la quiebra previamente calificada en otro orden jurisdiccional.

Separación entre los ilícitos civiles y penales que establece la actual Ley concursal 22/2003, en el art. 163.2, cuando dice que “el concurso se calificará como fortuito o como culpable”, pero que “la calificación no vincula a los jueces y tribunales del orden jurisdicción penal que, en su caso, entienden de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito”. Afirmación que coincide con lo dicho en los apartados 3 y 4 del art. 260 CP, en los que se consagra la independencia del proceso penal respecto al civil-mercantil y la desaparición a la condición objetiva de perseguibilidad que se consideraba incluida en los arts. 520 y 521 CP 1973. Ahora tanto “este delito” como “los delitos singulares relacionados con él” (v.gr. falsedades, apropiaciones, alzamientos, etc.), “podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste”. A esta independencia de la jurisdicción penal para la persecución de estos delitos hay que añadir también la desvinculación de que gozan los Juzgados y Tribunales respecto a la legislación mercantil, de manera que ahora y ya desde el CP de 1995, pueden integrar el tipo penal sin acudir a los supuestos de culpabilidad que establece la Ley concursal (art. 164), bastando que por la prueba practicada en el proceso penal quede acreditado que “la situación de crisis económica o la insolvencia ha sido causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúa en su nombre”, esto es, por los representantes legales de una persona física o por los administradores o liquidadores de derecho o de hecho de una persona jurídica (art. 164.1 Ley Concursal).

(...)

Quinto.—El motivo así planteado y dada la vía casacional elegida, no puede tener favorable acogida.

En efecto hemos de partir de que el núcleo del delito del art. 260 CP lo constituye la acción maliciosa y fraudulenta, concre-

tada en agravar dolosamente la situación de crisis económica de la empresa (STS 28-4-2003) y requiere los siguientes requisitos citados en el auto 27-2-2003 y SS. 1757/2002, de 25-10, 1322/2004, de 10-11.

1) Que la quiebra, concurso o suspensión de pagos —en la actualidad tras la Ley 15/2003, de 25-11, se ha suprimido los términos “quiebra” y “suspensión de pagos”— haya sido declarada sin exigir, como antes, que hubiera recaído sentencia en la pieza quinta pues sólo es preciso que se admita a trámite la solicitud de quiebra.

2) El fraude, que requiere actuación dolosa, esto es, dolo directo concretado en actos que exterioricen una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores.

3) Que esa actuación cause o agrave causalmente la situación de crisis o de insolvencia.

4) El perjuicio como resultado, aunque un sector doctrinal no lo considera esencial, bastando el peligro para colmar el tipo.

En este sentido la jurisprudencia, Auto de 27-2-2003, citando la STS 87/2003, de 23-1, señala que el tipo penal del art. 260, “no exige determinar o individualizar el perjuicio causado a los acreedores que no forma parte de la estructura típica sino que —como explícitamente indica el n.º 2 del precepto— es un elemento que juega a los meros efectos de graduación de la pena, pero en todo caso sí que será preciso precisar y probar los actos fraudulentos realizados”... Y en la STS 452/2002, de 15-3 que “que en el delito de insolvencia es necesario que el autor haya realizado actos con entidad para producir la insolvencia de una manera verdaderamente injustificable desde el punto de vista de la racionalidad mercantil. En la medida en la que el texto legal vigente —a diferencia de los modelos del derecho europeo— carece de precisión respecto de los actos concretos que podrían configurar el tipo objetivo, y simplemente se refiere a la declaración de quiebra, concurso y cesación de pagos, es necesaria una interpretación del mismo que tenga en cuenta, ya en el tipo

objetivo, la exclusión de la “prisión por deudas” y el efecto de irradiación del art. 38 CE, que garantiza la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.

De acuerdo con esta hermenéutica, el tipo objetivo del delito no puede ser reducido a la simple insolvencia, sino que requiere una reducción teleológica a los supuestos de insolvencia con contenido criminal”, añadiendo esa misma STS, que “la producción de la situación de insolvencia debe provenir de negocios cuya reprobación jurídica sea claramente establecida. Una administración inadecuada al fin económico, que sea calificada, como hace la sentencia recurrida, de “arriesgada gestión” es suficiente para configurar el tipo objetivo del delito. En particular un plan para adquirir una posición determinada en el mercado, basado en un cálculo económico y financiero erróneo no es todavía insuficiente para configurar los elementos del tipo objetivo del delito del art. 260.1 CP”.

Respecto del elemento subjetivo, el artículo 260.1 exige que la insolvencia o su agravación hayan sido causadas dolosamente por el autor. Como recuerda la STS n.º 237/2004, de 26 de febrero, citando la STS 1799/2000, de 20 de noviembre, “este ele-

mento subjetivo del tipo penal es, precisamente, el elemento caracterizador del tipo penal destinado a impedir una tipicidad basada en la prisión por deudas, caracterizando la conducta típica por su realización con el propósito de declararse en insolvencia y con ánimo de incumplir las obligaciones contraídas”.

Es decir, no basta el conocimiento, y la aceptación, o al menos la indiferencia, respecto de la posibilidad de que determinadas actividades puedan conducir a la ruina económica, o a serias dificultades de esa clase, y con ello a la insolvencia, sino que es preciso el dolo directo, de forma que la conducta se dirija precisamente a provocar la situación de insolvencia y con ella al perjuicio a los acreedores mediante la imposibilidad de satisfacción de sus créditos. En este sentido, la STS n.º 452/2002, antes citada, señalaba lo siguiente: “En efecto, la insolvencia, dice la ley penal, debe haber sido causada o agravada dolosamente. Desde una perspectiva respetuosa en el tipo subjetivo las mismas premisas que informan el tipo objetivo del delito, sólo cabe admitir los casos de dolo directo, pues sólo éstos son los que exteriorizan una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores”.

Sentencia 627/2006, Sala de lo Penal del TS, de 8 de junio de 2006

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PREVARICACIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS. RESPONSABILIDAD CRIMINAL. AUTOR

Arts. 65.3 y 404 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

SÍNTESIS

Se analizan en la sentencia los elementos configuradores del delito de prevaricación, estudiando después el alcance de la nueva regla prevista en el núm. 3 del art. 65 del CP relativa a la participación del “extraneus” en un delito especial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Desde el relato fáctico se expresa una actuación de aparente legalidad que encubre una fórmula para la adjudicación directa, con transgresión del ordenamiento jurídico especialmente dispuesto para asegurar la transparencia en la contratación administrativa por los Ayuntamientos y en esto radica la resolución arbitraria.

Con carácter previo a la resolución de la impugnación ha de hacerse una precisión. La persistencia en una ilegalidad no convierte al acto administrativo en legal. El sistema de adjudicación del aprovechamiento del corcho comunal es el de pública subasta y el que desde años anteriores se hubiere establecido un sistema de actuación de una cláusula de retracto, no lo convierte en acto legal y ajustado a derecho, pues la reiteración de actos contrarios a derecho no se convierte, por su reiteración, en actos conformes a derecho. Por otra parte, el objeto del proceso es el sistema de adjudicación del aprovechamiento correspondiente a la anualidad a la que se contraen los autos, ignorándose, pues no han sido objeto del proceso, lo acaecido en años anteriores.

Otra precisión ha de realizarse sobre la juridicidad de la cláusula de retracto que las partes pretenden apoyar en el art. 29 de la Ley 2/1992, de 15 de junio, del Parlamento de la Comunidad autónoma de Andalucía, ley Forestal de Andalucía. La previsión legal de adquisición de la propiedad o cualesquiera otros derechos de temas forestales está residenciada en la “administración forestal”, no en el Ayuntamiento de Tarifa y contraviene la normativa general de la contratación por entidades de derecho público.

Señalado lo anterior, analizamos el tipo penal de la prevaricación. La jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 10 de julio de 1995, nos recuerda que el bien jurídico protegido por el legislador es el recto y normal funcionamiento de la Administración, con

sujeción a sistema de valores proclamado en la Constitución y en consideración de los arts. 103 y 106 de la Constitución que sirven de punto de partida para cualquier actuación administrativa. Por el primero se establece la obligación de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho. Por el segundo se indica el sometimiento al principio de legalidad de la misma actividad administrativa.

Discute el recurrente la existencia de una resolución administrativa al afirmar que se omite “cuál es el acto administrativo que es arbitrario e ilegal con el dolo específico que comporta la prevaricación”. Ese alegato debe ser inatendido, pues como ha declarado esta Sala, por todas la STS de 22 de septiembre de 1993, por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos. Comprende tanto la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo. La resolución es la especie respecto del acto administrativo y su sentido técnico aparece en el art. 89 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común el definido como “acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los administradores y aquéllas otras derivadas del mismo”. Desde la perspectiva expuesta, la resolución del concurso mediante el sistema de subasta y las vicisitudes que se han declarado probados, se integran en el concepto de resolución administrativa, y mas concretamente, el acto de adjudicación directa al condenado

Francisco, integra la resolución administrativa tenida por arbitraria.

Discute, también, que el acto administrativo pudiera ser ilegal, contrario a la norma y que esa ilegalidad fuera arbitraria, porque el acusado actuó siguiendo los informes del Secretario del Ayuntamiento y la práctica de años anteriores en una convocatoria que había sido anunciada y conocida por quienes concurrieron a la subasta.

Esta alegación debe ser desestimada. La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos (“palmaria”, “patente”, “evidente” “esperpéntica”, etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales). En todos esos casos, es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario. Esta casuística, cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, proporciona el aspecto sustantivo de la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la ley penal que, contingentemente, la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho.

El contenido básico de la prevaricación, como antes señalamos, consiste en una actuación contraria a derecho. El delito de prevaricación doloso, dictar a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria en asunto administrativo, supone “la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho” (STS 2/1999, de 15 de octubre), lo que supone un grave apartamiento del derecho. En su comprensión, la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado concepciones subjetivas, basadas en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario, y ha requerido que el acto sea objetivamente injusto. Integra la prevaricación cuando “queda de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trata”, o cuando la resolución vulnera abiertamente la Constitución.

Lo relevante para la conceptualización de arbitraria de una resolución dictada es que la misma sea “rotundamente incasable con el ordenamiento jurídico. La incompatibilidad radica con el ordenamiento, hoy anclada en el derecho positivo (art. 9.3 de la Constitución) significa tanto que estamos ante una resolución caprichosa, mas estrictamente, irracional y absurda aunque pueda estar formalmente motivada”.

Desde la perspectiva expuesta es claro que la actuación de los condenados no sólo se aparta del ordenamiento jurídico, disponiendo un sistema transparente en la adjudicación, sino que por la vía de la artimaña aparentemente legal, lo sustituyen por la adjudicación directa.

La argumentación del recurrente, referida al desconocimiento de la ilicitud, se desvanece ante la claridad de la norma y el espíritu que la guía, la adjudicación de la explotación de un bien público al mejor postor, sustituyendo al adjudicatario legítimo por otra persona que había anticipado parte de la prestación, predeterminando de esta manera la adjudicación, por lo que la celebración de la subasta era una “pantomima” como la denomina la sentencia impugnada.

El hecho de la publicidad de la cláusula de retracto impuesta, no contradice la ilegalidad del acto de adjudicación por un sistema contrario al de subasta pública dispuesto y que se obvia mediante la cláusula de retracto, su actuación, la declaración de desierto de la adjudicación en subasta y la adjudicación pública. Por último, la reiteración en la ilegalidad no convierte el sistema de adjudicación establecido por la voluntad de los condenados en un acto legal.

(...)

Sexto.—Analizamos conjuntamente los motivos segundo y tercero al coincidir en su contenido impugnatorio. En el segundo denuncia la indebida aplicación del art. 404 del Código penal al recurrente que no es funcionario público, y en el tercero por la inaplicación de la atenuante de análoga significación por no tener la cualidad de funcionario público.

Los dos motivos serán analizados conjuntamente al coincidir en la problemática de la participación de extraños en el delito especial propio de prevaricación al que esta Sala ha dado respuesta mediante la afirmación de la participación, como inductor o cooperador necesario, y penológicamente, y antes de la reforma operada en el art. 65 por la LO 15/2003, mediante la aplicación de la atenuación prevista en el art. 21.6 del Código penal.

La jurisprudencia de esta Sala, tras declarar que la naturaleza del delito especial propio, como el delito de prevaricación impedía la condena por ese delito a extraños a la relación funcionarial, a partir de dos importantes Sentencias (Caso de la construcción de Burgos y Caso Guerra, respectivamente STS 18-1-1994 y 24-6-1994) admite la sanción del extraño si bien no podrá ser autor directo o coautor por no reunir los requisitos que el tipo exige para la autoría, pero sí inductor o cooperador necesario, supuestos que en el art. 28, se equiparan a la autoría. Los hitos fundamentales de esta construcción son los siguientes:

1. Es evidente que no puede imputarse la autoría de un delito de prevaricación a quien no es funcionario público.

2. Distinta solución para los inductores y cooperadores necesarios, por cuanto supone participación en un hecho ajeno para el que no se requiere la modalidad que para el autor propiamente dicho exige el tipo penal.

3. Quien induce a un funcionario a dictar una resolución injusta, induce a prevaricar, y es autor en consecuencia del art. 28 a) [igualmente en la cooperación necesaria 28 b)].

4. Puede utilizarse, por vía indirecta, el art. 65 Cp para rebajar la pena e individualizar la pena teniendo en cuenta el menor disvalor de acción del extraño. (En los textos penales anteriores al Código actualmente vigente tras la reforma operada por la LO 15/2003).

El vigente art. 65 del Código penal, tras su reforma operada por LO 15/2003, ha positivizado la inteligencia jurisprudencial de la participación de extraños en estos delitos especiales propios, facultando a los tribunales a empezar una pena conforme en grado a la prevista para quienes detentan el elemento especial de autoría.

En el caso de autos procede atender esta menor antijuridicidad en la conducta del empresario, en relación a la del Alcalde, que es el funcionario público y quien dicta la resolución injusta, por lo que tiene el dominio del hecho e infringe el deber específico del funcionario público. Consecuentemente procede reducir en un grado la pena prevista para el tipo penal de la prevaricación. El art. 65.3 permite facultativamente reducir en un grado la pena al extraño en la relación funcionarial y el ejercicio de esa facultad, debe ser razonable y fundada. Ha de tenerse en cuenta no sólo la específica relación funcionarial, pues se trata de delitos de infracción de deber en los que sólo el funcionario tiene el dominio de la acción, también la gravedad de la conducta realizada.

En atención a los anteriores presupuestos optamos por la reducción en un grado de la

pena prevista en el tipo de la prevaricación y tenemos en cuenta, además, que en el presente caso se trata de un empresario con una actividad en el aprovechamiento del corcho en montes de propiedad pública, pues desde el año 1988, al menos, participa en ese aprovechamiento que, conocedor de la forma de adjudicación del contrato propone, y con-

signe, que el Ayuntamiento, concretamente el Alcalde, no actúa conforme al sistema establecido, que garantiza la transparencia, y se proceda al adjudicación directa en su favor. La gravedad de ese hecho, en cuanto induce a la arbitrariedad justifica una pena de seis años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Sentencia 636/2006, Sala de lo Penal del TS, de 8 de junio de 2006

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. COHECHO.

FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES

Arts. 425 y 437 Código Penal

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

SÍNTESIS

Analiza la figura de cohecho pasivo impropio del art. 425 del CP y su separación frente a las exacciones ilegales previstas en el artículo 437 del mismo texto legal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En el caso presente hemos de partir de que aun cuando el delito de cohecho es una infracción bilateral porque exige por lo común el convenio o la cooperación entre dos personas: la que hace el ofrecimiento y la que recibe la dádiva, no se trata de un delito esencialmente bipolar, ya que en algunas de sus modalidades se consuma por la mera “solicitud” u “ofrecimiento” de la dádiva. Así se deduce expresamente del texto legal, sin que sea necesario para su sanción ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la

dádiva ni la realización del acto ofrecido como contraprestación, ni tampoco, evidentemente la condena del que recibe el ofrecimiento o entrega la dádiva.

Por ello debe entenderse que tanto el art. 425 como el art. 426 tipifican conductas consideradas como cohecho pasivo impropio que no ostentan la condición del delito necesariamente bilateral (SS. 2215/1993, de 7-10, 692/1997, de 7-11), y no extiende al cohecho activo paralelo, pues la conducta del donante puede no ser punible, salvo que pueda encuadrarse en el tipo del art. 423 CP que se refiere solo a los casos de corromper o intentar corromper.

Bien entendido que la responsabilidad de cada orden de autores por los delitos por ellos específicamente cometidos no excluye ni absorbe la responsabilidad del otro por el delito de cohecho que le es propio, esto es, cada grupo responde de su propio delito, el cohecho activo o pasivo, sin que le sea aplicable las reglas de la coparticipación criminal ya que para la consumación de los respectivos tipos basta la unilateral iniciativa o proposición-solicitud sin que sea exigible un pacto o convenio corruptor.

(...)

Cuarto.—El motivo tercero por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LE-Crim. por indebida aplicación del art. 425 CP, dado que los hechos que se debieron dar como probados con arreglo al anterior motivo de casación no son constitutivos de un delito de cohecho en el que son necesarias dos partes (el que paga y el que recibe), toda vez que en el relato fáctico nuevo no concurren todos los requisitos del referido tipo penal.

Incólume el relato fáctico por la desestimación del motivo segundo, la improsperabilidad del presente deviene necesaria, tal como se ha razonado “ut supra” en el motivo primero, debiéndose solo insistir en que el delito del art. 425 es unilateral en cuanto criminaliza la mera solicitud de dádiva o presente o la aceptación del ofrecimiento por parte del funcionario público.

Las cuestiones suscitadas en orden a la legalidad por el Ministerio Fiscal en su informe en el acto de la vista del recurso sobre la concurrencia en la conducta del acusado del requisito de “realizar un acto propio de su cargo” exigido en el art. 425, lo que en caso negativo podría encuadrarse su conducta en el art. 426, y si en todo caso, debería haberse encuadrado la actividad del acusado en el delito del art. 437, no pueden merecer favorable acogida.

El realizar un acto propio de su cargo supone que el acto ha de ser relativo al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia

a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña. En el caso presente la tramitación y cumplimiento de los exhortos civiles la tenía encomendada el recurrente por su cargo de Oficial de la Administración de Justicia (ver Real Decreto 249/1996, de 16-2, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, auxiliares y agentes al servicio de la Administración de Justicia, art. 3.^o), por lo que su solicitud a determinados Procuradores para la entrega de cantidades de dinero si les llevaba personalmente el exhorto a su domicilio o despacho profesional debe encuadrarse dentro de las funciones propias de la tramitación.

Respecto a la posible aplicación del art. 437 CP, sin perjuicio de los condicionamientos impuestos por el principio acusatorio, debemos recordar que el tipo delictivo contemplado en dicho precepto cuyo antecedente se encuentra en el art. 402 CP de 1973, con las modificaciones de que la acción continúa siendo “exigir” directa o indirectamente, pero cambia el objeto de esta exigencia que antes consistía solo en mayores derechos de los señalados, quedando excluidos aquellos no autorizados que podían dar lugar al supuesto de los arts. 202 a 204 CP derogado. En la actualidad abarca tanto a los no debidos como a los reclamados en cuantía mayor a la legalmente señalada. Ahora bien dada la ubicación sistemática del art. 437 incluido en el Título XIX del Libro II CP entre los delitos contra la Administración Pública “y dentro de ellos en el Capítulo VIII de los fraudes y exacciones ilegales”, que denota claramente que mediante la sanción penal de la conducta a que nos referimos, el bien jurídico y prioritariamente tutelado no es otro que la correcta prestación del servicio público y la defensa del particular, en el uso y disfrute del mismo, frente al venal comportamiento del funcionario que pretende convertir su cargo en corrompida fuente de enriquecimiento per-

sonal, ora exigiendo mayores retribuciones de las que puede legítimamente percibir, ora reclamando emolumentos sin estar autorizado para ello si bien en este último caso, como puntualizó la S. 14-4-1986, el comportamiento del agente podrá incidir, con más propiedad, en las figuras de cohecho o estafa.

En efecto como dicen las SSTs 3-7-1991 y 27-6-1989 completando la doctrina que ya establecía la sentencia antes citada de 14-4-1986, el sujeto activo del delito de exacción ilegal no es cualquier funcionario, sino tan sólo aquél que percibe todo o parte

de sus emolumentos en forma de derechos fijados en aranceles o de otro modo legalmente establecido, como puede ser su participación en la recaudación de tributos, tasas parafiscales, etc.

Consecuentemente el ilícito contemplado en el caso actual no puede subsumirse en el art. 437 CP, ya que el oficial de la Administración de Justicia tras la publicación del Decreto 20-3-1985 y Ley 25/1986, de 24-12, no tenía derechos que exigir por razón de su cargo y, por tanto, cualquier exigencia al respecto no estaba tipificada en este precepto penal.

Sentencia 748/2006, Sala de lo Penal del TS, de 12 de junio de 2006

IRRETROACTIVIDAD. RÉGIMEN PENITENCIARIO. RÉGIMEN ABIERTO.
RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA
EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO.

Arts. 9.3 CE; 36.2 Código Penal; 72.5 LOGP; D.A. 5.ª 7 LOPJ

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

SÍNTESIS

Primera sentencia de la Sala recaída en un recurso de casación para unificación de doctrina en el ámbito penitenciario, concretando su naturaleza, finalidad, ámbito de aplicación y requisitos. Entiende que no cabe aplicar retroactivamente lo dispuesto en el art. 36.2 del CP, al que remite el art. 78.5 de la LOGP, en la redacción dada a los mismos por la LO 7/2003, en el sentido de exigir el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta como requisito necesario para acceder al tercer grado penitenciario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurso de casación para la unificación de doctrina en el ámbito penitenciario ha sido creado por la Ley Orgánica

5/2003, de 27 de mayo, que modificó la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Ley Orgánica del Poder Judicial, que —en su apartado sépti-

mo— dispone lo siguiente: “contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada”.

Segundo.—No es la primera vez que nuestro ordenamiento jurídico penal configura un recurso de esta naturaleza, atribuido a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En efecto, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ya había desarrollado, en su artículo 42, un recurso de casación para la unificación de doctrina en la aplicación de determinadas medidas a los menores infractores del Código Penal, propias de su ámbito de actuación. De igual manera, esta Sala Casacional también aprovechó una de las primeras ocasiones para pronunciarse sobre sus contornos jurídico-jurídico-procesales, como es exponente el Auto de 25 de noviembre de 2002, al resolver un recurso de queja frente a la inadmisión del mismo, así como la Sentencia de esta Sala número 115/2003, de 3 de febrero.

Tercero.—Las resoluciones judiciales susceptibles de ser recurridas en casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria son los autos dictados tanto por las Audiencias Provinciales como, en su caso, la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación que no sean recurribles directamente mediante el recurso de casación ordinario. Se tratará, en consecuencia,

de autos dictados en apelación por las Audiencias Provinciales (en su caso, la Audiencia Nacional), procedentes a su vez de resoluciones judiciales dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que cumplan con los requisitos que más adelante exponemos. No podrán acceder a la unificación de doctrina los autos susceptibles de recurso de casación “directo”, que lo serán aquellos que determinen el máximo de cumplimiento de la pena impuesta, o en su caso, se deniegue tal fijación (apartado 6 de la DA 5.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina es asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, en materia penitenciaria, para tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad. Las partes en conflicto han tenido ya la oportunidad de agotar en pro de sus pretensiones una previa doble instancia judicial en donde depurar todos aquellos aspectos fácticos y jurídicos que configuran su controversia, de modo que en este trance casacional únicamente se controlará por este Alto Tribunal que la doctrina legal aplicable sea la ajustada al ordenamiento jurídico, resolviendo esta Sala Casacional las discrepancias interpretativas entre los diversos órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver tales discrepancias (en la instancia). Al decidir este recurso de unificación de doctrina, el Tribunal Supremo no tiene necesariamente que optar por una u otra doctrina legal aplicada por los órganos jurisdiccionales en conflicto, sino que puede resolver también la controversia mediante una tercera interpretación que tenga por procedente, indicando que ésta es la interpretación del precepto legal cuestionado y la doctrina legal que resulta aplicable. En consecuencia, no podrán cuestionarse ante esta Sala Casacional los propios hechos que se hayan declarado probados o sobre los cuales se haya aplicado el derecho penitenciario, quedando eliminado cualquier intento de controversia que sobre los mismos

pretendan las partes suscitar. El objeto de este recurso lo será exclusivamente la doctrina aplicada por los órganos jurisdiccionales en el caso sometido al control casacional de esta Sala, de modo que su objeto es la unificación de doctrina, para lo que habrán de concurrir dos requisitos: uno, de identidad de hecho y de derecho aplicado y otro de contradicción en la aplicación de la doctrina legal por los órganos judiciales de procedencia. No se trata, pues, de controlar la subsunción jurídica llevada a cabo por el Tribunal de instancia en el caso concreto que haya sido sometido a su consideración, sino verificar que ante situaciones sustancialmente iguales se han producido respuestas divergentes que han de ser “unificadas” por este Alto Tribunal. En definitiva, la finalidad de este recurso es lograr la unidad de interpretación y aplicación del orden normativo jurídico-penal en materia penitenciaria, lo que corresponde inequívocamente a esta Sala Casacional como último intérprete de la legalidad ordinaria penal. Por ello, nunca podrá convertirse este recurso para la unificación de doctrina en materia penitenciaria, en una tercera instancia, en donde las partes pretendan hacer valer de nuevo sus pretensiones divergentes con lo resuelto en la instancia.

Este recurso exige, como ya hemos adelantado, la concurrencia de dos requisitos: identidad de hecho y de derecho aplicado y contradicción de doctrina legal aplicada.

El primero de ellos, el requisito de la identidad de hecho y de derecho, supone la comprobación inicial de que se trata de supuestos de hechos sustancialmente iguales a los que se le aplicó la misma norma, que, por consiguiente, debieron haber merecido la misma respuesta judicial y que, sin embargo, ésta fue diversa, sin razón alguna que lo justifique, salvo una diferente interpretación de un mismo precepto legal. Esta situación debe ser corregida por esta Sala Casacional, con la finalidad de que la aplicación del derecho penitenciario sea de todo punto uniforme en supuestos idénticos. En definitiva, lo que se pretende salvaguardar con es-

te requisito es el principio de igualdad y el de seguridad jurídica. Ahora bien, si las particularidades fácticas del caso sometido a la valoración jurídica de uno u otro Tribunal, son distintas, o si la norma jurídica permite una cierta discrecionalidad reglada en su aplicación, el recurso no podrá prosperar, porque no se habrá producido desigualdad alguna de criterio, sino la aplicación de unos parámetros interpretativos que se justifican en una falta de sustancial igualdad, o fruto de la corrección en la respuesta que faculta aquella discrecionalidad. Es por ello que en esta materia serán sustanciales los (estrictos) pormenores fácticos del caso enjuiciado, fundamentalmente cuando deban tenerse en consideración informes personalizados de conducta o un pronóstico de comportamiento futuro. No puede olvidarse que en materia penitenciaria la aplicación de la Ley está basada en la individualización de conductas.

El segundo requisito es el de contradicción, o lo que es lo mismo, que con anterioridad un órgano judicial, incluido este propio Tribunal Supremo, se haya pronunciado de forma diversa a la resolución impugnada, supuesto que es también necesario para la activación del recurso de casación para la unificación de doctrina. Este requisito justifica que no puedan acceder directamente ante esta Sala todo tipo de discrepancias con la interpretación que se ha concedido en el supuesto concreto enjuiciado, a modo de un recurso de casación directo, sino que es necesaria la previa discrepancia de criterios aplicativos de la norma jurídica con respecto a la de contraste. Será necesario en consecuencia alegar dos resoluciones judiciales: una, la impugnada, que podrá ser objeto de corrección por este Tribunal Supremo, y otra, la de contraste (una o varias), que evidencie, a juicio del recurrente, que el derecho penitenciario se aplicó de forma diferente ante otro caso sustancialmente idéntico al que resuelve la sentencia impugnada. Esta resolución judicial de contraste o referencial, tanto puede haber sido dictada por la propia Audiencia Provincial, por otra Sección de la misma Audiencia, por otra

Audiencia Provincial de diferente demarcación territorial, por la Audiencia Nacional, en los casos en que conozca de las apelaciones procedentes del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, o por este Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina de esta materia. Obvio es decirlo, que si se trata de una Audiencia Provincial o de la Audiencia Nacional, la resolución tomará la forma de Auto, y si lo es del Tribunal Supremo, será una Sentencia. Pero, como ya hemos señalado, únicamente la resolución impugnada puede ser objeto de corrección mediante este recurso, al disponerse en la Ley, en relación con sus efectos, que “los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada”.

Cuarto.—Aplicando la anterior doctrina el presente caso enjuiciado, verificamos que, en efecto, el auto recurrido en casación de 14 de junio de 2005 de la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, recurso que ha sido formalizado por la representación del penado Rogelio, responde a las características exigidas en la Disposición Adicional Quinta de la LO 6/1985 —LOPJ— en la actual redacción dada por la LO 5/2003 que creó, precisamente, este recurso de unificación de doctrina.

Se trata —el auto recurrido— de una resolución dictada en grado de apelación por la expresada Sección IV que resolvió, desestimándolo, el recurso de apelación previamente instado por la representación del penado citado contra el auto de 16 de febrero de 2005 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria. En el escrito de formalización del recurso se especifican los tres motivos de casación a través de los cuales se ataca y cuestiona el auto de la Sección IV sometido al presente trance casacional.

El primer motivo por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia

como infringidos los arts. 9.3.^º y 25 de la Constitución Española. En concreto se denuncia la vulneración del Principio de Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables en la interpretación que se sostiene en el auto, y ello en base a que el penado/recurrente cometió los hechos en el año 2000, y por tanto mucho antes de que entrara en vigor la LO 7/2003, que lo hizo al día siguiente de su publicación en el BOE —ocurrida el 1 de julio de 2003—. Pues bien, se argumenta en el motivo que en el auto se aplica —en perjuicio del reo— la legalidad penal derivada de la LO 7/2003 porque en la propia disposición transitoria única está prevista que la modificación de los arts. 90 y 93.2.^º del Código Penal que dicha Ley modificó “...será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su auto en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena...”.

No se oculta el profundo calado de la denuncia que se efectúa, pues viene a equivaler a denunciar la inconstitucionalidad de tal Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003 por atentar contra el principio de no retroactividad de las leyes penales perjudiciales para el penado, cuyo rango constitucional es indiscutible, siendo desde esta perspectiva constitucional que debe ser interpretado y aplicado el principio de legalidad penal, de suerte que éste existe en tanto en cuanto respete las jerarquías de normas, que no termina en el Código Penal, sino que tiene su vértice superior en la Constitución, correspondiendo al Tribunal Constitucional, en exclusiva, la competencia de depurar el Ordenamiento Jurídico —también el Penal— de aquellas normas que no estén acordadas en la Constitución y correspondiendo a la jurisdicción ordinaria —en este caso del orden penal—, la más concreta función de, si es posible, acomodar la interpretación de la norma penal a las exigencias constitucionales.

En todo caso, se trata de una cuestión que sobrepasa y desborda los concretos límites y ámbito del Recurso de Unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria, en los términos en que ha sido formalizado. (...)

Quinto.—Pasamos al estudio del motivo segundo que por el mismo cauce que el anterior denuncia la violación del art. 14 CE —principio de igualdad—.

Es este motivo el que incide directamente en el ámbito del recurso formalizado. El recurrente se queja y cuestiona la interpretación que se efectuó en el Auto de la Sección IV de la Audiencia Nacional que confirmando la decisión del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, rechazó la progresión a tercer grado del recurrente por dos razones:

a) Por una razón jurídica, al no darse el requisito legal del cumplimiento de la mitad de la pena impuesta conforme al art. 36-2.º del Código Penal reformado por LO 7/2003 al que se remite el art. 72.5.º LGP introducida por LO 7/2003.

b) Por una razón fáctica: el recurrente fue condenado con anterioridad en Francia por un delito de la misma naturaleza por el que ha sido condenado en España, y la falta de acreditación fehaciente de un proyecto laboral definido.

Nos centraremos en la primera razón aludida que integra el núcleo del recurso formalizado.

Como resoluciones de contraste que han abordado la cuestión jurídica de la existencia del cumplimiento o no de la mitad del tiempo de condena de prisión impuesta en la sentencia para acceder al tercer grado penitenciario, o lo que es igual, la aplicación de la Disposición Transitoria Única cita el recurrente, y acompaña los siguientes:

— Auto de 6 de junio de 2004. A.P. de Madrid. Sección V.

— Auto de 15 de junio de 2004. A.P. de Barcelona. Sección IX.

— Auto de 14 de marzo de 2005. A.P. de Cádiz. Sección IV.

— Auto de 21 de enero de 2005. A.P. de Vizcaya. Sección II.

— Auto de 11 de junio de 2004. A.P. de Zaragoza. Sección I.

También acompaña fotocopia de la Instrucción de 15 de marzo de 2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sobre aplicación de las normas de Clasificación y Tratamiento.

Es obvio que sólo debemos centrar nuestro estudio en los autos más arriba reseñados pues sólo ellos tienen la naturaleza de resoluciones judiciales de otros órganos judiciales del mismo nivel dictados en apelación que la resolución cuestionada, y que aplican el derecho en una interpretación distinta a la que se efectúa en el auto cuestionado, partiendo unos y otros de la misma situación de hecho.

Así acotado el debate, verificamos que, en efecto, entre el auto recurrido y los citados de contraste existe una idéntica situación fáctica, pero una diferente interpretación y aplicación jurídica del mismo derecho.

Destacamos las siguientes reflexiones contenidas en las resoluciones de contraste citadas, todas ellas referidas y relativas a la no exigencia de la aplicación de tener cumplida la mitad de la pena de prisión para acceder al tercer grado penitenciario, que se exige a partir de la LO 7/2003.

1.—Auto de 6 de junio de 2004. Sección V A.P. de Madrid.

“...Como es evidente, la disposición transitoria no incluye las disposiciones del artículo 36 del Código Penal. Sin embargo, en este punto cabe interpretar lo siguiente: entre las exigencias del artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria para acudir al tercer grado aparece ahora la de cumplir los requisitos previstos por el Código Penal; como quiera que jamás hasta ahora contempló el Código Penal requisito alguno para acceder al tercer grado, se hace evidente que, quizá por una vía indirecta, se está exi-

giendo el cumplimiento del período de seguridad, previsto en el art. 36 (salvo que se haya acordado la aplicación del régimen general), en cualquier resolución posterior a 1 de julio de 2003 que pretenda acordar la progresión a tercer grado.

Ahora bien, esta interpretación supone, de un lado, imputar al legislador el uso de vías oblicuas en materia como el derecho sancionador que se rige por el principio de 'lex certa', y de otro, concluir que esa vía oblicua es la forma de disimulo de lo que, como se ha dicho, supondría una retroactividad nada inocua de una norma desfavorable y de contenido material genuinamente penal...".

2.—Auto de 15 de junio de 2004. Sección IV A.P. de Barcelona.

"...La Constitución Española de 1978 garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y es a la luz de esta garantía como debemos interpretar la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003. Independientemente del grado de retroactividad que dicha resolución establece, lo cierto es que se refiere a la aplicación de lo dispuesto en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal y 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria a... las decisiones que se adopten sobre dichas materias (circunstancias para acceder a la libertad condicional) desde su entrada en vigor con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena. No se incluye, pues, en la retroactividad que se declara el contenido del artículo 36.2 del Código Penal reformado que, por ello, no puede ser aplicado sino a hechos que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica, es decir, a partir del día 2 de julio de 2003..."

3.—Auto de 14 de marzo de 2005 Sección IV A.P. de Cádiz.

"...La Sala, aun reconociendo que en su momento se plantearon serias dudas doctrinales y hasta jurisprudenciales al respecto, y valga como muestra nuestra sentencia de 2

de abril de 2004, en la que efectivamente sostuvimos la regla 'tempus regit actum', y en consonancia, entendimos que no se trata de una aplicación retroactiva proscrita por el art. 25 CE. Por el contrario, posteriormente consideramos que la abrumadora mayoría de las resoluciones de las Audiencias, viene entendiendo que al no abarcar dicha Disposición Transitoria específicamente el art. 36, sino los numerales 90 y 93.3 todos del Código Penal y 72.5 y 6 de la Ley General Penitenciaria, puede solventarse el escollo en cuestión, y en definitiva entender que se trata de una materia que efectivamente, es aplicable al momento de valorar los elementos y requisitos que dichos preceptos contemplan, pero no el art. 36 del CP al que este expediente se refiere..."

4.—Auto de 21 de enero de 2005 Sección II A.P. de Bilbao.

"...Ciertamente la privación de libertad se acuerda en sentencia y la clasificación en tercer grado o la progresión a tercer grado de tratamiento penitenciario no da la libertad al penado, pero no cabe duda que su concesión reduce la intensidad de la pena. Y es que con independencia de los fines de reeducación y reinserción social a que se orientan las penas (art. 25 CE) no puede olvidarse el componente aflictivo que conlleva toda pena, que es mayor en el caso de las penas privativas de libertad por afectar a un derecho fundamental (art. 17 CE) y mayor aún cuando se trata de penas de larga duración como son las superiores a cinco años de prisión. Por eso entendemos que una norma como el párrafo segundo del art. 36 del Código Penal tiene una naturaleza indudablemente penal.

Se trata de una norma penal y además hemos dicho desfavorable para el reo, luego, no puede aplicarse retroactivamente por respeto a los principios de seguridad jurídica y legalidad (arts. 9.3 y 25 CE)..."

5.—Auto de 11 de junio de 2004 Sección I A.P. de Zaragoza. "...En consecuencia, y compaginando los principios fundamentales antes expuestos y la reforma del citado artículo 36.2 del Código Penal: no puede

aplicarse su contenido, por ser perjudicial al reo, con carácter retroactivo a todos aquellos casos como el presente, en el que la fecha de la sentencia por la que se cumple condena sea de calenda anterior al día 2 de julio de 2003, momento de entrada en vigor del artículo 36.2 en su nueva redacción: a no ser que se quieran infringir preceptos constitucionales de superior rango; puesto que la nueva redacción del tan citado artículo restringe derechos, que antes no lo estaban, para acceder al tercer grado penitenciario, ya que no se exigía antes de la LO 7/2003 que se tuviera cumplida la mitad de la condena en casos de ser superior a cinco años...”.

La conclusión del estudio efectuado nos conduce indefectiblemente a verificar que la interpretación efectuada por la Sección IV de la Audiencia Nacional en el auto recurrido se aparta y es opuesta a la mantenida en las otras resoluciones de contraste citadas, existiendo una esencial identidad en los hechos a los que ha sido aplicado, tanto en las resoluciones de contraste como en la resolución objeto de recurso, y, finalmente la discrepancia de la interpretación de la misma norma que es relevante, pues ha sido dicha interpretación la causa de su derecho de la decisión adoptada.

Corresponde en este momento concretar cuál de las dos interpretaciones es la correcta, o en su caso si existe una tercera interpretación distinta de las expresadas que deba estimarse como la correcta. No ha lugar a esta tercera vía. La contradicción existente entre las dos interpretaciones estudiadas y opuestas, debe ser resuelta por esta Sala en el sentido de estimar interpretación correcta la que fue efectuada por los autos de las Audiencias Provinciales de Madrid, Barcelona, Cádiz, Bilbao y Zaragoza, y por tanto, no ajustada a derecho la interpretación que se efectúa en el auto recurrido de 6 de julio de 2005 de la Sección IV de la Audiencia Nacional.

La razón, expresada con unas u otras palabras se encuentra en todas las argumenta-

ciones que se han reflejado más arriba que concluye con la declaración de no poder ser aplicado el requisito del cumplimiento de la mitad de la prisión impuesta para acceder al tercer grado penitenciario respecto de penados por hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la LO 7/2003 es decir con anterioridad al 2 de julio de 2003, porque siendo más perjudicial la Ley nueva que la existente en el momento de la comisión del delito concernido, sin que por otra parte no exista específica y concreta referencia legal en la Disposición Transitoria Única al art. 36 del CP, no es posible una interpretación extensiva en contra del reo.

Dicho de otro modo, la Disposición Transitoria citada contiene un ámbito de vigencia exclusivamente referido a los arts. 90 y 93.3.º del Código Penal. En el presente caso, la resolución atacada, ha aplicado, además, extensivamente, dicha Disposición Transitoria al art. 36 del Código Penal que quedaba fuera del ámbito de dicha Disposición sin que pueda admitirse esa explicación por su naturaleza de interpretación extensiva en contra del reo por la vía oblicua del art. 72.5.º de la LOGP, como efectuó la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En consecuencia, hay que declarar que la interpretación que efectúa la Sección IV de la Sala de lo Penal en el auto recurrido de exigir el cumplimiento de la mitad de la pena de prisión impuesta al penado para acceder al tercer grado penitenciario anunciando los hechos por los que ha sido condenado ocurrieran antes de la vigencia de la Ley 7/2003, no es ajustado a derecho y por ello debe ser rectificada esa interpretación dando lugar, en consecuencia al éxito del motivo, y con él al recurso formalizado.

Procede la devolución de la causa al Tribunal de procedencia para el dictado de nueva resolución.

Procede la estimación del motivo, siendo innecesario el estudio del tercero.

Sentencia 669/2006, Sala de lo Penal del TS, de 14 de junio de 2006

MEDIDAS DE SEGURIDAD. REQUISITOS. DERECHO DE DEFENSA

Arts. 3.1 y 95 Código Penal; 383 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se ocupa la sentencia del espinoso problema de la inimputabilidad sobrevenida. A diferencia de la STS 971/2004, de 23 de julio (recogida en el núm. 14 de la Revista de Derecho Penal), opta ahora el Tribunal por el sobreseimiento con remisión al orden jurisdiccional civil para el caso de que el sujeto carezca, en el momento de la vista oral, de la capacidad de compensación exigida por el derecho de defensa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Teniendo presentes estas circunstancias mentales específicas en el momento de celebrarse el juicio oral, la cuestión planteada por los recurrentes y Ministerio Fiscal en su motivo segundo y la defensa en su motivo único, es que en casos de denuncia sobrevenida de tal entidad que se traduzcan en una situación de incapacidad para entender la trascendencia del juicio oral, la celebración de éste, con la consecuencia de la aplicación al mismo de una pena privativa de libertad y además una medida de seguridad que supone junto con las esenciales finalidades terapéuticas, su internamiento en Centro psiquiátrico cerrado con pérdida temporal añadida de la libertad deambulatoria, supone vulneración del derecho de defensa a un juicio justo y con todas las garantías, produciéndose una efectiva indefensión, siendo lo procedente acordar la suspensión de la celebración del juicio y el archivo provisional de la causa.

Argumenta el Ministerio Fiscal que lo planteado no es la derogación implícita del art. 383 LECrim. en punto a la imposibilidad de imponer medidas de seguridad sin sentencia, con la consiguiente polémica sobre la solución a adoptar en esta jurisdicción penal, una vez abierto el juicio oral, que es el caso que se suscitó en la sentencia de esta Sala 971/2004, de 23.7, sino la violación de los derechos del acusado gravemente enfermo y de las garantías esenciales del procedimiento con la celebración del juicio oral con su presencia e intervención sin las facultades mínimas de comprensión de la realidad y del sentido de sus propios actos.

La referida sentencia 971/2004, consideró que el art. 383 (“si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, conluso que sea el sumario, se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose, además, respecto a este, lo que el Código Penal prescribe para los que ejecuten el hecho en estado de denuncia”), con

independencia de que no resuelve de forma expresa la situación de quien ya desde el momento de la comisión del hecho planteaba problemas de capacidad psíquica para ser sometido a juicio, no resulta aplicable en la actualidad en ningún supuesto, ya que entraña una respuesta no acorde con las previsiones del Código Penal vigente, al suponer, en la práctica, una imposición de medida de seguridad ajena al pronunciamiento contenido en la correspondiente sentencia y por ende contraria a lo dispuesto en el articulado de dicho Cuerpo Legal, cuando en su art. 3.1 consagrandó el alcance del principio de legalidad en esta materia, establece que: “no podrá ejecutarse pena sin medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”).

(...)

Cuarto.—Ahora bien, el caso presente no coincide con el contemplado en la sentencia antedicha de 23-7-2004, por cuanto en ésta los Jueces “a quibus” contaron con la opinión favorable de los médicos forenses que examinaron previamente al acusado a la celebración del juicio oral y dictaminaron que disponía, en ese momento, de las facultades psíquicas esenciales para comprender los hechos que le afectaban, y en la misma línea el propio Tribunal de instancia llegó a afirmar, en el Fundamento Jurídico segundo que “pudo apreciar que el acusado entendía perfectamente las preguntas y las respondía con un lenguaje claro y preciso”, recordando aquella sentencia, de otra parte, que el trastorno psíquico sufrido por el recurrente —padecía una esquizofrenia paranoide con alucinaciones e ideas delirantes que le incitaban a matar— cursaba con episodios de mayor o menor intensidad y que al margen del lógico deterioro general que podía producir en los ámbitos ajenos al objeto propio del delirio, permitía incluso conservar cierta lucidez, mientras que en el que es objeto de análisis en el presente recurso, tanto el Hospital Psiquiátrico de Bermeo, Centro en el que está ingresado de forma permanente el

acusado, al haber sido declarado incapaz absolutamente para regir su persona y sus bienes por resolución judicial de 30-9-2002 del Juzgado de 1.ª Instancia Guernika ejerciendo la tutela sobre su persona el Instituto Tutelar de Bizkaia, según resolución judicial de 1-9-2003, como los informes de los Médicos Forenses, reiterados al inicio del juicio oral, pusieron de relieve la absoluta imposibilidad del acusado para la celebración del juicio en el sentido de afrontar y comprender los actos del mismo y su propia intervención en él.

Siendo así es de aplicación la opinión mayoritaria de la Sala en la STS 2-4-1993, que en su Fundamento Jurídico cuarto estableció que: “el equilibrio necesario entre las partes que intervienen en el proceso penal exige de manera imperiosa el pleno ejercicio del derecho de defensa que se vertebraba en diversas opciones. El derecho de asistencia letrada y el derecho a la autodefensa constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta un proceso con la debida adecuación a las exigencias constitucionales.

Las facilidades para dotar a una persona de la debida asistencia técnica de Letrados aparecen recogidas en nuestro ordenamiento a través de varias disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y han sido debidamente satisfechas en este proceso. Pero el complemento ineludible de esta garantía viene constituido por la posibilidad efectiva de ejercitar con eficacia el derecho a la autodefensa siguiendo con la debida atención todas las vicisitudes del proceso y haciendo a su abogado y al Tribunal aquellas observaciones que fuesen pertinentes sobre el desarrollo de las pruebas o sobre cualquier otra incidencia o circunstancia que pueda surgir en el desarrollo del juicio. No existió una verdadera igualdad de armas procesales. El recurrente no se encontraba con las facultades mentales necesarias para afrontar un juicio de gran trascendencia para sus intereses en cuanto que se solicitaba y se impuso la pena máxima prevista por nuestro ordenamiento penal, lo que hacía necesario que hubiese gozado de todos los medios necesari-

rios para defenderse y especialmente, para afrontar su interrogatorio desde el principio del juicio y para poder ponerse de acuerdo eficazmente con su Abogado.”

Para concluir que a la vista de los antecedentes fácticos que reflejaban el estado mental del acusado en el momento de comenzar las sesiones del juicio oral, debió estimarse que no disfrutó del derecho a un juicio justo y con todas las garantías, lo que ocasionó una efectiva indefensión que vulneró las previsiones establecidas en el art. 24.1 CE que garantiza la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos y que veda cualquier tipo de indefensión.

Doctrina reiterada en la Sentencia de 17-7-1995, en el que la Sala sentenciadora no accedió a la suspensión de la vista del juicio oral por la incomparecencia de un procesado y haberse archivado la causa respecto del mismo. Se trataba del incendio de una conocida discoteca acaecido el 17-12-1983, en el que este procesado venía padeciendo desde 1990 unos procesos vasculares cerebrales inhabilitantes, y, a consecuencia de ello, sufría una profunda alteración de sus facultades físicas y mentales, determinantes de hemiplejía derecha, afasia e incapacidad para caminar. Tal situación fue calificada de irreversible y no era previsible, por tanto, ni su recuperación ni, por supuesto, el tiempo necesario para ella, en su caso.

En estas circunstancias, el Tribunal Supremo entendió que no podía estimarse contraria a derecho al decisión combatida al ser jurídicamente correcta la aplicación analógica del art. 383 LECrim., por cuanto, dicho artículo por lo demás, no prevé un archivo definitivo de las actuaciones respecto del “demente”, como se desprende de su propio tenor literal: “...se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud...”.

Igualmente la Sentencia 1513/1997, de 4-12, si bien en un caso en que el imputado había cometido el delito en situación de enajenación mental y ésta continuaba, tras ana-

lizar las dos normas contradictorias, el art. 647 LECrim. que ordena decretar el sobreseimiento y el art. 8.1 CP derogado (actuales arts. 20.1 y 101 CP 1995), que ordena el internamiento en centro especial imponiendo el primero que el juicio oral no llegue a realizarse, mientras que el segundo implica que el juicio oral debe efectuarse, precisa “solo en el supuesto de que el estado del acusado no lo permitiera, no se celebraría el juicio oral y se adoptarían las medidas de internamiento solicitadas. Si por el contrario, su estado no lo impidiera se verifica el juicio oral y el Tribunal sentenciador adopta las medidas después de absolver, si aprecia dicha enajenación”.

Quinto.—Llegados a este punto, debemos centrarnos en la cuestión planteada por los recurrentes, esto es si la celebración del juicio oral, pese a la total incapacidad del acusado para intervenir en los trámites propios de dicho acto, vulneró los derechos de defensa consagrados en el art. 24.2 CE, y consecuentemente a no sufrir indefensión y a un proceso con todas las garantías:

a) Ciertamente el fundamento del derecho de defensa no es otro, sino el del propio principio de contradicción, el cual resulta ser consustancial a la idea del proceso. Y el Tribunal Constitucional lo ha recordado numerosas veces, así la STC 92/1996, de 21-6, FJ 3, afirmaba: “este Tribunal ha tenido ya ocasión de declarar que entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada que el art. 24.2 de la Constitución Española, reconoce no solo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos, con las salvedades oportunas y cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido

en todo caso en el inciso final del art. 24.1 CE” (STC 47/1987).

La STC 143/2001, de 18-6, FJ 3: “la posibilidad de contradicción es por tanto una de las reglas esenciales del desarrollo del proceso (...) sin cuya concurrencia, debemos reiterar la idea del juicio justa es una simple quimera”.

Y últimamente, la STC 198/2003, de 10-11 en su FJ 6, calificaba “al derecho de defensa, garantía esencia de un proceso justo”.

Reiteradamente, hemos declarado también que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, significa “que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses” (SSTC número 112/1987, de 2-7, 114/1988, de 10-6, y 237/1988, de 13-12), por sí mismo (autodefensa) o con la asistencia de letrado, si optasen por esta posibilidad, a la misma fuese legalmente impuesta (STC 29/1995, de 6-2; 143/2001, de 18-6).

Precisamente, la preservación de sus derechos fundamentales y, en especial, la regla o principio de interdicción de indefensión, reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes (STC 226/1988, de 28-11), por lo que corresponde a los órganos judiciales velar que en las distintas fases de todo el proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean estas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen.

Por tanto la observancia del principio de contradicción en el proceso implica para el órgano jurisdiccional, la obligación de evitar desequilibrios en cuanto a la respectiva

posición de las partes, o en cuanto a las posibles limitaciones en el derecho de defensa, alegaciones y prueba. Y esa actividad protectora de jueces y tribunales ha de ser real y efectivamente constatable, para lo cual ha de examinarse, la finalidad a la que tiende cada uno de los actos realizados en el proceso.

(...)

b) Pues bien, centrándonos en el derecho de defensa, el art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos contiene las notas esenciales de este derecho, así dispone: “todo acusado tiene como mínimo, los siguientes derechos: b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por su defensor de su elección y si no tiene medios para pagarlo, podrá ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”.

En esta línea la S. TEDH de 25-4-1983 (caso Pakelli) declaró que dicho precepto, art. 6.3 c) del Convenio “garantiza tres derechos al acusado: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita”.

En nuestra Constitución la propia redacción del art. 24.2, según la cual todos tienen “derecho a la defensa y a la asistencia de letrado”, nos permite distinguir dos facetas de este genérico derecho de defensa: la primera designaría la actividad desarrollada individualmente por la propia parte. La segunda la ejercitada profesionalmente por el abogado defensor.

En el proceso penal, donde se enfrentan el derecho de la sociedad a castigar las conductas punibles y el derecho del acusado a defenderse, estando en juego primordialmente el derecho de libertad y la propia dignidad de la persona, el derecho a la auto-defensa o defensa privada cobra singular relieve y la misma LECrim... la contempla, aunque limitadamente. Así, por ejemplo, en la fase instructora, la asistencia personal a las diligencias de investigación, art. 333 con

posibilidad de formular observaciones en la diligencia de inspección ocular y asistir al reconocimiento por peritos de los lugares, armas, instrumentos y efectos a que los arts. 334 y 335 se refieren, art. 336, en los casos de prueba preconstituída, art. 448, a declarar cuantas veces quiera y cuando estime pertinente para su defensa a lo largo del sumario, arts. 396 y 400; a su presencia al acto del informe pericial, art. 476, registro de un domicilio, art. 569.1, de papeles y efectos, art. 576, y apertura y registro de la correspondencia postal, art. 584. Por su parte, en la fase del juicio oral, el acusado puede plantear su conformidad a la pena solicitada por la acusación, arts. 655 y 688, así como ejercitar su derecho a la última palabra, art. 739.

Estas posibilidades de autodefensa se resumen en que la participación del imputado exigen su presencia activa y audiencia, exigencias que se reconducen a la propia significación del principio de contradicción en su desarrollo procesal y que constituyen lo que la doctrina denomina un conjunto de “derechos instrumentales”.

(...)

c) Una de las manifestaciones más expresivas y genuinas de la autodefensa se ha considerado por la doctrina el llamado “derecho a la última palabra” del art. 739 LE-Crim. que se inscribe plenamente en el derecho de defensa, en cuanto es la oportunidad procesal penal para corregir cualquier olvido u error o matizar hechos o afirmaciones barajadas en el curso del juicio (STC 65/2003, de 7-4; 207/2002, de 11-11).

(...)

Sexto.—Consideraciones estas que serían aplicables al presente supuesto a la vista del estado mental del acusado al momento del inicio de las sesiones del juicio oral constatado por los informes médico-forenses, que le impedía ejercitar de forma cons-

ciente la intervención que la Ley le asigna en dicho acto y su derecho constitucional de defensa tanto en la faceta de su propio interrogatorio afrontado con capacidad y conciencia del derecho a declarar o a guardar silencio, a su comunicación con el letrado a la vista de las vicisitudes del juicio y por último, su derecho a la última palabra en los términos antedichos, que no podrá hacer valer sin la capacidad mental y volitiva imprescindible para ello, más aún en el presente caso en el que al haberse aplicado una eximente incompleta se ha impuesto, conforme al art. 104 CP, una pena privativa de libertad junto a la medida de seguridad.

Consecuentemente procede con estimación de los recursos interpuestos, acordar la nulidad del juicio oral y sentencia subsiguiente, y asimismo la suspensión provisional y archivo de la causa, bien entendido que el Tribunal deberá supervisar con la periodicidad necesaria el estado de salud del procesado y en caso de que pudiera restablecerse en condiciones de poder afrontar el juicio oral, esto es si desaparecen las causas que han motivado la anulación y suspensión del juicio oral, deberá ser éste celebrado por un Tribunal distinto del que ha conocido de la resolución recurrida.

Caso contrario si se acredita que la demencia o incapacidad mental del procesado es de carácter permanente e irreversible en sus efectos, sin posibilidad de episodios lúcidos, deberá cesar toda intervención penal sobre el mismo, dándose traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que éste inste en el orden jurisdiccional civil las medidas pertinentes en materia de incapacitación o internamiento del afectado —lo que en el caso presente ya se ha producido con la declaración judicial de incapacitación, internamiento administrativo y sumisión a tutela— para evitar un nuevo comportamiento criminal y remediar esa inexistente capacidad de autodeterminación.

Sentencia 708/2006, Sala de lo Penal del TS, de 19 de junio de 2006

COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL. JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY

Arts. 24.2 CE; 14.3 LECrim.; 33.3 y D.T. 11.^a Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez**

SÍNTESIS

Se estima el recurso con base en la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley al haber sido juzgado y condenado el recurrente por un delito contra la Hacienda Pública por un Juzgado de lo Penal, siendo los hechos anteriores al CP de 1995 y, en consecuencia, resultando competente para su enjuiciamiento la Audiencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El motivo único de casación es formulado al amparo de los arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.) por infracción del art. 24.2 de la Constitución (CE), en orden al derecho al juez ordinario legalmente predeterminado, en relación con el art. 14.3 LECr., tras su reforma por la Ley 36/1998 “y la doctrina jurisprudencial relativa a la aplicación de esos dos últimos preceptos legales”.

Segundo.—Los hechos a los que afecta al proceso ocurrieron bajo la vigencia del Código Penal de 1973. El Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado los califican como constitutivos de delitos contra la Hacienda Pública que, con arreglo al Código Penal de 1973, art. 349, llevaban aparejada pena de prisión menor, la cual, a su vez, se extendía, según su art. 30, de seis meses y un día a seis años. La Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuía, en la redacción de su art. 14.tercero

entonces vigente, la competencia para el conocimiento y fallo de las causas a los Juzgados de lo Penal cuando se trataba de delitos castigados con penas privativas de libertad no superior a seis años. Actualmente el delito, según el art. 305 del Código Penal vigente, está castigado con pena de prisión de uno a cuatro años.

El auto de apertura del juicio oral ha sido dictado el 28-10-2003.

Tercero.—La Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal estableció en su art. 33.3 que se reputaba pena menos grave la prisión de seis meses a tres años. Y su disposición final primera modificó el art. 14.tercero LECr., para atribuir a los Juzgados de lo Penal la competencia para el conocimiento y fallo de las causas por delitos menos graves. Pero la Ley 96/1998 reformó de nuevo ese art. 14.tercero, que actualmente asigna a los Juzgados de lo Penal el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la ley señala pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años; si bien en su

disposición transitoria única estableció que dicha ley se aplicaría a las causas pendientes en las que todavía no se hubiera dictado auto de apertura del juicio oral, lo que ocurre en el caso presente. La ley Orgánica 14/1999, dio nueva redacción al art. 33.3 del Código Penal, para considerar pena menos grave la de prisión de tres meses hasta cinco años.

Cuarto.—Ante tal secuencia normativa la cuestión que ahora nos ocupa queda centrada en determinar qué incidencia ha de tener, respecto a la distribución de competencia funcional, la disposición transitoria undécima de la Ley Orgánica 10/1995 que establece: Cuando se hayan de aplicar Leyes penales especiales o procesales por la jurisdicción ordinaria, se entenderán sustituidas:... la pena de prisión menor, por la de prisión de seis meses a tres años.

Quinto.—Aparte las consideraciones que encierra en relación con la Ley Orgánica 36/1998, cierta línea jurisprudencial, de la que es exponente la sentencia de 20-9-2004, prescinde de tomar como factor relevante, en supuestos similares al que nos ocupa, la disposición transitoria undécima de la Ley Orgánica 10/1995 (en relación con su disposición final séptima), para determinar la

competencia funcional. Línea que encuentra como puntos de apoyo:

a) La aplicación, a hechos anteriores a la vigencia del Código de 1995, del Código anterior, puede venir impuesta, con arreglo a la disposición transitoria Primera de la Ley Orgánica 10/1995, por resultar el de 1973 más favorable para el reo, atendida, por ejemplo, la regulación de las redenciones ordinarias.

b) Si la disposición transitoria undécima se refiere a leyes procesales (aparte las penales especiales) no cabe comprender en su ámbito la sustitución de la aplicación de una norma penal sustantiva anterior.

c) De atribuirse la competencia a los Juzgados de lo Penal, se daría la contradicción de que no podrían imponer en toda su extensión la pena prevista en el Código de 1973 para los delitos contra la Hacienda Pública.

Sexto.—Consiguientemente ha de declararse haber lugar al recurso, para sentar la competencia de la Audiencia; lo que respeta el derecho al juez legalmente predeterminado, reconocido por el art. 24.2 CE. Y, con arreglo al art. 901 LECr., deben ser declaradas las costas de oficio.

Sentencia 645/2006, Sala de lo Penal del TS, de 20 de junio de 2006

PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

Art. 23.4 LOPJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater

SÍNTESIS

Vuelve el Tribunal Supremo a defender una interpretación restrictiva del principio de justicia universal, como ya hizo en la sentencia 327/2003, de 25 de febrero (recogida en el núm. 10 de la Revista de Derecho Penal), y lo hace pese a que esta interpretación fue rechazada por el Tribunal Cons-

titucional, en su Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre (recogida en el núm. 17 de la Revista de Derecho Penal). La Sala no sólo sale al paso de los argumentos del Tribunal Constitucional, sino que tanto la sentencia como alguno de los votos particulares se ocupan del problema de la vinculación o no del Tribunal Supremo a la interpretación seguida por el Tribunal Constitucional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) La jurisprudencia de esta Sala sobre el principio de la justicia universal se ha alineado con quienes piensan que, dentro del orden de la comunidad internacional, este principio permite y refuerza una protección deseable de los derechos fundamentales frente a los abusos de poder que los desconocen masivamente. Desde este punto de vista estimamos que el principio de la justicia universal de nuestro derecho no debe ser neutralizado por la instauración de la Corte Penal Internacional, pues la extensión de la jurisdicción extraterritorial de los Estados favorecerá, mediante una acción descentralizada de persecución de los delitos contra la humanidad, la cobertura de los espacios que el Estatuto de Roma podría dejar desprotegidos y el aumento de la protección de valores básicos de la comunidad internacional.

Ello no nos ha impedido, como tampoco se lo ha impedido a quienes propugnan con energía este punto de vista, que hayamos considerado, en consonancia con una difundida opinión y una notoria práctica europea en esta materia, el peligro de conflictos provenientes de este principio cuando su ejercicio carezca de auténtica justificación.

En este sentido, la STS 327/2003 (tanto en el voto de la mayoría como el de la minoría) interpretó el alcance del principio de la jurisdicción universal del art. 23.4 LOPJ reflejando una consistente línea de la jurisprudencia de otros Estados de la Unión Europea es decir, armonizando la extensión de esa

disposición con otros principios de no menor jerarquía del derecho internacional público, tanto convencional como consuetudinario.

Segundo.—Cierto es que —como lo resaltó el Ministerio Fiscal— no es posible por ahora establecer si en los hechos relatados en la querella se dan todos los elementos del tipo del art. 607 CP, pues ello requeriría un pronunciamiento sobre los elementos normativos del tipo que caracterizan a los grupos sobre los que debe recaer la acción del delito de genocidio. Pero, el objeto del presente recurso se limita a la cuestión de si la jurisdicción española es competente para entender en estos hechos. La constatación de la concurrencia de los elementos del delito, por el contrario, es de la competencia del Juzgado de Instrucción, según lo establece el art. 313 LECr. y tiene un régimen de recursos que nos impide pronunciarnos ahora sobre tales elementos sin privar a los recurrentes de la posibilidad de apelación que al respecto les acuerda la ley procesal.

Tercero.—En consecuencia, reducido el objeto del recurso a la extensión extraterritorial de la jurisdicción española, siendo esta una materia regida, al menos en parte, por el art. 24.1 CE, la Sala estima que, de acuerdo con lo que prescribe el art. 5.1 LOPJ, el art. 23.4 LOPJ debe ser interpretado sin tomar en consideración ninguna articulación posible de este principio con otros del ordenamiento jurídico. Esta decisión no nos impide mantener el diálogo institucional y constructivo que debe presidir la relación

entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, invitando a aquél a un nuevo análisis de las cuestiones que el principio de la jurisdicción universal implica.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha decidido en la STC 237/2005 —anulando la STS 327/2003— que el art. 23.4 LOPJ no contiene ninguna limitación del principio de la jurisdicción universal y que una interpretación que redujera teleológicamente la extensión literal del texto, exigiendo un punto de conexión de los hechos con España, es incompatible con el art. 24.1 CE por ser “en extremo rigorista” y “abiertamente restrictiva”. El Tribunal Constitucional se apoyó en sus precedentes de las SSTC 321/1993 y 357/1999. Por su parte, la STS 327/2003 había decidido que el art. 23.4 LOPJ, que establece el principio de la jurisdicción universal respecto de los delitos de genocidio, debe ser interpretado de tal manera que no elimine otros principios vigentes del ordenamiento jurídico nacional e internacional, en particular el principio de no intervención previsto en la Carta de Naciones Unidas. De ello se dedujo que la extensión de la jurisdicción española a hechos extraterritoriales de genocidio se justificaba, aunque implicara una intervención en asuntos de otro Estado, cuando exista un punto de contacto o referencia entre los hechos cometidos fuera del territorio e intereses españoles. En particular se entendió que tales intereses, en el supuesto allí resuelto, debían ser apreciados, dada la existencia de víctimas españolas y, en todo caso, cuando los inculpados se encontraran en territorio nacional.

El mismo punto de vista fue sostenido en el voto particular de siete Magistrados de la Sala, que no discrepó de esta interpretación del art. 23.4 LOPJ, sino que consideró que, en el caso de Guatemala, debía ser aceptada la existencia de la conexión con intereses españoles. Dijeron en este sentido los Magistrados discrepantes que “la exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos que ejerza la jurisdicción universal, puede constituir un criterio razo-

nable de autorrestricción (...) si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho (...). Se trata —continúan los Magistrados que suscribieron el voto particular— de una restricción que no aparece estrictamente establecida en la ley, pero puede ser asumida como emanación de los principios del derecho internacional, y aplicada como criterio de razonabilidad en la interpretación de la normativa competencial”. Se sostiene además en el voto particular que “esta restricción puede ser asumible en cuanto se orienta a una finalidad razonable, como es la de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos y garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados, en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula”.

Queda claro entonces que la sentencia y el voto particular no discreparon en cuanto a la técnica interpretativa del texto del art. 23.4 LOPJ. Respecto de la exigencia de una conexión deducida del contexto conformado por el derecho nacional y por principios del derecho internacional el acuerdo fue unánime. La discrepancia se refirió tan sólo a si esta conexión debía ser apreciada ya cuando fueran comprobados “vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos y de toda clase que unen a Guatemala y a su población indígena con España”. En el voto particular se dijo, además, en ese mismo sentido que “el asalto a la Embajada española no puede constituir un ejemplo más claro de afectación a los intereses de nuestro país y constituye un caso manifiesto de conexión, pues se produjo en el ámbito de las acciones genocidas, como supuesta represalia de la protección que se ofrecía a la etnia agredida”. En otras palabras el objeto de la discrepancia entre la mayoría y la minoría de la Sala se refería a la apreciación de los hechos del caso, es decir, sobre una materia ajena a la jurisdicción constitucional.

En suma, es difícil saber, una vez comprobada la unánime concepción interpretativa del art. 23.4 LOPJ que informa la sentencia de esta Sala y el voto particular, qué quiso decir el Tribunal Constitucional cuando atribuye al voto particular una “trascendencia [que] no puede dejar de resaltarse”. El voto particular, interpretó el art. 23. 4. LOPJ básicamente en el mismo sentido en el que lo hizo que la mayoría de la Sala, discrepando sólo en lo concerniente a la existencia en el caso del punto de conexión que debería haber condicionado la jurisdicción extraterritorial española.

Cuarto.—Cuando se dictó la STS 237/2003, el Tribunal Constitucional no se había pronunciado sobre la interpretación del art. 23.4 LOPJ. La sentencia del Tribunal Supremo, por lo tanto, no se apartó ni siquiera de consideraciones implícitas en decisiones anteriores del Tribunal Constitucional. Por más que se diga en la mencionada STC 237/2005, al hacer referencia a las SSTC 21/1997 y 87/2000, que de éstas surgen ya implicaciones respecto de la interpretación del art. 23.4 LOPJ, lo cierto es que nada se dice en ellas sobre la eventual infracción del art. 24.1 CE en el caso en el que aquél sea entendido dentro del sistema del conjunto de normas nacionales e internacionales que configuran el ordenamiento jurídico español. Esto resulta tan evidente que el propio Tribunal Constitucional tampoco extrajo de las sentencias citadas ninguna conclusión aplicable al presente caso. En efecto, en la STC 21/1997 se dice solamente que en el art. 23.4 LOPJ “el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos delitos concretos”, lo que coincide con lo sostenido por esta Sala en la STS 327/2003, que hizo expresa aplicación del principio de la justicia universal respecto de hechos cometidos en territorio guatemalteco. La STC 87/2000, por su parte, sólo se había referido a una obvia consecuencia del principio de la justicia universal, es decir, a la posible concurrencia de jurisdicciones de Estados intervinientes. En

ninguna de estas sentencias había abordado el Tribunal Constitucional las razones que impondrían un determinado método interpretativo del art. 23.4 LOPJ, ni su relación con el art. 24.1 CE.

Quinto.—En la STC 237/2005 el Tribunal Constitucional entendió equivocadamente nuestra sentencia y le atribuyó como “ratio decisionis” un argumento no decisivo utilizado en ella. En efecto: la sentencia no estimó parcialmente el recurso basándose en que “sólo cuando viniera expresamente autorizado en el derecho convencional el recurso a la jurisdicción universal unilateral, resultaría ésta legítima y aplicable en virtud tanto del art. 96 CE como del art. 27 del Convenio sobre derecho de los tratados” (FJ 5.º de la STC). La sentencia del Tribunal Supremo sólo sostiene que la jurisdicción universal en materia de delitos de genocidio “no puede extraerse de las disposiciones del Convenio para la prevención y sanción del genocidio” (FJ 11.º de la STS), cuestión que era pertinente dada la cláusula de cierre del art. 24 LOPJ, referida a las obligaciones internacionales asumidas por España respecto de la persecución de ciertos delitos. Si la ausencia de una norma convencional hubiera sido la razón de la decisión de nuestra sentencia, no se hubiera justificado la estimación parcial por el Tribunal Supremo del recurso basada en el principio de la jurisdicción universal (art. 23.4 LOPJ) y en la comprobación de un interés emergente de la nacionalidad de las víctimas.

En el Fundamento Jurídico 8.º de nuestra sentencia ya se había establecido que el genocidio aparecía entre los delitos que fundamentan la jurisdicción universal según la ley española, aclarando, sin embargo, que ese artículo “no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refiere [el art. 23.4 LOPJ]”. La sentencia concretó luego su tesis afirmando que “una parte importante de la doctrina y algunos

tribunales nacionales se han inclinado por reconocer la relevancia que a estos efectos [la extensión universal de la jurisdicción nacional] pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto del principio de no intervención” (FJ 10.^º). La STS 327/2003 concluye afirmando que esta interpretación “une así el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con el interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes” (FJ 10.^º).

Sexto.—El Tribunal Constitucional estimó que esta interpretación consistía en una “reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico” y que ello sería contradictorio con el art. 23.4 LOPJ porque “la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de reglas de atribución competencial” (FJ 3.^º). El carácter absoluto del principio sólo se ha deducido de la circunstancia de que el texto no menciona ningún límite expreso. Sin embargo, afirma el Tribunal Constitucional, contradiciendo abiertamente lo anteriormente transcrito, que éste “no es el único canon de aplicación del precepto, [ni significa] que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vieran a restringir su ámbito de aplicación”. Dicho con otras palabras, se trataría de un principio universal ‘absoluto’, que, no obstante, toleraría ser relativizado para “restringir su ámbito de aplicación”.

a) La reducción teleológica del alcance meramente gramatical del texto de una norma legal no constituye ninguna prohibición interpretativa. La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional la ha admitido no sólo para limitar el alcance de ciertos tipos

penales, sino incluso en la interpretación de normas constitucionales que literalmente otorgan derechos fundamentales. Tal es el caso, por ejemplo, cuando sostiene que el art. 25.2 CE no contiene un derecho fundamental cuya infracción pueda fundamentar un recurso de amparo, reduciendo lo que el texto constitucional declara sin limitaciones como un derecho fundamental, a “un mandato dirigido al legislador y a la Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de la libertad”, introduciendo al mismo tiempo finalidades de la pena, no mencionadas en el art. 25.2 CE, para limitar el alcance de la norma constitucional (ver entre otras STC 120/2000). Si esta interpretación no tiene un fundamento histórico, ni gramatical, ni sistemático, su efecto reductivo sólo puede provenir de un método teleológico implícitamente empleado para llegar a ese resultado, restrictivo de la finalidad de inserción social, en beneficio de otros fines de la pena que no son compatibles con él.

La reducción teleológica del ámbito de aplicación literal de una norma es también expresamente admitida en la interpretación de los tipos penales y de las normas penales en general por la jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional admitió una reducción teleológica del tipo, cuando entendió que el intrusismo del antiguo art. 321 CP 1973, cuyo texto se refería sin limitación alguna a “títulos oficiales”, sólo se refiere a “títulos académicos”, excluyendo de esa manera otros títulos profesionales alcanzados literalmente por el texto legal (STC 111/1993).

Asimismo, otras normas penales han sido entendidas por el Tribunal Constitucional reduciendo su alcance literal. Tal es el caso de la interpretación del art. 132.2 CP realizada en la STC 63/2005, que comporta una manifiesta reducción teleológica del alcance del texto legal, dado que la propia sentencia impone el método teleológico, que conduce a una reducción del alcance del texto, excluyendo posibilidades interpretativas que la letra de la ley también hubieran cubierto.

Es sabido, por otra parte, que la reducción teleológica del texto legal del delito de las coacciones es postulada en la doctrina para excluir del ámbito de las coacciones comportamientos que se consideran socialmente adecuados.

También es sabido que la materia en la que la reducción teleológica del texto es puesta en duda, aunque sólo por una parte de la doctrina, es la de los llamados “límites éticos de la legítima defensa”, o en general de una causa de justificación, dado que una restricción del alcance de la justificación amplía correspondientemente la punibilidad de los hechos típicos, lo que es entendido como una infracción del principio de legalidad. Al parecer, el Tribunal Constitucional habría considerado que entre esta situación y la interpretación del art. 23.4 LOPJ realizada en nuestra STS 327/2003 existiría una cierta analogía. Pero, si así fuera, el error sería evidente, toda vez que el art. 23.4 LOPJ no tiene ninguna analogía con las causas de justificación y su extensión o limitación, por lo tanto, no tiene efecto alguno sobre los límites de la punibilidad. Las normas del derecho penal internacional español del art. 23.4 LOPJ y las causas de justificación regulan materias distintas, regidas también por principios diversos. En efecto, la prohibición de la analogía, derivada del principio de legalidad (“lex stricta”), rige sólo para las normas que determinan el carácter punible de una acción (art. 25.1 CE), pero no es aplicable a las meras reglas de atribución de competencia, que, por definición, no afectan a la punibilidad. La norma que establece la jurisdicción en la que un hecho será enjuiciado ni amplía ni reduce su punibilidad.

b) El Tribunal Constitucional, de todos modos, parece haber estimado que los criterios reguladores que, según se vio, podrían restringir el ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ, no serían aplicables en el caso del genocidio y que sólo podrían operar en otros delitos como el tráfico de drogas, etc. La razón de este doble alcance del mismo texto legal no ha sido puesta de manifiesto

y, en todo caso, es difícil de comprender. El carácter absoluto del art. 23.4 LOPJ en lo referente al genocidio ha sido fundamentado por el Tribunal Constitucional, además, en el espíritu del Convenio contra la comisión de este delito. Se argumenta, en este sentido, que una limitación como la establecida por el Tribunal Supremo “entra en franca colisión” con el “espíritu del Convenio”.

Sin embargo, el art. VI del Convenio, que considera expresamente la cuestión de la jurisdicción, sólo se refiere al principio territorial y a la Corte Penal Internacional, por lo que no parece que el propósito de sus redactores haya sido instaurar el principio de la jurisdicción universal y, por lo tanto, que éste sea el “espíritu” del Convenio. Esta conclusión se ve además subrayada por el art. 8 del Convenio, que establece que “toda parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas, a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el art. 3”. Es de suponer que, si el Convenio estuviera animado por el espíritu del principio de la jurisdicción universal hubiera establecido que cada Parte contratante quedaba autorizada a ejercer su propia jurisdicción o, por lo menos, no hubiera impuesto la obligación de acudir a las Naciones Unidas. Por lo demás el art. I del Convenio sólo obliga a los Estados que lo suscriben a sancionar el delito de genocidio en su propio territorio, pero no les impone adoptar en sus legislaciones el principio de la justicia universal, como lo reconoce la STC en su Fundamento Jurídico 5.⁹

Importante es también en este contexto, porque demuestra cuál es la tendencia de la comunidad internacional en la materia, que el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48.⁹ Período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996), antecedente inmedia-

to del Estatuto de Roma, contenía una norma sobre “establecimiento de jurisdicción” en su art. 8, según la cual, “sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes previstos en los arts. 17 [genocidio], 18, 19 y 20, sean cuales fueren el lugar de la comisión de esos crímenes y sus autores”. Esta norma, que recoge el principio de la jurisdicción internacional, no tiene paralelo alguno en el Convenio contra el genocidio ni ha sido finalmente incorporada al Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998.

De todo lo anteriormente expuesto se deriva que el argumento basado en el supuesto espíritu del Convenio contra el genocidio es difícilmente defendible. Son más los elementos que apuntan en sentido contrario que los que, no sin un considerable esfuerzo, podrían apoyar la afirmación del Tribunal Constitucional. Por otra parte, el espíritu de una norma nunca puede ser deducido de un silencio consciente de quien la emite.

En todo caso, no se infiere del Convenio sobre el genocidio que el principio de la jurisdicción universal deba ser entendido como un principio absoluto, que no pueda ser limitado por otros principios del derecho internacional. Es preciso tener presente que la doctrina del derecho internacional público, en general, condiciona la jurisdicción de un Estado sobre hechos extraterritoriales a una determinada conexión de estos hechos con el Estado del que se trate. En este sentido se ha precisado que debe existir un “vínculo auténtico” o “sustancial” o “legítimo” o “un contacto legitimante” o un “contacto tan estrecho con los hechos que sea compatible con los principios de no-intervención y de proporcionalidad”. A tales criterios se deberá atender con especial razón cuando se trate de la persecución de hechos ejecutados dentro del ámbito de la soberanía de otro Estado.

c) Al citar en apoyo de su decisión las SSTC 321/1993 y 35/1999, es evidente que el Tribunal Constitucional ha considerado

que nuestra sentencia comporta un “rigor desproporcionado” en la aplicación del art. 23.4 LOPJ desde la perspectiva del principio de proporcionalidad. Tal decisión se basa, probablemente, en la suposición de que la norma de habilitación de la jurisdicción universal debe ser entendida como “un requisito procesal esencial o la ausencia de un presupuesto u óbice procesal” cuyo cumplimiento dependería de la parte. Sólo de esta manera podría entenderse que la denegación de la pretensión de ejercicio de la jurisdicción española equivale a una sanción procesal en cuya imposición debe ser observado el principio de proporcionalidad. Dicho de otra manera: el principio de proporcionalidad es de aplicación ineludible siempre que pueda ser constatada una cierta colisión de pretensiones, en la que se deba dar preferencia a unas sacrificando las otras.

Parece claro que no es éste el caso de la interpretación de la norma que atribuye la jurisdicción penal extraterritorial a España, dado que la parte cuya pretensión es rechazada no sufre ninguna sanción procesal. Se trata de la aplicación de un principio cuya extensión y contenido no dependen de una ponderación. La cuestión de si España tiene o no jurisdicción no puede, en consecuencia, ser más o menos proporcionada, pues la proporción, en todo caso, requiere una comparación entre una acción y una consecuencia jurídica cuantificable. La decisión sobre la jurisdicción no se adopta dentro de un marco de estas características, sino dentro de una alternativa excluyente y no cuantitativa: la decisión debe ser afirmativa o negativa y viene determinada por normas nacionales e internacionales.

d) Tampoco es censurable la interpretación del Tribunal Supremo desde la perspectiva de otros criterios de enjuiciamiento que emplea el Tribunal Constitucional. La STC 237/2005, con cita de las SSTC 321/1993; 48/1998 y 35/1999, ha recordado que el examen de la interpretación de los tribunales en lo concerniente al derecho a la tutela judicial efectiva le “permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no sólo la

toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, que la interpretación sea arbitraria, infundada o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional”.

Una interpretación, como la de nuestra STS 327/2003, apoyada en la articulación de dos principios jurídicos indiscutibles, como lo son el principio de no intervención (art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas) y el de la jurisdicción universal, no puede ser nunca una interpretación arbitraria o infundada, sobre todo cuando tal articulación es aceptada en la doctrina y en la práctica de otros tribunales europeos que llegan a conclusiones similares, a partir de normas positivas análogas a las nuestras. La arbitrariedad o el carácter infundado de una decisión sólo deberían ser apreciados cuando el resultado de la interpretación en la que se apoya no sea sostenible sobre la base de ningún método de interpretación aceptable. Estas mismas razones impiden que la interpretación del Tribunal Supremo del art. 23.4 LOPJ pueda ser calificada de “metodológicamente extravagante” en el sentido de las SSTC 123/2001 (FJ 13.^o), 125/2001 (FJ 5.^o), 126/2001 (FJ 6.^o), 127/2001 (FJ 6.^o), pues su método de interpretación no está fuera de los métodos hermenéuticos conocidos y admisibles en la ciencia jurídica actual.

Mientras en la ciencia jurídica no exista una metateoría de la interpretación que permita decidir sobre cuál es el mejor método interpretativo, una interpretación basada en un método científicamente aceptable y compatible con los principios inspiradores del texto legal no puede ser considerada ni arbitraria, ni infundada. Podrá no ser la mejor, según el punto de vista político-jurídico con el que se la juzgue, pero, como dicen las SSTC 16/1981; 89/1983; 105/1983; 111/1993 y 171/1997, no es función del Tribunal Constitucional “la tarea de sustituir a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la facultad de interpretación y aplicación de la ley”, ni tampoco es posible inferir de tal manifestación que corresponda a la jurisdicción constitucional decidir cuál es la

mejor interpretación de la ley. Es innecesario insistir en que el Tribunal Constitucional no ha objetado —sino todo lo contrario— la compatibilidad de métodos como el sistemático o el teleológico con una interpretación constitucionalmente no censurable.

Séptimo.—Aclarado que la interpretación del Tribunal Supremo no puede ser ni arbitraria, ni infundada, ni metodológicamente extravagante, es preciso analizar las consideraciones del Tribunal Constitucional respecto de los puntos de apoyo comparativos expresados en nuestra sentencia. En la STC 237/2005 se pone en duda que la interpretación del art. 23.4 LOPJ realizada por esta Sala pueda ser apoyada en las referencias que nuestra sentencia contiene. El Tribunal Constitucional, dice, en este sentido en el FJ 6.^o de dicha sentencia, que “la selección de referencias jurisprudenciales efectuada por el Tribunal Supremo no abona tal conclusión [la de requerir un interés nacional en el ejercicio de la jurisdicción universal], sino, antes bien, la contraria” y agrega que “las resoluciones alemanas citadas [por el Tribunal Supremo] no representan el ‘status questionis’ en ese país (Alemania), en tanto en cuanto decisiones del Tribunal Constitucional alemán posteriores a las resoluciones citadas por la sentencia combatida han venido a avalar un principio de jurisdicción universal sin necesidad de vínculos con intereses nacionales” (citándose a título de ejemplo la “sentencia” de 12-12-2000, que ratificó la condena por genocidio contra ciudadanos serbios por crímenes cometidos en Bosnia-Herzegovina contra víctimas bosnias, confirmada por el Tribunal Supremo alemán).

La apreciación del Tribunal Constitucional es en este punto manifiestamente errónea. En efecto, la llamada sentencia del 12-12-2000 del Tribunal Federal Constitucional alemán (BVerfG) nada dice al respecto. Se trata, en realidad, un auto de inadmisión a trámite para sentencia del recurso de amparo (Verfassungsbeschwerde) contra la sentencia del Tribunal Supremo Federal

(BGH) de 30-4-1999 (Colección de Sentencias [BGHSt] tomo 45, págs. 64 y stes.), en la que el Tribunal Supremo aplicó el criterio del “punto de conexión legitimante” (ver loc. cit. pág. 68). El auto del Tribunal Constitucional Federal sólo estableció que “no encuentra aplicación junto al art. VI del Convenio contra el genocidio, un derecho internacional consuetudinario que prohíba la extensión extraterritorial de imposición del derecho penal alemán, cuya existencia afirma el recurrente” (III. 3. b. bb). Asimismo el auto trata, en relación al art. 103.2 de la Ley Fundamental, la cuestión de la interpretación del elemento subjetivo del genocidio del parágrafo 220a del Código Penal alemán. Especialmente interesante es la afirmación del Tribunal Constitucional Federal en su punto III. 6. b. aa., donde afirma que los tribunales “han interpretado el art. I del Convenio según su sentido y su finalidad de impulsar una persecución penal eficaz, de tal manera que los Estados contratantes no tienen ningún deber de persecución, pero que probablemente están autorizados a la misma sobre esta base”.

Lamentablemente, el Tribunal Constitucional no tomó en consideración elementos del auto del BVerfG que hubieran permitido apoyar la tesis de nuestra sentencia. En efecto, en el punto cc. de dicho auto el Tribunal Constitucional Federal agrega: “De todos modos, la historia de las tratativas de la Convención contra el genocidio sugiere que el principio de universalidad no debe haber sido previsto [citando la opinión de Jescheck]. El art. VII de la llamada Comisión Dreier previó al respecto el principio de universalidad. El Proyecto del Comité ‘ad hoc’, sin embargo, ya no previó esta disposición, sino que se basó en el principio territorial (confr. UN Doc. E/794, pp. 32 y ss.). Consideraciones respecto de la soberanía y la aceptabilidad tuvieron en este sentido un papel”.

Con posterioridad a esta sentencia y a dicho auto del BVerfG de 12-12-2000, el Tribunal Supremo alemán aplicó nuevamente

en su sentencia del 21-2-2001 (ver: Colección de Sentencias [BGHSt, tomo 46. p. 292] el mismo criterio del “punto de conexión legitimante”. Al referirse en esta sentencia al citado auto del Tribunal Constitucional de 12-12-2000, el Tribunal Supremo Federal señaló que la cuestión que concierne al punto de conexión legitimante no fue objeto de pronunciamiento alguno en el auto mencionado.

A la vista de estos antecedentes no parece acertado suponer que el legislador español haya tomado una decisión novedosa o de alcances especialmente amplios y de características más avanzadas que las normas vigentes en otros Estados europeos. Como ya lo hemos señalado, y lo reconoce el Tribunal Constitucional, el art. 23.4 LOPJ no es una excepción en el derecho penal internacional europeo. En realidad sólo reitera en su texto conceptos análogos a los que ya habían sido incorporados a derechos entrados en vigor con anterioridad a 1985. Para simplificar compárese solamente con el parágrafo 6.1 y 9 del Código Penal alemán de 1975, cuya indudable analogía conceptual con el art. 23.4 LOPJ es total y que en modo alguno ha sido considerado en la jurisprudencia como el prototipo de un principio de la jurisdicción universal sin ningún límite, como la postulada por nuestro Tribunal Constitucional. Por el contrario, como acabamos de ver, ha sido interpretado en el mismo sentido en el que nuestra sentencia del caso Guatemala interpretó dicho art. 23.4 LOPJ.

Octavo.—La STC 237/2005 reprocha también a la del Tribunal Supremo que “omita mencionar que, frente a lo que pudiera desprenderse de su lectura, la ley española no es la única legislación que incorpora un principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, pudiendo citarse las de países como Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, que extiende la jurisdicción universal al genocidio), Dinamarca (art. 8.6 de su Código penal),

Suecia (Ley relativa a la Convención sobre el genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 CP) o Alemania, Estados que incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de distintos crímenes contra la comunidad internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricciones motivadas en vínculos nacionales”.

Este reproche también es injustificado, porque el problema es otro, tal como lo demuestra la jurisprudencia y una parte importante de la doctrina alemanas. No se trata de los textos, sino de su interpretación en el contexto de otras normas del derecho internacional. La experiencia actual de la aplicación de estas normas es la que ha obligado a reflexionar sobre la interpretación de las normas nacionales que regulan el principio de la jurisdicción universal en relación al sistema normativo del derecho internacional, dado el justificado reclamo de respuesta penal a los brutales ataques a la humanidad y a la paz que han conmovido muy especialmente la conciencia jurídica en los últimos decenios. Los tribunales se han visto recientemente ante situaciones hasta ahora desconocidas. Las disposiciones nacionales citadas en la STC 237/2005 no fueron aplicadas a casos concretos hasta hace relativamente poco tiempo. No todos los tribunales de los países europeos han tenido oportunidad de confrontarse con casos relevantes en estas materias. La Justicia de Alemania y de Bélgica debieron resolver casos en los que la cuestión de los límites del principio de la jurisdicción universal estuvo en primera línea. Estas circunstancias explican, no obstante que la lista de textos legales que no prevén límites expresos al ejercicio de la jurisdicción universal pudiera incluso ser acrecentada, sin que tal dato tenga ninguna significación para la solución del problema aquí planteado.

Precisamente por lo que se refiere al caso de Alemania y Bélgica la apreciación del Tribunal Constitucional no ha considerado ni el estado actual de la legislación belga, ni tampoco todas las normas del Código penal internacional alemán, con las que ha ilustrado su decisión. El tratamiento de la cuestión

es relevante para esclarecer si el principio de la jurisdicción universal es visto internacionalmente como un principio sin excepciones.

La Ley belga de 16 de junio de 1993, citada en la sentencia 237/2005, ya había sido modificada en su art. 7 por la Ley de 23 de abril de 2003, que impuso límites al principio de la jurisdicción universal. La redacción de la Ley belga de 2003 se refiere, en primer término, a los casos en los que el autor no se encuentre en el territorio del Reino. Establece, además, que el Procurador Federal, único que en adelante podrá instar la acción, no requerirá al Juez de Instrucción para que asuma la causa, si “de las circunstancias concretas del caso resulta que en el interés de una buena administración de justicia y en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Bélgica, aquella debe ser enjuiciada por las jurisdicciones internacionales o por la jurisdicción donde los hechos han sido cometidos, o por la jurisdicción del Estado de la nacionalidad del autor o del lugar en el que éste pueda ser encontrado y en el que esta jurisdicción sea competente, imparcial y equitativa”. Por lo tanto, en la aplicación del principio de justicia universal, la ley da cabida a consideraciones basadas en el interés de la buena administración de justicia y en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de Bélgica que tienen una notoria cercanía conceptual con el principio de oportunidad en lo concerniente al ejercicio de la acción penal.

También el Código Penal Internacional alemán (VStGB) —que el Tribunal Constitucional en su sentencia FJ 6.º reprocha a nuestra sentencia no haber citado— avala el punto de vista de esta Sala. Una lectura íntegra del Código y de la Ley que lo introduce en orden jurídico de Alemania permite constatar que, efectivamente, el parágrafo 1 del Código Penal Internacional no menciona límite alguno al principio de universalidad. Pero, se incorpora a la ley procesal penal (StPO) un nuevo supuesto de aplicación del principio de oportunidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, parágrafo 153 f),

que somete la persecución de los delitos cometidos fuera del territorio alemán a la decisión del Fiscal.

Noveno.—Sería completamente equivocado concluir que estas limitaciones del principio de la jurisdicción universal lo comporta una “reformulación del principio real, de protección o de defensa”, como se dice en la STC 237/2005. La doctrina ha definido el principio real, de defensa o de protección como aquél que autoriza que los hechos cometidos en el extranjero contra bienes jurídicos que se encuentran en el propio Estado sean sometidos a la jurisdicción de éste. Es evidente que la exigencia de un punto de conexión legitimante no conlleva reducir el principio universal a los ataques contra bienes que se encuentran en el territorio del Estado. Nuestra propia sentencia es la mejor prueba de lo dicho, dado que hemos declarado la jurisdicción española respecto de ataques que afectaron a bienes jurídicos que se encontraban, en el momento de la agresión, en territorio extranjero.

Décimo.—En esta discusión es conveniente tener presente que incluso cualificados juristas que propugnan concepciones amplias de la jurisdicción universal en la doctrina, señalan que el principio de la jurisdicción universal encierra “ciertos peligros futuros que no pueden ser totalmente excluidos” y que “la apertura del ámbito jurídico estatal a la intervención de Estados terceros encierra un considerable potencial de arbitrariedades”, reconociendo que estas consecuencias, particularmente las concernientes al *forum shopping*, no permiten pensar que el principio de la jurisdicción universal sea una “solución ideal”. Estos peligros de abuso son los que actualmente inducen a la comunidad jurídica a reflexionar precisamente sobre la necesidad de requerir “puntos de contacto adicionales”, que limiten el alcance del principio.

Especial relevancia revisten en esta línea los Princeton Principles on Universal Jurisdiction, elaborados en 2001 por profesores

de la Universidad de Princeton (EE.UU.), Utrecht (Holanda), Cincinnati (EE.UU.), y otros juristas de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la Comisión Internacional de Juristas, prologados por la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En el Principio 1 (2) de este texto se establece que: “La jurisdicción universal puede ser ejercida por un cuerpo competente y ordinario de cada Estado en orden al enjuiciamiento de una persona debidamente acusada de haber cometido los graves crímenes del derecho internacional especificados en el principio 2(1), siempre y cuando la persona esté presente ante dicho órgano judicial”.

Es importante destacar que en el Comentario adicionado por sus redactores a los Principios de Princeton (pág. 43) también se señala el riesgo de abuso y se plantea la cuestión de si, además la exigencia de la presencia del acusado en el Estado que ejerce la jurisdicción universal, deben ser requeridas otras conexiones territoriales, cuestión que los redactores han dejado expresamente para una ocasión futura, “en parte para continuar la discusión, en parte evitar el cierre de la evolución de la jurisdicción universal y, en parte, como deferencia ante la pendiente legitimación de la Corte de Justicia” (con referencia a la cuestión del Congo vs. Bélgica, pendiente entonces de decisión ante la Corte Internacional de Justicia, y a la decisión de la Corte de Casación de Senegal, que había rechazado la jurisdicción para enjuiciar a Hissène Habré, ex presidente de Chad, por torturas cometidas en este último país).

En el ámbito de la Unión Europea la Decisión del Consejo 2003/355/JAI, de 8 de mayo de 2003, sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, ratifica que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción contra los responsables de tales crímenes internacionales”, pero no hace ninguna referencia al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción. Tampoco contiene ninguna imposición en este sentido la Decisión del Consejo de 13 de junio de 2002, por

la que se crea una red europea de puntos de contacto en relación a personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, que también realiza una idéntica ratificación. De ninguna de estas Decisiones es posible extraer algún punto de apoyo para una concepción absoluta del art. 23.4 LOPJ.

Undécimo.—En conclusión, parece claro que nada está más alejado del pensamiento jurídico internacional que la idea de un principio absoluto de la jurisdicción universal, que la STC 237/2005 ha establecido. Por el contrario, los conceptos expuestos por la sentencia del Tribunal Supremo, tanto por la mayoría del Tribunal como por los Magistrados que suscribieron el voto particular, reflejan rigurosamente las cuestiones actuales de la aplicación del principio de la justicia universal, reconocidos por otros Estados de la Unión Europea, que han tenido ocasión de pronunciarse al respecto.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS
MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. JUAN
SAAVEDRA RUIZ, D. SIRO GARCÍA PÉREZ,
D. CARLOS GRANADOS PÉREZ,
D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA Y
D. JULIAN SÁNCHEZ MELGAR

Primero.—La discrepancia del presente voto particular se contrae a lo argumentado en la sentencia en el apartado tercero del fundamento de derecho segundo, cuando, con cita del artículo 5.1 LOPJ, sostiene que el art. 23.4 LOPJ “debe ser interpretado sin tomar en consideración ninguna articulación posible de este principio (el relativo a la extensión extraterritorial de la jurisdicción española) con otros del ordenamiento jurídico”, es decir, el Tribunal Supremo estaría vinculado a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional emanada de la STC 237/2005, que anula nuestra sentencia precedente 327/2003 (caso Guatemala), sobre la base “que el artículo 23.4 LOPJ no contiene ninguna limitación del principio de la jurisdicción universal y que una interpreta-

ción que redujera teleológicamente la extensión literal del texto, exigiendo un punto de conexión de los hechos con España, es incompatible con el art. 24.1 CE por ser ‘en extremo rigorista’ y ‘abiertamente restrictivo’ ”. Sin embargo, la sentencia argumenta a continuación a propósito de los errores en que incide la STC 237/2005, apuntando sus contradicciones, argumentación que compartimos en toda su extensión, y precisamente por ello creemos que la decisión debió ser contraria a la estimación del recurso, porque es un caso en el que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no tiene necesariamente que vincular al Tribunal Supremo “ex” artículo 5.1 LOPJ.

Segundo.—Esta cuestión ha sido sometida a la reciente Sala General que tuvo lugar el 25-4 pasado, llegándose al siguiente acuerdo: “El artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los arts. 117.1, 161.1.b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el art. 123.1 CE”.

Una primera lectura de este precepto (art. 5.1 LOPJ) podría llevarnos a entender que la doctrina del Tribunal Constitucional rebasa el alcance otorgado por el art. 1.6 CC a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, porque ésta complementa el ordenamiento jurídico mientras aquélla tiene un efecto vinculante. Sin embargo, ello no se deduce de nuestro texto constitucional. En efecto, el art. 164.1 CE establece que todas las sentencias del Tribunal Constitucional tienen el valor de cosa juzgada, y que, además, las sentencias que dicte tienen efectos frente a todos, con una excepción: las sentencias que se dicten al resolver recursos de amparo. Ninguna referencia se contiene a la vinculación a la doctrina dictada por el Tribunal Constitucional.

La propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, art. 38.1, fija el concepto de vinculación para todos los poderes públicos en relación con las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, sin que se contemple ese efecto cuando el art. 55 determina el alcance de las sentencias

dictadas al resolver los recursos de amparo. Combinando estos dos preceptos, con los artículos 38.3 y 40, todos ellos LOTC, observamos que el esquema general diseñado por la misma sería el siguiente: todas las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional tienen efecto de cosa juzgada; las sentencias dictadas en procedimientos de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales; mientras que las sentencias dictadas al resolver recursos de amparo sólo vinculan al órgano jurisdiccional que conoce de la causa respecto a la que se suscitó este recurso, sin perjuicio de su indudable valor doctrinal y jurisprudencial.

Posteriormente, el art. 5.1 LOPJ amplía el alcance de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Ello se produce en tres ámbitos: se establece el carácter vinculante de todas las resoluciones y no sólo de las sentencias; la vinculación se refiere a las resoluciones dictadas en todo tipo de procesos y no sólo en los procedimientos de inconstitucionalidad; y, por último, el alcance de la fuerza vinculante se predica de la interpretación de los preceptos y principios constitucionales efectuada por el Tribunal Constitucional, es decir, no sólo tiene carácter vinculante la parte dispositiva de la resolución, sino también los fundamentos que contengan consideraciones básicas para alcanzar su parte dispositiva.

Pues bien, la cuestión se centra en coherencia el contenido del artículo 5.1 LOPJ con el de los arts. 164.1 y 117.1, ambos CE. Puesto que el precepto orgánico mencionado recoge una vinculación que no se contiene en el art. 164.1 del texto constitucional y, por otro lado, el art. 117.1 establece el sometimiento de los órganos jurisdiccionales únicamente al imperio de la Ley, sin referencia alguna a la doctrina del Tribunal Constitucional, es preciso, por tanto, efectuar una relectura del precepto citado.

En primer lugar, los órganos jurisdiccionales están vinculados por la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en los procedimientos relativos al control de consti-

tucionalidad de las leyes. Estas son las únicas sentencias a las que el art. 164.1 de la Constitución reconoce eficacia frente a todos.

En segundo término, se entiende que los órganos jurisdiccionales no están vinculados con lo establecido en las sentencias que resuelvan recursos de amparo, con una excepción, como es la necesaria vinculación del órgano jurisdiccional que conoce de la causa a lo establecido en dicha sentencia. Y ello porque, en este ámbito, debe primar el contenido del artículo 117.1 de la Constitución sobre el artículo 5.1 LOPJ.

En tercer lugar, no sólo los preceptos constitucionales citados ciñen el sentido del art. 5.1 LOPJ, sino que, además, debe interpretarse de acuerdo con el art. 123.1 del texto constitucional, que reconoce al Tribunal Supremo el carácter de órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales. Conforme a ello es posible establecer las siguientes consecuencias: a) la ampliación que sobre los efectos de las resoluciones del Tribunal Constitucional recoge el artículo 5.1 LOPJ, es válida siempre que se enmarque en el ámbito constitucional, y, concretamente, en el reconocimiento de órgano jurisdiccional superior y superior en todos los órdenes establecido para el Tribunal Supremo; b) en caso de conflicto entre la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los órganos jurisdiccionales no se encuentran vinculados por las resoluciones del Tribunal Constitucional dictadas al resolver recursos de amparo; y c) en materia de legalidad ordinaria el órgano supremo y superior es el Tribunal Supremo, superioridad que se extiende sobre el mismo Tribunal Constitucional, debiendo prevalecer la interpretación y decisión que sobre dicha legalidad ordinaria haya establecido y adoptado el Tribunal Supremo.

Tercero.—La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso Guatemala, como se razona en la sentencia de la mayoría, no excluye la consideración de elementos de corrección del principio absoluto de la jurisdicción universal. Así, en el apartado sexto

de su fundamento segundo, cuando cita al propio Tribunal Constitucional en el sentido de que admite que el carácter absoluto del principio de jurisdicción universal “no es el único canon de aplicación del precepto, [ni significa] que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación”.

Este caso tiene diferencias notables con el de Guatemala y, por ello, no cabe trasponer sin más la doctrina aplicada en el segundo al primero. No es posible aceptar que el Tribunal Supremo, como admite la sentencia de la mayoría, vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva por ser arbitraria su decisión, caso en el que sí estaríamos vinculados a la doctrina del Tribunal Constitucional emanada directamente de la interpretación del artículo 24.1 CE. En el mismo apartado sexto del fundamento mencionado de la sentencia de cuya decisión discrepamos se sostiene que “una interpretación, como la de nuestra STS 327/2003, apoyada en la articulación de dos principios jurídicos indiscutibles, como lo son el principio de no intervención (art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas) y el de la jurisdicción universal, no puede ser nunca una interpretación arbitraria ni infundada, sobre todo cuando tal articulación es aceptada en la doctrina y en la práctica de otros tribunales europeos que llegan a conclusiones similares, a partir de normas positivas análogas a las nuestras”. Siendo ello así, el alcance del art. 23.4 LOPJ corresponde fijarlo al Tribunal Supremo por ser la última instancia en materia de legalidad ordinaria.

En el caso presente no existe punto de conexión alguno que pueda ser aplicado. Además, con independencia del resultado ulterior del eventual trámite de instrucción, ni siquiera son diáfanas las evidencias acerca del supuesto de hecho delictivo incorporado a la querrela, como ha sostenido el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, teniendo en cuenta la imprecisión de su planteamiento a la hora de alcanzar una consideración segura sobre el carácter religioso y no meramente

cívico del movimiento conocido como “Falun Gong”, lo que sirve de argumento para corroborar lo anterior.

Cuarto.—Es cierto que en materia de garantías constitucionales el Tribunal Constitucional tiene la última palabra, correspondiéndole realizar la exégesis de la norma (en este caso art. 23.4 LOPJ) para determinar cuántas de sus interpretaciones posibles no son respetuosas con la Constitución. Ahora bien, el Tribunal Constitucional no puede elegir la solución interpretativa conforme a la Constitución que le parezca adecuada, sino excluir aquellas interpretaciones que no sean constitucionales, es decir, ante varias interpretaciones posibles, todas ellas constitucionales, el Tribunal Constitucional no puede excluir una e incluir otra. Si todas ellas son constitucionales, cualquiera que haya elegido el órgano jurisdiccional es válida. Y si ese órgano es el Tribunal Supremo, además de válida es eficaz e inalterable por parte del Tribunal Constitucional. Precisamente, porque la interpretación que ha otorgado el Tribunal Supremo forma parte de la decisión adoptada por el órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales.

De aquí se deduce que sólo cuando el Tribunal Supremo haya adoptado una opción interpretativa que sea anticonstitucional, el Tribunal Constitucional puede y debe declararlo así y revocar la resolución dictada. Por el contrario, no procederá cuando la opción interpretativa sea constitucional, aun cuando pudiera existir otra que al Tribunal Constitucional le pareciera más adecuada.

En el presente caso, el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación de la norma que es constitucional. Es una interpretación de las diversas posibles y no deja de ser constitucional por el hecho de que no sea la interpretación escogida por el Tribunal Constitucional. Pese a ello, este órgano ha dicho que es contraria a la Constitución. Además, no se limita a declararlo así, sino que determina cuál de las hipotéticas interpretaciones aplicables de la norma es la adecuada al texto constitucional.

No es cuestión de discutir si nuestra opción o la del Tribunal Constitucional es más constitucional o no (difícilmente puede medirse el grado de mayor o menor constitucionalidad de interpretaciones que son acordes con la Constitución). La cuestión consiste en afirmar que nuestra opción es constitucional. Y lo es no porque simplemente lo digamos nosotros, sino porque: a) es la solución imperante en Europa (la sentencia de la mayoría, a título de ejemplo, se refiere detalladamente a los casos de Alemania y Bélgica); y b) también es la solución que se obtiene tras acudir al Convenio contra el genocidio como se desarrolla en el apartado sexto del fundamento segundo de la sentencia precedente. Luego, no puede sostenerse que la interpretación que hemos dado sea anticonstitucional, porque las soluciones alcanzadas en otros países europeos deberían también ser consideradas anticonstitucionales y contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que evidentemente no es así. Si una solución basada en la interpretación de convenios internacionales es anticonstitucional, debería plantearse cómo solucionar la discordancia entre dichos textos y nuestra Constitución.

Por todo ello, entendemos que la mayoría ha interpretado de forma excesivamente amplia la cláusula de vinculación del art. 5.1 LOPJ, pugnando ello con el papel constitucional que le corresponde al Tribunal Supremo, y por ello el recurso ha debido ser desestimado.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES QUE
FORMULA EL MAGISTRADO PERFECTO
ANDRÉS IBÁÑEZ, A LA SENTENCIA N.º
645/2006, DE 20 DE JUNIO DE 2006, QUE
RESUELVE EL RECURSO DE CASACIÓN
N.º 1395/2005. SE ADHIERE EL
MAGISTRADO JOSÉ ANTONIO MARTÍN
PALLÍN

Se concuerda con el fallo, pero no con determinadas afirmaciones de la fundamentación de la sentencia que cuestionan el alcance que el Tribunal Constitucional da al

art. 23.4 LOPJ en su sentencia n.º 237/2005. Y es que tanto la sentencia n.º 327/2003 de esta sala como el voto particular que la acompañaba (suscrito también por quienes firmamos éste), comportan —cierto que en muy distinta medida— una incorrecta reducción del sentido que, en rigor, ha de darse al precepto que atribuye a la jurisdicción española la competencia universal para conocer del delito de genocidio.

Al obrar así, el legislador español actuó de la forma más coherente y dio al genocidio el tratamiento más adecuado: el que reclama la norma consuetudinaria vigente en la materia, hoy universalmente vinculante para todos los sujetos internacionales. Ello hace que todos los Estados se encuentren, no sólo legitimados, sino obligados a asegurar el máximo de efectividad a la prohibición de conductas genocidas, persiguiéndolas allí donde quiera que puedan darse.

Tal es la línea en que se inscribe la decisión del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, relativa a la creación de una red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra, al subrayar que “el Estatuto de Roma recuerda que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de tales crímenes internacionales”.

En consecuencia, frente al imperativo de persecución universal del genocidio y para redimensionarlo a la baja, no cabe oponer el principio de no intervención. Porque en éste se expresa un paradigma de articulación de las relaciones internacionales anclado en el viejo concepto de soberanía (como “suprema potestas superiorem non recognoscens”), ahora abiertamente contradicho por las normas que proscriben las conductas integrantes de genocidio e imponen su persecución universal, que son de “ius cogens” y deben prevalecer. Es también por lo que constituye ya un tópico en la materia que actuaciones jurisdiccionales como la de que aquí se trata no son una injerencia en los asuntos internos; algo aceptado por el Co-

mité de Ministros de Asuntos Exteriores de la Unión.

Cuando, tal como ocurre en la sentencia que motiva esta discrepancia, se opone de algún modo el principio de no intervención al de jurisdicción universal en tema de genocidio, cual si estuvieran en el mismo plano, se distorsiona el sentido del vigente ordenamiento penal internacional pues se argumenta en términos de mero pragmatismo. Esto es, a partir del dato empírico de que los estados a los que incomode la iniciativa jurisdiccional pueden oponer “de facto” la razón de su fuerza a la fuerza de la razón jurídica.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
EXCMO. SR. MAGISTRADO D. JOAQUÍN
GIMÉNEZ GARCÍA, RESPECTO DE LA
SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO
DE CASACIÓN N.º 1395/2005, INTERPUESTO
POR VICENTE, JUAN IGNACIO, COSME
Y OTROS, CONTRA EL AUTO DICTADO
POR LA AUDIENCIA NACIONAL

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

No puedo estar de acuerdo con la afirmación que se contiene en el párrafo 3.º de la sentencia de la mayoría cuando se afirma que la interpretación del art. 23.4.º de la LOPJ, que establece el principio de jurisdicción universal entre otros, respecto del delito de genocidio deba ser interpretado de forma que no elimine otros principios vigentes del ordenamiento jurídico nacional e internacional y en particular el principio de no intervención previsto en la carta de Naciones Unidas.

Precisamente, la persecución del delito de genocidio así como otros delitos interna-

cionales que constituyen las más graves violaciones de derechos humanos, exigen la derogación del principio de no intervención. La Comunidad Internacional ya no acepta reservas ante la persecución de este tipo de delitos.

El Voto Particular, firmado por siete Magistrados de esta Sala, en el caso de Guatemala, no exigió un punto de conexión entre los hechos delictivos y el interés de España en la aplicación del principio de justicia universal, sino que verificó que en este caso concreto existían multitud de puntos de conexión, y en tal sentido, se pronunciaba el Voto Particular en clave de conveniencia y no de exigencia de punto de conexión “...la exigencia de algún vínculo o nexo de conexión... puede constituir un criterio razonable de autorestricción...”, y asimismo se reconocía que la exigencia de puntos de conexión “...no aparece expresamente establecida en la Ley pero puede ser asumida... y aplicada como criterio de razonabilidad...”.

Tras la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional n.º 237/2005 dando amparo a la impugnante, se declaró expresamente que el principio de justicia universal debe ser aplicado sin ninguna restricción y por lo tanto, sin que se exija ni sea conveniente la concurrencia de algún punto de conexión con el país que ejerce la jurisdicción universal.

Creo que debe de aceptarse dicha doctrina abiertamente y sin reserva alguna, que en definitiva no es sino la que se deriva expresamente del propio artículo 23, párrafo 4.º de la LOPJ, en la que el legislador español introdujo dicho principio como norma de derecho interno y como tal vinculante para todos los poderes públicos y muy singularmente para el Poder Judicial.

Sentencia 664/2006, Sala de lo Penal del TS, de 21 de junio de 2006

SENTENCIA. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA

Art. 851.5.º LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín

SÍNTESIS

Anulación de la sentencia dictada a consecuencia de la de casación que apreció un quebrantamiento formal (incongruencia omisiva), siendo dictada por solo dos magistrados al haber fallecido el que presidió el juicio. Se ordena, asimismo, que por distintos juzgadores se celebre nuevo juicio oral y se dicte posterior sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En los dos Recursos objeto de nuestro análisis, se plantea una cuestión que, por su naturaleza, merece ser abordada con carácter previo a todas las restantes, puesto que, de la admisión de las pretensiones que, acerca de ella, interesan los recurrentes, se derivaría la anulación de la Sentencia recurrida y la reposición de las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a su dictado, con necesidad de celebración de nuevo Juicio, para que, por Tribunal distinto al que conoció del ya celebrado, se proceda a la confección de una nueva Resolución.

Dicha cuestión no es otra que la de la indebida suscripción de la Sentencia recurrida por tan sólo dos Magistrados, al haber fallecido quien presidió el juicio precedente entre la fecha de celebración de éste y la del dictado de la referida sentencia, que es a su vez consecuencia de la estimación de un Recurso de Casación que decretó la nulidad de la anterior por quebrantamiento de forma.

(...)

Se trata, en consecuencia, del respeto lógico a un requisito trascendental que no

puede calificarse de mero defecto de carácter formal, y que ha de concretarse en el momento procesal en el que la Sentencia “se dicta”, que no puede ser otro que el de la suscripción de la misma para su posterior notificación a las partes.

Lo que aquí aconteció con la sola firma válida de dos Magistrados, al no poder figurar la de quien ya había fallecido, durante el tiempo de tramitación del Recurso de Casación interpuesto contra una Resolución anterior que fue anulada por esta Sala por la concurrencia del defecto formal de “incongruencia omisiva”.

El que se proclamase tal quebrantamiento de forma supuso que quedase sin efecto la Sentencia recurrida, en su integridad, ya que no se entró, lógicamente, en el análisis de las cuestiones de fondo planteadas con aquel Recurso, por lo que las actuaciones se devuelven a la Audiencia para el dictado de una nueva Resolución, que subsane el defecto apreciado e integre el total contenido propio de la inicial.

En ese momento, habiendo fallecido quien presidió el Juicio, los otros dos Ma-

gistrados, con criterio unánime según afirman, proceden a la redacción y firma de la nueva Sentencia.

Podría pensarse que la mera subsanación de un defecto formal declarado por el Tribunal Supremo o la unanimidad del pronunciamiento alcanzado, justificaban la suscripción por tan sólo dos Magistrados. Pero ello no es así.

Cualquier Sentencia, con vocación de firmeza, aun susceptible de nuevo Recurso, debe contener la conclusión alcanzada por el número de Magistrados que, según la Ley, han de integrar el órgano colegiado.

La nueva Resolución dictada por el Tribunal “a quo” no sólo supone la subsanación del defecto formal apreciado por el órgano de Casación sino que, lógicamente, vuelve a pronunciarse sobre el resto de cuestiones que suscita el enjuiciamiento del caso.

Y tanto para la primera de tales operaciones, como para dar consistencia y valor, de nuevo, al resto de extremos que vuelven a ser objeto de Recurso, se precisa, por mandato legal, el concurso de tres Magistrados.

No estamos, en modo alguno, ante un aspecto irrelevante sino frente a una omisión tan definitiva como la que significa que la Resolución que se notificó adolecía del defecto al que, sin excepción de clase alguna, se refiere el artículo 851.5.^º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aquí invocado.

De igual modo que tampoco puede resultar de aplicación lo previsto en el artículo

257.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial pues, en este caso, se trataba de la subsanación de un error anterior, cual la incongruencia omisiva en la que había incurrido el Tribunal, y que sólo la integridad de los miembros que lo habían cometido podían corregir, constituyéndose en la Sala correspondiente, lo que, como señala el Fiscal en su apoyo al Recurso, aquí no ha acontecido puesto que no se trata de la imposibilidad de firma de quien inicialmente integró la Sala, sino de la constitución de ésta, desde un inicio para el dictado de la nueva Sentencia, por un número de Magistrados inferior al legalmente establecido.

Lo que nos impide aceptar una tal situación como algo intrascendente, a pesar de la consciencia de los traumáticos e indeseables efectos procesales que afrontar la verdadera importancia de ese defecto conlleva.

Segundo.—En consecuencia y por las razones expuestas, procede la estimación, en cuanto a esta circunstancia, de los Recursos planteados por los condenados contra la Resolución de instancia, debiéndose casar y anular dicha Sentencia, a fin de que, por distintos Juzgadores de los que conocieron del Juicio que le dio origen, se proceda a nueva celebración del acto del Juicio Oral y dictado de posterior Sentencia, en la que se subsane el defecto advertido, en orden a la participación en la Resolución de todos los integrantes del Tribunal enjuiciador.

Sentencia 671/2006, Sala de lo Penal del TS, de 21 de junio de 2006

CONCURSO DE DELITOS. PRESCRIPCIÓN. DELITO CONTINUADO

Arts. 8, 74 y 132 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se aborda, por una parte, el problema de la separación entre unidad y pluralidad de delitos, centrado en dos cuestiones: la impunidad o no del

autoencubrimiento y la separación entre “unidad natural de acción” y “delito continuado”. Por otra parte, se ratifica la interpretación de la expresión “cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”, a los efectos de interrupción del plazo de prescripción, siguiendo el Acuerdo de Sala de 12 de mayo de 2005, recogido en el núm. 16 de la Revista de Derecho Penal, en cuya virtud decide la Sala seguir su propio criterio, por más que el Tribunal Constitucional siga otro distinto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La pretensión de que el delito de fraude de subvenciones absorbe en todo caso, el delito de falsedad documental, no puede ser aceptada. En primer lugar el presente procedimiento no se sigue por el delito del art. 308 CP —que está siendo investigado en diligencias aparte, Procedimiento Abreviado 14/2003— por lo que ningún problema de concurso de normas puede suscitarse en relación a un delito que no es objeto de acusación.

En segundo lugar, el art. 308 contempla dos modalidades: la primera modalidad típica comporta que el sujeto aparente la concurrencia de los requisitos y presupuestos (condiciones) exigidas para su concesión, “mediante el falseamiento de datos en su correspondiente solicitud o documentos que la acompañan”. En la otra modalidad típica, el peticionario oculta datos o informaciones en su solicitud, que hubieran impedido la concesión.

Ello implica que solo cuando la falsedad se erija en instrumento o medio para producir la defraudación podría plantearse la posibilidad de concurso de normas y la consumación del delito de falsedad en el delito contra la Hacienda Publica, pero no es éste el supuesto contemplado. Para la comisión del delito del art. 308 bastaría con la presentación de una certificación expedida por una almazara en la que conste un número mayor de kilogramos de los realmente recolectados

y recibía en concepto de subvención una cantidad indebida por ese exceso, que supere la cuantía prevista en el precepto.

Por ello las facturas declaradas falsas en cuanto no habían sido expedidas por las firmas comerciales que figuraban en los membretes ni correspondían a operaciones reales de compra de abono llevadas a cabo, por Explotación Agrícola Montellano SL a las empresas que en ellas aparecen no tuvieron influencia ni intervención en la supuesta comisión del delito del art. 308, no fueron instrumentales respecto a dicha defraudación, dado que no se aportaron a la Administración a los efectos de la solicitud del pago de la subvención, sino que fueron aportadas con posterioridad cuando por la Consejería de Agricultura y la Agencia se inician expedientes de comprobación de las cantidades de aceituna declaradas en las campañas 94/95 y 95/96, se trata, por tanto de falsedades “ex post” tendentes no a facilitar el delito, sino su encubrimiento con fin de ocultar y justificar aquel delito, que se investiga en otro procedimiento.

Autoencubrimiento que no puede considerarse impune.

En efecto sabida es la grave dificultad que hay en general, para distinguir entre concurso de leyes o normas y concurso de delitos, particularmente cuando se trata de examinar si se produjo absorción de un delito más simple en otro de mayor complejidad (art. 8.3.1 CP), en estos casos, hemos dicho y respetado en esta Sala (SSTS 1424/2005, de 5-12; 875/2004, de 19-6; 1706/2002, de

9-10), de acuerdo con la doctrina, que sólo cabe un criterio de valoración jurídica sumamente impreciso: si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas; si para abarcar toda esa significación antijurídica es preciso acudir al castigo conforme a las dos leyes en juego, estamos ante un concurso de delitos, real o ideal, según las características de cada hecho.

El art. 8.3.^º CP recoge la fórmula “*lex consumens derogat legi consumptae*”, lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí injustos menores, que se sitúan respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad, como la falsedad documental en cuanto falta de verdad expresada por escrito, con relación al delito fiscal; o como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causarla. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación.

También se admite la consunción respecto de ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, como la inhumación ilegal de cadáver, en relación con el homicidio.

Se recepciona así la teoría del autoencubrimiento impune que, en sentencias como las de 24 de octubre de 1989, n.º 1916/1992, de 18 de septiembre, y 1303/1995, de 23 de diciembre, sostiene que no puede ser apreciado el delito en aquellos supuestos, en que lo único que se pretende con el traslado del cadáver, con su descuartizamiento y posterior destrucción en la incineradora, es exclusivamente esconder y disimular la acción homicida, ni muchísimo menos, atentar contra las normas reglamentarias que salvaguardan la salud pública, ya que sería paradójico, cuando no risible, obligar al homicida a solicitar previamente de las autoridades sanitarias ese traslado.

Sin embargo, ello no tiene un alcance extensivo a todo tipo de delitos y supuestos. La STS 5-2-1990 precisa que el autoencubrimiento es —en términos generales— impune, salvo que los actos practicados por el au-

toencubridor constituyan de por sí un nuevo delito.

La STS n.º 1807/2000, de 25 de noviembre, contempla el supuesto de un funcionario auxiliar de Correos que se abstuvo de entregar dos paquetes postales a su destinatario para apoderarse de su contenido, simulando una rúbrica en el lugar del libro de reparto en que deben estampar su firma las personas que reciben los paquetes, y se entendió incuestionable que tal conducta era plenamente subsumible en el art. 390.1.3.^º CP rechazándose el autoencubrimiento impune, en la medida en que el hecho ya suponía una lesión al bien jurídico protegido mediante la punición de las falsedades.

Los absorbidos son lo que algún sector de la doctrina llama actos copenados, es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal. Lo menos, queda absorbido por lo más, en la progresión delictiva.

La STS n.º 458/2003, de 31 de marzo, reitera que “cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 CP, concretamente en este caso por su regla 3.^ª que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume a otro más simple.”

Pero la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando “ninguna parte injusta del hecho” queda sin respuesta penal, debiendo acudirse en otro caso al concurso de delitos.

En el caso que nos ocupa no se puede entender, por la teoría de la consunción que el delito de falsedad documental por el que fue condenado el acusado pueda quedar absorbido por el delito de fraude de subvenciones, por el que no ha sido acusado en el presente procedimiento, cuando siendo distinto el bien jurídico protegido en una y otra infracción, son autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión —la

falsedad no tiene carácter instrumental respecto a la defraudación— ni se da el caso de que uno de los preceptos en los que el hecho es subsumible comprenda en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituya parte integrante imprevisto por otra.

(...)

Quinto.—El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LE-Crim. por la indebida aplicación del art. 74 en relación con los arts. 390.1.2 y 392 CP.

De nuevo en su desarrollo articula dos submotivos. El primero por entender que no existe una continuidad delictiva de las diversas falsificaciones ya que las mismas se llevaron a cabo en una unidad de acto al aportarse por el administrador de la mercantil al escrito de alegaciones que se hizo contra el expediente sancionador instruido por la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía; y el segundo por no haberse aplicado, si se estimara que el delito es continuado, el párrafo 2 del art. 74 CP, norma específica en relación a la pluralidad de los delitos continuados de carácter económico, que excluye la genérica norma de determinación de la pena que establece el párrafo 1 del mismo art. 74.

Ambas impugnaciones deben ser desestimadas.

La primera pretensión supondría calificar todos los hechos, no como un delito continuado, sino como lo que la jurisprudencia engloba como unidad material de acción, conforme al concepto normativo de ésta.

Este supuesto problemático en la dogmática penal parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica. Será natural o jurídica, dice la STS 18-7-2000 en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todos a

un designio común que aglutine los diversos actos realizados, STS 820/2005, de 23-6.

Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentre vinculadas en el tiempo y en el espacio.

Así la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que existe unidad natural de acción cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha (SSTS 15-2-1997, 16-6-1999, 4-4-2000 y 17-8-2000).

En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la “unidad natural de acción” supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción.

En este sentido se ha señalado que esta solución está prevista para casos en los que un primer acto encadenado estrictamente a otros que hace posible o supone la preparación para un determinado objetivo, o cuando los actos siguientes se desarrollan o procedan directamente del precedente.

En opinión de la Sala sería posible mantener un criterio similar que responda más correctamente a la denominación ya empleada por la doctrina en relación con los casos en que varias acciones se dirigen a la lesión de un mismo objeto y bien jurídico, de unidad normativa de acción.

Este criterio se ha aplicado ocasionalmente al delito de falsedad, STS 7-5-1999, pero en supuestos muy diferentes del ahora enjuiciado. El caso que fue objeto de la citada sentencia consistió en que en una sola ocasión y sin solución de continuidad, un policía de aeropuerto puso en siete pasaportes diferentes sellos de entrada con fechas

alteradas, considerándose una sola acción de materialidad de poner los sellos en los siete pasaportes.

Cabría estimar como unidad natural de acción suscribir dos firmas falsas en un mismo documento o suponer en un mismo acto la intervención de varias personas que no la han tenido o incluso suscribir falsamente más de un documento en el curso de una única operación realizada simultáneamente, o en el supuesto de la STS 1342/2000, de 18-7, incendio de tres habitaciones en la misma planta y ala de un Hotel.

Pero lo cierto es que dicho concepto no puede extenderse de tal forma que abarque lo que manifiestamente constituyen acciones autónomas (como es en el caso presente en que el recurrente es condenado no solo por la falsificación de las facturas que se relacionan en el hecho probado segundo, en total 9 y referidas a distintas entidades, sino también por la falsificación de la factura a que se refiere el hecho probado tercero, factura elaborada por el otro acusado Luis Carlos, a solicitud del recurrente. Entiende (sic) que todas se llevaron a cabo en una unidad de acto, se forzaría de modo inadmisibles el concepto racional y natural de acción (SSTS 19-4-2001 y 31-1-2005), y se vaciaría el concepto jurídico del delito continuado.

Figura esta correctamente aplicada en la sentencia de instancia, por cuanto el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos, sino como una verdadera “realidad jurídica” que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva, pues como señalan las SSTS 2-2-1998 y 25-5-1999, “si de los hechos que se declaran probados surge una homogeneidad de actos que responden a un único fin o plan del autor, difícilmente aislables unos de otros, surgiendo un dolo unitario y no renovado en cada acto, cuya meta se trata de conseguir a través de esa progresión de actos, si está construyendo la unidad objetiva

y subjetiva que jurídicamente se realiza a través de la continuidad delictiva”.

En este orden de ideas la especificación del delito continuado requiere la concurrencia de una serie de requisitos:

a) Una pluralidad de hechos, ontológicamente diferenciables, que no hayan sido sometidos al enjuiciamiento y sanción por parte del órgano judicial, pendientes pues de resolver en el mismo proceso; b) Dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal. Es decir un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de designio que requiere, en definitiva, como una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos delictivos, aunque puedan dejarse los detalles concretos de su realización para precisarlos después, conforme surja la oportunidad de ejecutarlos, siempre, sin embargo, con la existencia de elementos comunes que pongan de manifiesto la realidad de esa ideación global. Por lo que, en suma, es el elemento básico y fundamental del delito del art. 74 CP, que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responda al aprovechamiento de idéntica ocasión; c) Unidad de precepto penal violado, o al menos, de preceptos semejantes y análogos, es decir, una especie de “semejanza del tipo”, se ha dicho; d) Homogeneidad en el “modus operandi”, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; y e) Identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador, lo que es óbice para la posible implicación de terceros colaboradores, cuyas cooperaciones limitadas y singulares quedarían naturalmente fuera del juego de la continuidad.

Desde el punto de vista negativo no es posible obviar que no es necesaria la identidad de sujetos pasivos.

Tampoco es precisa la unidad especial y temporal, aunque sí un distanciamiento temporal disgregador que las haga aparecer aje-

nas y desentendidas las unas de las otras, problema que habrá de ser examinado racional y lógicamente en cada supuesto. El delito continuado precisa a este respecto que, por encima del tiempo, haya una ligazón o causa común, aunque se diluya la unidad temporal.

Condicionamientos que sí concurren en el caso enjuiciado habida cuenta que la creación ficticia de las facturas aportadas en el escrito de alegaciones presentado el 30-12-1996, en la Consejería de Agricultura y Pesca, obedeció a un plan preconcebido, con un dolo unitario, para hacer creíble que la producción de la cosecha declarada se ajustaba a una realidad que no se había producido.

Sexto.—Por último en relación a la aplicación del art. 74.2 CP es cierto que esta Sala cuando se trata de infracciones contra el patrimonio viene aplicando el art. 74.2 CP que prevé sumar las cuantías de los diferentes delitos o faltas para sancionar conforme al perjuicio total causado y no el art. 74.1 que ordena la imposición de la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior. Se trata de una norma específica, la del art. 74.2, cuya aplicación excluye la genérica del mencionado art. 74.1 (SSTS 687/1998, de 10-5; 443/1999, de 17-3; 771/2000, de 9-5; 807/2000, de 11-5; 1092/2000, de 19-6; 749/2001, de 4-5; 1085/2001, de 7-6; 350/2002, de 25-2; 238/2003, de 12-2; 692/2003, de 12-5; 155/2004, de 9-2; y 267/2004, de 27-2).

Pero olvida el recurrente que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil o mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas.

Por ello en modo alguno puede considerarse que se trata de una infracción contra el patrimonio a efectos de aplicar la regla 2 del art. 74, como pretende el motivo, por cuanto, se insiste, el bien jurídico protegido es

la fe pública y en último término, la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos (SSTS 13-9-2002, 28-1-1999 y 18-11-1998).

(...)

Octavo.—Respecto a la interrupción de la prescripción, la parte considera que no se produjo con la denuncia ante la fiscalía el 19-3-1997 o la declaración ante la Policía judicial el 9-2-1998 (folio 514) “informado de sus derechos”, como sostiene la Sala sentenciadora, sino cuando éste prestó declaración ante la autoridad judicial el 11-7-2000.

La anterior alegación debe, en parte, merecer favorable acogida.

En efecto la presentación de una denuncia ante el Ministerio Fiscal y la resolución que admite aquella a trámite así como las declaraciones prestadas ante la Policía Judicial, no pueden ser asimiladas al acto jurisdiccional de incoación del procedimiento previsto en los arts. 774 y ss. LECrim. por cuanto tienen un carácter preprocesal ajeno al concepto de proceso. Como con acierto sostiene el propio Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación al recurso, acto procesal es el que emana de una actividad jurisdiccional, no pudiendo atribuirse tal condición a las actuaciones realizadas, en el ámbito funcional que le es propio por el Ministerio Fiscal, autorizadas por los arts. 5 Ley 50/1981, de 30-12; y 773.2 LECrim.

Por ello el art. 132.2 CP interpretado en la forma que impone su contexto normativo y con el rigor semántico que requiere el “ius puniendi”, obliga a entender —tal como señala la STS 753/2005, de 22-6— que el único “procedimiento” cuyas actuaciones tienen legalmente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal. En este sentido la S. 1151/1999, de 9-7, con cita de la 4-6-1997, se refiere a la “sumisión a procedimiento judicial”. Igualmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de marzo, que identifica como órganos judiciales con habilitación legal para la realización de actos de esa trascendencia a los que “ejercen la función de interpretar y

aplicar las normas penales”, y, como marco exclusivo de éstos, al proceso penal.

Y por último la sentencia de esta Sala 312/1993, de 9-3, que recuerda que lo decisivo a efectos del valor sustancial de la actuación procesal es que se haya realizado ante el Juez de Guardia o ante el responsable de la instrucción del procedimiento anteriormente incoado.

Efectuada esta precisión previa, la doctrina mayoritaria de esta Sala, en relación al hecho de la iniciación del proceso y a que se dirija contra el culpable, ha entendido que si bien no es suficiente la mera apertura del procedimiento y el inicio de actuaciones para averiguar la forma en que ocurrieron los hechos y las personas que fueran eventualmente responsables, hasta la presentación de una denuncia o querella ante el Juzgado con una suficiente identificación de la persona contra la que se dirige para que se interrumpa el plazo de prescripción, sin necesidad de ninguna actuación judicial relativa a la admisión a trámite (STS 312/2005, de 9-3). La fecha que ha de tenerse en cuenta para computar el momento en que el procedimiento se dirige contra el culpable es la de la presentación de la denuncia o querella, más exactamente, la de su asiento en el Registro General (S. 5-11-1998), puesto que es la que dota de certeza y seguridad jurídica a la hora de computar los plazos (art. 9.3 CE). Al margen de la mayor o menor diligencia del Juzgado (SSTS 492/2001, con cita entre otras, 4-6 y 30-12-1997, 9, 16 y 26-7-1999 o 6-11-2000; y 162/2003, de 4-2; y 298/2003, de 14-3).

Se entiende que esas actuaciones suponen ya la existencia de procedimiento a estos efectos, cuya fecha se acredita mediante el registro judicial de la actuación de la parte.

El mismo valor tendría la presentación de un atestado por la Policía o de una denuncia o querella por el Ministerio Fiscal.

Así en la STS 71/2004, de 2-2, se dice que “la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala (ver entre otras SSTS 147, 162 o 298/2003 y los numerosos precedentes citados en las mismas), se ha manifestado en el sen-

tido de que la querella o la denuncia forma ya parte del procedimiento y por ello su presentación es suficiente para producir la interrupción de la prescripción”, y por ello ocurrirá “si en los escritos de denuncia o querella aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente” (STS 298/2003).

También las Sentencias 751/2003, de 28-11, y 147/2003, de 5-2, señalan que la denuncia o la querella con que pueden iniciarse los procesos penales forman ya parte del procedimiento (Sentencia de 26 de julio de 1999), si en las mismas aparecen datos suficientes para identificar a los culpables de la infracción penal correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a los efectos de interrupción de la prescripción, sin que sea necesaria, para tal interrupción, resolución judicial alguna de admisión a trámite. Desde el momento en que figura en las actuaciones procesales el dato inculcador contra una persona determinada (o con los elementos suficientes para su determinación), aunque aún no haya existido una resolución judicial que, recogiendo ese dato, cite como imputada a una persona (o acuerde las diligencias necesarias para su plena identificación), ha de entenderse que el procedimiento se está dirigiendo contra el culpable. Véanse en este sentido las Sentencias de esta Sala de 30-12-1997, 9-7-1999, 16-7-1999 y 4-6-1997. Dice esta última en su fundamento de derecho 1.º: “La prescripción del delito se interrumpe por la sumisión a procedimiento penal de los hechos integrantes del mismo, y por tanto por la presentación de la querella o denuncia en que se dé cuenta de los hechos”, añadiendo después que “no es exigible por tanto para la interrupción de la prescripción una resolución por la que se acuerde, mediante procesamiento o inculpación, la imputación a una persona del hecho delictivo que se investiga”.

Y la STS 1518/2004, de 23-12, señala que “no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito cuando el procedimiento se dirige contra

personas indeterminadas o inconcretas, o contra personas diferentes de quien interesa la prescripción; pero tampoco es exigible que se dicte un auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación (mediante la citación a declarar en concepto de imputado).

Por lo tanto, no es precisa una “imputación formal” para la producción de tal efecto interruptivo, bastando para ello cualquier acto que se dirija a la investigación de los hechos en los que aquellas personas estuviesen implicadas (STS 16998/2002 (sic) de 17-1).

Noveno.—Es cierto que el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/2005 ha dicho que “la decisión judicial por la que se desestima una pretensión de prescripción del delito no puede, pues, limitarse a una simple verificación o cómputo del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en cuestión, ni a un mero cotejo de ese lapso temporal con el plazo de prescripción legalmente establecido, sino que, al afectar a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca esta causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución —que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanas—, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la “ratio legis” o fin de protección de dichas normas. Continúa la sentencia rechazando la postura de que sea suficiente la presentación de la denuncia o querella para interrumpir la prescripción, por entender que la interpretación que lleva a esta conclusión no se compadece con la esencia y fundamento de la institución, y por considerar insuficiente la interpretación que lleva a dicha conclusión, con invocación del canon reforzado de motivación, se adentra en la interpretación que, conforme a los parámetros constitucionales, ha de darse a la cuestión.

Recuerda el Tribunal Constitucional en doctrina reiterada que “quien ejercita la ac-

ción penal en forma de querella, no tiene un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino únicamente al dictado de una decisión motivada en que se expresa las razones por las que el órgano judicial ha resuelto su admisión o inadmisión a trámite”, si que (sic) recordando que el “ius puniendi” no se encuentra en manos de quien acusa, para acabar concluyendo con que es preciso un acto de intermediación judicial para ponerlo en marcha, estableciendo en tal sentido que “para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querella sino que se hace necesario que concurre un acto de intermediación judicial”. Así hemos calificado a dichas actuaciones como meras solicitudes de iniciación del procedimiento judicial (por todas STS 11/1995, de 4-7) lo que implica que, en tanto, no sean aceptadas, dicho procedimiento no puede considerarse iniciado ni, por consiguiente dirigido contra persona alguna, interpretación ésta que, por otra parte, se corresponde exactamente con lo dispuesto en los arts. 309 y 750 LECrim. a cuyo tenor la dirección del procedimiento penal contra una persona corresponde en todo caso a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal”.

No obstante, esta sentencia la Sala Segunda del Tribunal Supremo en Pleno de 12-5-2005, tomó el siguiente acuerdo: “La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha examinado la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la Constitución Española que establece que el Tribunal Supremo “es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales”, y en STS 643/2005, de 19-5, insistió en que “condicionar la interrupción de la prescripción a la admi-

sión de la querella sería aleatorio inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia al remitir la decisión de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo que tenga un Juzgado. Criterio que ha sido reiterado en el reciente pleno de 25-4-2006, que aprobó el acuerdo de “mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005”.

Décimo.—En el supuesto que se analiza, en todo caso la incoación de las presentes diligencias previas 341/1999 se produjo por auto de 13-4-1999 y resulta evidente, que la resolución judicial que acuerda incoar diligencias previas interrumpe la prescripción, siendo indiferente que la “notitia criminis”, es decir el conocimiento de hechos delictivos que se atribuyen a personas perfecta-

mente identificadas reviste la forma de denuncia o de querella ya que lo relevante es la existencia de una resolución judicial que reviste la forma de auto, en cuanto que tiene antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y parte dispositiva y contra el mismo cabe el Recurso de Reforma. El auto contiene la decisión judicial de investigar el hecho y perfilar la participación del denunciado o querrellado.

Por consiguiente, en todo caso, el auto de 13-4-1999, puso fin al plazo de prescripción de tres años, según la interpretación del art. 132.2 CP que viene realizando la última línea jurisprudencial de esta Sala, siendo así, en contra del criterio sustentado por el Ministerio Fiscal; el delito, cuya comisión se ha fijado en diciembre 1996, no ha prescrito al no haber transcurrido tres años desde esta última fecha.

Sentencia 730/2006, Sala de lo Penal del TS, de 21 de junio de 2006

DILACIONES INDEBIDAS

Arts. 24.2 CE; 21.6.º Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez

SÍNTESIS

Tras exponer la doctrina general sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la Sala aprecia su vulneración y, aplicando la atenuante analógica del art. 21.6.º del CP, procede a dictar nueva sentencia con reducción de la pena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Al amparo de los arts. 852 y 849.1.º LECrim., se ha denunciado vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, del art. 24.2 CE y del art. 66.1.º

C. Penal, al no haberse, indebidamente, tenido en cuenta ese retraso al individualizar la pena.

Pone de manifiesto el recurrente que el tiempo transcurrido desde que el Juzgado de Instrucción n.º 6 de La Coruña remitió testi-

monio de las actuaciones al Juzgado decano de los Centrales (31 de julio de 1999) y la fecha señalada para la celebración del juicio (11 de marzo de 2005) no tiene justificación en la complejidad del asunto. Y, luego, en concreto, detalla: que el acusado no fue citado a declarar hasta el 3 de mayo de 2000 (folio 1430); que prácticamente se tardó otro tanto en disponer la práctica de una comisión rogatoria a Panamá, para oír a Domingo (folio 1433); que, a pesar de carecer de noticias acerca de ésta, se deja pasar once meses antes de dirigir un oficio de recuerdo a Interpol (folio 2894); hay un lapso de otros ocho meses hasta que se acuerda remitir las actuaciones a Fiscalía para que informe sobre el trámite a seguir (folio 2894); el 7 de diciembre de 2001 se decide librar nuevo oficio a Interpol en relación con la comisión rogatoria (folio 2908), que no obtiene respuesta hasta el 16 de mayo de 2002 (folio 2925). Con fecha 11 de diciembre de 2002 se dispondrá remitir una nueva comisión rogatoria en sustitución de la anterior (folio 3044); y, finalmente, con fecha 3 de junio de 2003 se recibirá cumplimentada (folio 3347).

Respondiendo al planteamiento de este motivo, objeta el Fiscal que se trata de una cuestión planteada “ex novo”; que no consta protesta de la parte por la marcha del trámite en ningún momento del desarrollo de la causa; y, en fin, que el acusado estuvo en ignorado paradero durante un tiempo, lo que dio lugar a que el enjuiciamiento sufriera un retraso no inferior a 14 meses, algo, efectivamente, cierto.

A tenor de lo expuesto, es claro que el trámite de la comisión rogatoria consumió algo más de tres años, y no exactamente porque hubiera tenido que superar ciertas dificultades, como dice el Fiscal, sino porque fue muy mal gestionada. Así resulta que aunque una parte del retraso en el desarrollo de la causa fuera debida a la actitud del acusado, ese otro dilatado periodo de demora no tendría que haberse producido.

Como se ha dicho en SSTs 658/2005, de 20 de mayo y 948/2005, de 19 de julio, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos procesales, pero impone a los órganos judiciales el deber de resolver en un tiempo razonable. Es, pues, una materia en la que no hay pautas tasadas, y esto hace preciso que en cada ocasión haya que estar a las precisas circunstancias y vicisitudes del caso, con objeto de verificar en concreto si el tiempo consumido en el trámite puede considerarse justificado por la complejidad de la causa o por otros motivos que tengan que ver con ésta y no resulten imputables al órgano judicial. En particular, debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, caso González Doria Duran de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, caso López Solé y Martín de Vargas c. España, y las que en ella se citan). En el examen de las circunstancias de la causa, también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación con el art. 6.1 del Convenio empieza a contar desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas que le afectan tienen repercusiones importantes en su situación, en razón de las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos (STEDH de 28 de octubre de 2003, caso López Solé y Martín de Vargas c. España).

Es cierto que, como afirma el Fiscal, para que pueda tomarse en consideración la alegación de dilaciones indebidas, se ha exigido que el interesado hubiese formulado denuncia al respecto, a fin de que pudiera removerse la causa del retraso en la tramitación, pero también lo es que esta sala, en sentencia 1497/2002, de 23 de septiembre, resolvió en el sentido de que en la materia no se debe extremar el formalismo, porque en el proceso penal, en la instrucción, sobre

todo, el deber de impulso concierne al órgano competente; y porque el inculpado no puede ser obligado a renunciar a beneficiarse de una eventual prescripción.

Pues bien, como consecuencia de lo expuesto, y, en particular, en vista del retraso en el trámite debido a la desafortunada gestión de la comisión rogatoria, es aplicable el criterio que se expresa en la sentencia de 8 de junio de 1999, según lo acordado en Junta General de esta sala de fecha 21 de mayo de 1999, y en otras muchas resoluciones, en la línea de lo resuelto por el TEDH, que se decantó por una atenuación proporcionada de la pena, como forma de reparar la infracción del derecho a ser juzgado en un plazo razonable (caso Eckle, sentencia de 15 de junio de 1952). Como se razonó en el acuerdo citado, si el legislador ha dispuesto que la legítima privación cautelar de derechos durante el proceso debe compensarse en términos de reducción del tiempo de pena por cumplir (arts. 58 y 59 C. Penal), con tanta o más razón deberá operarse de ese modo cuando la lesión del derecho del imputado

carezca de justificación legal. Ciertamente es —se dice también— que el legislador no ha proporcionado reglas específicas al respecto para este tipo de supuestos, pero sí ha contemplado la posibilidad de que circunstancias posteriores a la ejecución del hecho punible puedan producir el efecto de disminuir la culpabilidad, con la consiguiente adecuación de la pena (art. 21.4.^a y 5.^a C. Penal). Es verdad que en estos casos concurre un cambio de actitud del interesado, positivamente valorable, que aquí, en cambio, no se daría. Pero ello no debe ser obstáculo para aplicar el aludido criterio legal puesto que hay analogía en lo fundamental, que es la orientación a conseguir la máxima adecuación a la culpabilidad en la imposición de la pena, en la que ha de comprenderse el gravamen derivado de un inadecuado tratamiento procesal como el representado por una injustificada dilación en el curso de la causa. Este efecto puede obtenerse al amparo de la previsión del art. 21.6.^a C. Penal, operándose el ajuste de la pena que corresponda, según el caso, dentro de las reglas generales de individualización de la misma.

Sentencia 697/2006, Sala de lo Penal del TS, de 26 de junio de 2006

TESTIMONIO DE REFERENCIA

Art. 710 LECrim.

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre el testimonio de referencia y su virtualidad como medio probatorio apto por sí solo para desvirtuar la presunción de inocencia en un caso en que la corta edad de la víctima no hacía imposible la obtención de declaración del testigo directo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En relación al primer aspecto, ha señalado el Tribunal Constitucional, STC 217/1989, STC 303/1993, 79/1994 y 35/1995, que la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la Jurisdicción Penal puedan tener en consideración en orden a fundar su condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, pero no puede desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral. Producida la prueba corresponderá a la libre valoración de los Tribunales la determinación de su convicción o credibilidad, pues en el fondo su problemática no es distinta a las demás pruebas. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que es contrario al Convenio, artículo 6, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (Caso Delta contra Francia, 19 de diciembre de 1990; Caso Isgro contra Italia, 10 de febrero de 1991).

En cualquier caso es una prueba a la que ha de acudirse con prudencia y que es acogida con algunas reservas derivadas de su propia naturaleza, pues en realidad imposibilita a la defensa el interrogatorio directo al testigo directo de cargo y, simultáneamente, impide al Tribunal la inmediación sobre la declaración de éste.

El artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza el testimonio de referencia, si bien exigiendo al testigo de esta clase que precise el origen de la noticia. Esta clase de prueba no es rechazable de plano, porque, no excluida su validez por la Ley salvo en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra, no siempre es posible obtener la prueba original y directa. En

este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala al declarar la validez de los testigos de referencia cuando se haya acreditado la imposibilidad de acudir al testimonio del testigo directo (STS de 12 de julio de 1996 y STS de 10 de febrero de 1997). Concurriendo dicha imposibilidad el testigo de referencia puede válidamente constituir prueba de cargo suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia condenatoria, mientras que en aquellos supuestos en que no concurran las circunstancias mencionadas será una prueba más a valorar por el Tribunal junto con las demás que se hayan producido en el acto del juicio oral. Por sí sola no será suficiente generalmente para desvirtuar la presunción de inocencia.

En los casos en que se trata de menores de corta edad o fuertemente traumatizados según opinión médica, que aparecen como víctimas de delitos contra la libertad o indemnidad sexuales, deben tenerse en cuenta de forma racional las posibilidades que la Ley y la jurisprudencia contemplan en orden a la utilización, como prueba de cargo, de los testimonios de referencia, haciendo compatibles las exigencias de justicia, especialmente las conectadas al derecho a la prueba, al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, con la defensa e indemnidad de los derechos de los menores, pues la protección de éstos exige evitar que sean sometidos a diligencias que puedan resultar seriamente perjudiciales para su equilibrio, en la medida de lo racionalmente posible. Además, debe valorarse la posible incapacidad para declarar derivada de la corta edad de las víctimas, conforme al artículo 417.3 de la LECrim., (en este sentido la STS n.º 469/2004, que cita la n.º 429/2002).

En el caso, la cuestión se centra en primer lugar en si existió posibilidad de obtener la declaración del testigo directo. Se trataba de

una niña, de unos tres años cuando ocurren los hechos y de unos cinco en el momento del juicio. El intento de exploración en el juicio oral fracasó ante su negativa a relatar lo sucedido y a realizar cualquier clase de manifestación, tal como consta en el acta y se refiere en la sentencia. Es claro que la menor era inmune a una eventual coacción legítima derivada de la obligación de declarar (artículo 420 de la LECrim.), dado que su edad la imposibilitaba para entender la obligación o la conveniencia de declarar sobre lo sucedido y las eventuales consecuencias de todo tipo de su actitud. De otro lado, las necesidades derivadas de la protección de la menor tampoco aconsejaban acudir a cualquier clase de maniobra para modificar su voluntad ya expuesta con claridad en contra de realizar alguna manifestación sobre los hechos. Por lo tanto, puede afirmarse que en esas condiciones era imposible o al menos extremadamente dificultoso obtener su testimonio. Siendo así, nada impide que se acuda al testimonio de referencia.

En segundo lugar, resta examinar si el contenido de las declaraciones de referencia es suficientemente incriminatorio, (...)

(...) El examen del acta y de la causa, que esta Sala ha realizado al amparo del artículo 899 de la LECrim., permite comprobar que según la declaración de la madre de la menor a ella le manifestó que tal cosa había ocurrido y además la agente policial que le recibió la primera declaración, manifestó que la menor relató ante ambas con total claridad la existencia de la felación. Tales declaraciones fueron ratificadas en el plenario. Constituyen, pues, elementos incriminatorios disponibles.

Las declaraciones de la pediatra y del perito psicólogo, en cuanto descartan la existencia de fabulaciones en la menor, afirmando que a los tres años no es posible la elaboración de fantasías de contenido sexual, así como el examen del resto de las pruebas que excluyen otras posibles fuentes de conocimiento sobre los hechos de la clase de los que la menor relató a los testigos referenciales, actúan como elementos de corroboración de las declaraciones de éstos.

Por lo tanto, ha existido prueba de cargo suficiente, lo que determina la desestimación de ambos motivos, primero y cuarto del recurso.

Sentencia 701/2006, Sala de lo Penal del TS, de 27 de junio de 2006

PRUEBA DE ADN

Arts. 326 y 363 LECrim.; 11.1 LOPJ

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

SÍNTESIS

El error en el Tribunal de instancia al considerar que no podía valorar como prueba de cargo la de ADN practicada sobre muestras biológicas “abandonadas” por el sospechoso y la conformidad de las acusaciones en tal declaración de nulidad ocasiona que, tras la estimación del recurso del acusado contra la Sentencia de condena, aquel pronunciamiento de nulidad devenga firme al no poder asumir la Sala de casación funciones acusatorias.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El motivo del recurso al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ por entender que se ha vulnerado el precepto constitucional establecido en el art. 24.2 CE relativo a la presunción de inocencia al haberse considerado al recurrente como autor de un delito de daños terroristas del art. 577 en relación con el art. 266 CP.

Considera el motivo que la fundamentación jurídica de la sentencia condenatoria establece todo su apoyo argumental para construir los hechos probados en la supuesta coincidencia del ADN del imputado, con los restos biológicos hallados en la prenda hallada en las cercanías del lugar en el que se produjeron los hechos sin tener en cuenta la vulneración del Derecho a un juicio con todas las garantías y a la presunción de inocencia y cometiendo un error en la valoración de la prueba al interpretar erróneamente las conclusiones del Dictamen pericial de 04/0124.

Así en el desarrollo del motivo coincide con la sentencia de instancia cuando afirma que la recogida y posterior análisis del ADN realizado a la muestra biológica contenida en un pañuelo de papel recogida al recurrente, tras seguimientos policiales no plasmados en ningún atestado y todas las pruebas que de ella se deriva, son pruebas ilícitas por aplicación del art. 11.1 LOPJ.

Trae a colación como argumento jurídico para entender producida la vulneración del derecho a la presunción de inocencia la sentencia reciente de esta Sala 501/2005, de 19 de abril, destacando las siguientes irregularidades radicales e insubsanables:

1) Se da una falta absoluta de previsión legal de la recogida de muestras y análisis de ADN en la fecha de los hechos, al no estar en vigor el tercer párrafo del art. 326 y el segundo párrafo art. 363 LECrim.; intro-

ducido por LO 15/2003, de 25-11. 2) Omisión absoluta de la intervención judicial, al no existir resolución alguna del Juez instructor que motivadamente y con respeto al principio de proporcionalidad ordene la práctica de los análisis de ADN.

3) El análisis practicado sobre las muestras biológicas del recurrente lo es sobre unas muestras obtenidas y conservadas subrepticamente y sin el consentimiento de aquél.

Por lo tanto, conforme a lo manifestado en la propia sentencia hay que concluir que la prueba, así obtenida ha de considerarse ilícita y no podrá desplegar efectos dirigidos a enervar el principio de presunción de inocencia.

Partiendo de esta premisa, en el presente caso se ha quebrantado la presunción de inocencia ya que no existe prueba de cargo capaz de enervar esa presunción, por cuanto al contrario de lo manifestado en la sentencia, no existe ADN indubitado de Luis Francisco, las conclusiones del Dictamen Pericial 04/01214, folios 187, 190, 200 y 203 son claras en el sentido de que en el primer análisis “la muestra de referencia remitida —los pelos obtenidos del acusado con su consentimiento— al constar de pelos sin raíz, no sirve para obtener ADN nuclear”, y sin embargo erróneamente en la sentencia se insiste en que de las muestras recogidas a Luis Francisco con su consentimiento se ha hecho posible la extracción de ADN con motivo de un segundo análisis y que dicho ADN coincide con el obtenido en el pelo encontrado en la capucha, cuando este segundo análisis se refiere al pelo que se encuentra en dicha prenda que coincide con el perfil de ADN obtenido de la propia prenda, sin que en ninguna parte del dictamen pericial se diga que el ADN del pelo encontrado en la manga o capucha coincide con el ADN de los pelos recogidos al imputado con su

consentimiento, pelo del que no pudo extraerse ADN.

Segundo.—Esta última afirmación debe merecer favorable acogida.

En efecto en el dictamen pericial 04/01214 existe un primer informe del servicio de criminalística de fecha 1-3-2004 sobre análisis y cotejo morfológico de pelos, siendo las muestras recibidas M.1 mechón de cabello del acusado, muestra indubitada, M.2 prenda de ropa “evidencia”, en la que se encuentra un pelo que se reseña con el mismo número dado a la muestra, esto es M2, muestra dubitada, cuyas conclusiones son las siguientes:

1.º En la prenda de ropa remitida, muestra M2 se ha encontrado un pelo de origen humano. Este pelo es un cabello con raíz en fase anágena de color castaño en el tercio proximal del tallo, mientras que los dos tercios distales están decolorados y teñidos, de color rubio rojizo el tercio medio y de color rubio el tercio distal.

2.º El pelo de la muestra M2 no muestra similitud morfológica con los cabellos de referencia de la muestra M1. No obstante, el tercio proximal del pelo M2 se corta y se remite al Servicio de Biología de este Centro para su análisis molecular.

3.º Los cabellos de referencia, muestra M1 son cabellos cortados sin raíz, estos pelos no sirven para obtener ADN nuclear.

Pues bien el segundo informe realizado por el Servicio de Biología de fecha 16-3-2004, se practica sobre las muestras M 2 “prenda de ropa evidencia 1 y muestras de pelo M2 (cabello con raíz anágena: el tercio proximal entregada en dicho servicio de Biología y que ha sido previamente analizada por el Servicio de Criminalística de este Centro.

Consiguientemente incide en error la Sala sentenciadora cuando afirma que este segundo análisis se practicó sobre una remesa de los pelos obtenidos con el consentimiento del acusado que tenía el Juzgado Central a su disposición y que remitió al Instituto de

Toxicología ante la negativa del acusado a dar más muestras de ADN, y no solo porque esa segunda remesa no consta en las actuaciones como se desprende de un examen de las diligencias entre los dos dictámenes (folios 184 a 204), y de la fecha del último de estos, 16-3-2004, anterior a la devolución del exhorto en el que el acusado se negó a someterse a nuevas pruebas biológicas (providencia 19-4-2004, folio 221), sino porque, como ya se ha señalado, en el segundo informe se hace constar de forma inequívoca que las muestras de pelo que se analizan son la M.2, pelo encontrado en la prenda de ropa remitida y que había sido analizado previamente por el Servicio de Criminalística.

Siendo así las conclusiones derivadas del diagnóstico de Individualización en el sentido de que el perfil de ADN obtenido a partir de los restos celulares de la muestra M2 (manga corta de camiseta), procede de un varón y coincide con el perfil de ADN obtenido a partir del pelo recogido en la muestra M2 (esto es la misma prenda) no sirven para la identificación del recurrente, de cuyos pelos, obtenidos con su consentimiento, muestra M1 no se pudo obtener ADN y no fueron objeto de este segundo análisis del servicio de Biología.

Tercero.—Consecuentemente, al ser este segundo análisis, tal como se infiere del fundamento de derecho segundo “prueba de cargo” de la sentencia, el que se consideró como prueba pericial suficiente para enervar la presunción de inocencia, y no haberse planteado por las acusaciones la posible inaplicación al caso presente de la doctrina de la sentencia de esta Sala 501/2005, de 19-4, que es la que llevó a la Audiencia Nacional a declarar que la prueba de ADN practicada por la Ertzaintza sobre el pañuelo recogida subrepticamente al acusado, sin autorización ni control judicial, no podía tomarse en cuenta como prueba plena capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, doctrina que ha sido sometida a revisión por esta misma Sala, a raíz de la sentencia posterior 1311/2005, de 14-10, que distinguió entre la obtención de muestras corporales realizada

de forma directa sobre el sospechoso y la toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal, tomándose el acuerdo en Pleno no jurisdiccional de 31-1-2006 de que “la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”, acuerdo que ha sido ya recogido en STS 179/2006, de 14-2, no puede esta Sala, so pena de asumir y suplantar funciones propias de las acusaciones, causando patente indefensión al recurrente, al no hallarse

cuestionada en este sede casacional, plantearse la posibilidad de valorar aquella prueba, cuya ineficacia declarada por la Sala sentenciadora, ha sido consentida por las partes, con la consecuencia obligada de que, dado que el resto de las pruebas practicadas en el plenario, se refieran no a la autoría del recurrente, sino a la acreditación del hecho delictivo de la estimación del motivo al no haberse practicado prueba válida para enervar la presunción de inocencia del acusado en orden a su participación.

Cuarto.—Estimándose el motivo, las costas se declaran de oficio, art. 901 LECrim.

Sentencia 714/2006, Sala de lo Penal del TS, de 29 de junio de 2006

AUTO DE TRANSFORMACIÓN EN PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Arts. 779.4 y 780 LECrim.

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

SÍNTESIS

Vulneración del derecho de defensa y al debido proceso, al haberse dirigido el procedimiento contra el imputado a consecuencia de las diligencias complementarias interesadas por el Fiscal al amparo del art. 780 de la LECrim., sin que haya podido ser oído el imputado con carácter previo al dictado del auto de transformación en procedimiento abreviado ni haya podido recurrir tal decisión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el segundo motivo denuncia la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a la defensa. Señala que el Auto incoando Procedimiento Abreviado no mencionaba ni hacía referencia al recurrente, de modo que la fase de instrucción se

cerró sin que existiera ninguna posibilidad de su intervención. El Ministerio Fiscal, al amparo del artículo 780.2 de la LECrim. solicitó, como diligencia complementaria, su imputación, acordando el Juez su detención. Una vez detenido se le recibió declaración el día 29 de octubre de 2004, viernes, dando traslado al Fiscal mediante providencia el

día 2 de noviembre, martes, y presentando éste el escrito de acusación el día 8 siguiente. Por lo tanto, se le privó de recurrir el auto de transformación en Procedimiento Abreviado, que debe contener la determinación del hecho y la identificación de los imputados; el escaso tiempo habido entre la imputación y la acusación le impidió ejercitar debidamente su defensa, pues no pudo proponer diligencias de investigación; y además, en ese mismo sentido, propuso prueba que le fue denegada argumentando que se trataba de una diligencia propia de la fase de instrucción.

El motivo ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal, pues entiende que la vulneración del artículo 779.4.^a de la LECrim. ha causado indefensión al recurrente, al no ser oído previamente a su dictado e impedirle recurrir la decisión, interesando la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al 29 de octubre de 2004, aunque solo en relación al recurrente.

Las Diligencias Previas (artículo 774 de la LECrim.) del procedimiento Abreviado tienen por objeto principal determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, y las personas que en él hayan participado, de manera que de ser pertinente la continuación como procedimiento abreviado el Juez pueda dictar un auto en ese sentido, Auto que deberá contener una determinación de los hechos objeto del proceso, hechos punibles dice el artículo 779.4.^a, y la identificación de la persona a la que se le imputan. Dictado el referido Auto, el Fiscal puede, sin necesidad de recurso, solicitar la práctica de diligencias complementarias que sean indispensables para formular acusación. La defensa, sin embargo, que debe haber sido notificada debidamente de dicha resolución, no puede solicitar la práctica de nuevas diligencias de carácter complementario, de forma que si entiende que son esenciales nuevas investigaciones o si considera que el material disponible resultado de la instrucción no justifica suficientemente la determinación del hecho o la imputación, solo puede acudir al recurso de reforma y subsidiario

de apelación, según se desprende del artículo 766.1 de la LECrim. Se discute si el Ministerio Fiscal, por la vía de las diligencias complementarias del artículo 780, puede solicitar nuevas imputaciones, bien sobre hechos distintos o bien a personas diferentes de los ya considerados en el Auto dictado por el Juez, o si por el contrario, para realizar tal petición precisa interponer recurso contra el referido Auto, con la finalidad de abrir nuevamente la fase de instrucción. A favor de la primera posibilidad se encuentra la dicción literal del artículo 780.2, que se refiere a las diligencias indispensables para formular acusación, teniendo este carácter la declaración como imputado sobre los hechos objeto del proceso por parte de aquel contra el que se pretende dirigir la acusación. En contra, que esta literalidad no puede interpretarse desconectada de la anterior expresión del mismo precepto, cuando al contemplar la posibilidad de que el Fiscal solicite la práctica de diligencias complementarias viene a exigir que, previamente, haya manifestado la imposibilidad de formular escrito de acusación “por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos”, lo cual limita materialmente el contenido y la finalidad de las diligencias a solicitar que, no ha de olvidarse, deben tener en todo caso un carácter complementario.

La cuestión, sin embargo, no encuentra una solución correcta desde perspectivas formales, sino que es preciso acudir a consideraciones materiales relacionadas con la necesidad ineludible de evitar la indefensión, para lo cual es preciso permitir al imputado asumir ese carácter en la fase de instrucción de manera que pueda solicitar diligencias de esa naturaleza en ejercicio de su derecho de defensa. Pues el proceso penal, tal como se desprende del artículo 118 de la LECrim., que expresa principios fundamentales, tiene carácter contradictorio ya desde la fase de instrucción, aunque ésta no sea en todo aspecto equiparable a la fase propia del juicio oral, en el que tal principio alcanza toda su plenitud.

En este sentido, haya recurrido o no formalmente el Ministerio Fiscal contra el Auto de transformación en procedimiento abreviado, si de las nuevas diligencias solicitadas como complementarias se desprende una nueva imputación por aparición de nuevos hechos o de nuevos imputados, el cumplimiento de las exigencias derivadas del artículo 779.4.^a, en cuanto prevé que al imputado se le tome declaración conforme al artículo 775, implica necesariamente, en primer lugar, que tal declaración tenga lugar con la fase de instrucción abierta, de modo que el imputado todavía pueda solicitar nuevas diligencias de investigación en su defensa, y además, en segundo lugar, que el cierre de dicha fase se realice mediante el dictado de un nuevo Auto con el contenido legalmente determinado, el cual dependerá de la valoración que haga el Juez de instrucción de las diligencias practicadas, entre la cuales no pueden excluirse las que el imputado haya podido proponer en su defensa.

Por el contrario, no resulta correcto desde estas perspectivas, en tanto es causante de indefensión, proceder a dar nuevo traslado al Ministerio Fiscal y, en su caso, a las acusaciones, directamente tras las nuevas imputaciones, sin dictar un nuevo Auto de trans-

formación en procedimiento abreviado, pues se suprime así el derecho del imputado a proponer nuevas diligencias, como se ha dicho, y a cuestionar su contenido mediante los oportunos recursos.

En el caso, el imputado fue oído en declaración e inmediatamente se produjo el traslado al Ministerio Fiscal para la solicitud de apertura del juicio oral y acusación provisional, que efectivamente formuló, infringiéndose así el artículo 779.4.^a que exige que en el Auto por el que se acuerda seguir el procedimiento abreviado consten los hechos objeto del proceso y la identidad de los imputados, lo cual, como hemos visto no constituye una exigencia meramente formal. De esta forma, se le impidió intervenir en ejercicio de su defensa en la fase de instrucción, causándole una indefensión que quedó de manifiesto con claridad cuando al decidir sobre la admisión de pruebas le fue denegada una de las propuestas precisamente por no tratarse de una diligencia de prueba propia del juicio oral, sino de una actuación de carácter investigador que debía llevarse a cabo en la fase de instrucción.

Todo ello determina la estimación del motivo.

Sentencia 742/2006, Sala de lo Penal del TS, de 29 de junio de 2006

RESPONSABILIDAD CIVIL. VEHÍCULOS A MOTOR

Art. 3 RD 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre la Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo

SÍNTESIS

Se entiende en la sentencia como “hecho de la circulación” la utilización del vehículo como medio homicida, a los efectos de atribuir responsabilidad civil a la compañía aseguradora del vehículo. Discrepa de la decisión un interesante voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Decimoquinto.—Un único motivo formula la acusación particular, que se formaliza al amparo del art. 849.1.º LECr. por inaplicación indebida del art. 76 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, así como del art. 4 del RD 2641/1986 que aprobó el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada de la Circulación de Vehículos a Motor.

El motivo combate el pronunciamiento del Tribunal “a quo”, según el cual no cabe declarar la responsabilidad civil de la compañía aseguradora del vehículo —ZURICH— por cuanto que las circunstancias en las que se produjeron los atropellos no pueden calificarse como “hechos de la circulación” o siniestros ocurridos “con motivo de la circulación” en atención a lo establecido en los artículos 1.º 1.4 LRCSVM y 4.º del RD 2641/1986 citado, en cuanto el primero de los mencionados preceptos hace responsable al conductor de vehículos de motor de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación, concretando el segundo de los preceptos citados que ha de entenderse como hecho de la circulación, a los efectos del seguro regulado en el Reglamento, “...los derivados del uso y circulación del vehículo asegurado ... por vías y bienes de dominio público, garajes y aparcamientos, así como por vías privadas que no estén especialmente destinadas o acotadas para el desarrollo por dicho vehículo de un trabajo o labor industrial o agrícola”.

Señala el motivo que en base a esa interpretación del citado art. 4.º del RD 2641/1986, se razona en el punto 3.º) del mismo fundamento de derecho, que la circunstancia de que el Nissan Patrol conducido por el acusado abandonase el camino abierto al tráfico de vehículos de motor por el que venía circulando, entrándose en los terrenos de una finca de propiedad privada, donde se produjo el atropello, impide apreciar la circunstancia de que dicho atropello se produ-

jera “con motivo de la circulación”, lo que impediría la entrada en juego del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria del vehículo causante del siniestro. Es decir, que si el atropello se hubiese producido en el mismo camino, sí sería responsable civilmente la aseguradora, pero como se produjo a escasos metros del mismo, dentro de la finca, dicha aseguradora no ha de responder.

Decimosexto.—La cuestión radica, pues, en determinar si los hechos y sus resultados mortales y lesivos pueden o no integrarse en el concepto “hecho de la circulación”.

A este respecto se ha pronunciado el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fechas 14 de diciembre de 1994 y 6 de marzo de 1997 que estableció que “las sentencias condenatorias por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos de motor que determinen responsabilidad civil para las víctimas, deben incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio, siempre que el daño se haya ocasionado con motivo de la circulación”. De este modo, la cobertura del seguro sólo quedaría excluida cuando se utiliza un vehículo exclusivamente como instrumento del delito, pero no cuando utilizándose como medio de transporte, es decir, para desplazarse o circular, se aprovecha la ocasión deliberadamente para ocasionar daños a un tercero mientras se circula.

Este criterio ha sido recogido en numerosas sentencias posteriores, y en supuestos muy similares al presente, en los que, con motivo y en el ámbito de la circulación de un vehículo de motor, el conductor lo utiliza dolosamente como instrumento para agredir a la víctima.

Ciertamente que el art. 3.3 del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, de 12 de enero de 2001, ha establecido que: “Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehícu-

lo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas o los bienes”. No obstante la Sala ha venido manteniendo su postura anterior a esta disposición legal cuando se comete el atropello dolosamente en el curso de la conducción del vehículo. Así se expresa en la STS n.º 144/2001, de 7 de febrero, así como en las n.º 612/2002, de 8 de abril; 1424/2003, de 28 de octubre; 960/2004, de 20 de julio, y 773/2004, de 23 de junio. Esta última sentencia, examina la incidencia de la definición del “hecho de la circulación” que efectúa el art. 3 del Reglamento mencionado de 12 de enero de 2001 y concluye que dicha disposición no altera el criterio perfilado en los Plenos de la Sala de 1994 y 1997 y, en este sentido señala “La cuestión a partir de la entrada en vigor de la modificación en materia del alcance del “hecho de la circulación”, presupuesto indispensable para que se produzca la cobertura por parte del seguro, y sus exclusiones, llevada a cabo por la Ley 14/2000 y el Reglamento aprobado por RD 7/2001, debe enderezarse a verificar si la interpretación anterior ha sido afectada y en qué medida, teniendo en cuenta, por una parte, que tampoco es posible aislar la concreta cuestión aquí debatida sino que debe ser englobada en la categoría de la trascendencia de las conductas dolosas en el contrato de seguro (alcance del artículo 19 LCS citado); que el artículo 15.1.b), regula el derecho de repetición, contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, “si los daños materiales y personales causados fueren debidos a la conducta dolosa de cualquiera de ellos”; y que el artículo 76 LCS tampoco ha sido modificado. Pero también es cierto, por otra, que el ánimo o propósito del conductor de causar un mal a las personas o daño a las cosas debe integrarse dentro del concepto normativo de “hecho de la circulación”, para excluirlo, con lo cual nos encontraríamos con que para definir éste no es suficiente atender sólo a los elementos objetivos; igualmente el derecho de repetición puede entenderse referido aquellos casos en que la aseguradora haya anticipado la indemnización de los daños y posteriormente resulte

que el hecho es doloso; o, finalmente, la previsión del segundo inciso del apartado tercero del artículo tercero del Real Decreto 7/2001 que incluye, a su vez, como hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, que atiende a supuestos discutidos anteriormente (como era el caso de los conductores suicidas)”.

En consecuencia, estimamos que la queja casacional tiene fundamento para ser estimada, puesto que la utilización del vehículo como instrumento homicida en el devenir de la conducción del mismo por el acusado, no excluye que el suceso se defina como “hecho de la circulación”, aprovechándose la circunstancia de la conducción por vía pública para ocasionar daños personales a terceros situados en la inmediación de la calzada, tratándose, además de un vehículo fabricado y utilizado de común para circular por terrenos ajenos a carreteras.

Por ello, la sentencia debe ser casada y anulada en este particular extremo, corrigiéndose en la nueva sentencia que dicte esta Sala el “error iuris” del juzgador de instancia, declarándose a la Compañía de Seguros Zurich, S.A., responsable civil directa y solidaria de las indemnizaciones derivadas del delito en las cuantías fijadas en la sentencia impugnada.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ
MANUEL MAZA MARTÍN

Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de este Tribunal, y sin disentir de ella en el resto de consideraciones y pronunciamientos que contiene, sí que he de discrepar, sin embargo, respecto de la decisión relativa a la estimación del motivo conducente a la declaración de responsabilidad civil de la aseguradora del vehículo, que fue utilizado como instrumento para la comisión de la conducta castigada como delito de Asesinato, objeto de enjuiciamiento.

La Sentencia de la mayoría centra de modo plenamente atinado el núcleo de la controversia en la determinación de si nos encontramos ante un verdadero “hecho de la circulación” y, por ende, amparado por la cobertura del aseguramiento obligatorio de vehículos de motor, o si, por el contrario, tal carácter no concurre, quedando excluido de ese ámbito.

Mi criterio, en este sentido y coincidiendo tanto con la Resolución de instancia como con el Informe del Ministerio Fiscal, es el opuesto a que pueda considerarse “hecho de la circulación” una conducta consistente en utilizar el vehículo, con plena intención y saliendo incluso para ello de la vía de tránsito dispuesta para los automóviles, como instrumento hábil para arrollar a una persona, causándole la muerte, conducta dolosa que es ulteriormente calificada y condenada como Asesinato.

Ya en anteriores ocasiones he tenido ocasión de sostener esta tesis, recordando cómo el artículo 1.4 de la LRCSCVM, reformado por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (art. 71), encomienda, expresamente, al desarrollo reglamentario posterior la definición tanto de qué haya de entenderse por “vehículo de motor” como por “hecho de la circulación”, a los efectos de la regulación de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos y su aseguramiento.

Tal cuestión ostenta, obviamente, carácter capital en materia de aseguramiento del automóvil, puesto que supone la descripción inicial del objeto de ese aseguramiento, punto de partida obligado de toda su regulación, ya que la propia Ley 30/1995, de 8 de noviembre, utilizando una terminología del todo similar a la empleada por el artículo 3.1 de la Directiva de la CEE de 24 de abril de 1972, afirmaba en su artículo 1.1 que los daños a que ha de atender el seguro de vehículos, al que dicha norma se refiere, no son otros que los causados, a las personas o en los bienes, “con motivo de la circulación”. O, como dicen la referida Directiva europea y otras que le siguen, “...la responsabilidad civil que resulta de la circulación

de los vehículos de motor” (DD. 72/166, 84/5, 90/232).

En cumplimiento de ese mandato legal, el Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor, de 12 de enero de 2001, dispone, en su artículo 3.1, que “A los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación, los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías y terrenos públicos y privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común”.

De modo que, en definitiva, la descripción del “hecho de la circulación” viene integrada, como por otra parte ocurría ya en los textos precedentes, incluidas las normas generales sobre Tráfico, por dos elementos complementarios: el “qué”, el vehículo a motor en la amplia descripción que ofrece el art. 2.1 del propio Reglamento, y el “dónde”, es decir, las vías o terrenos, públicos o privados, urbanos o interurbanos, incluidos garajes y aparcamientos, aptos para la circulación o que, sin serlo, sean de uso común. Vinculados ambos elementos por la acción que, con uso del primero y sobre los segundos, se desarrolla, es decir, el “cómo”: la conducción misma.

Podemos, por lo tanto, afirmar que el Seguro del Automóvil tiene un objeto indiscutible: el hecho de la circulación rodada, como, entre otros preceptos ya refería la Ley de Seguro Obligatorio (arts. 1 y 2), cuando daba cobertura a todos los daños ocasionados con un vehículo de motor “con motivo de la circulación”. En el mismo sentido, el artículo 1 de la LRCSCVM.

Y para definir ese “hecho” es, precisamente, para lo que se promulga el ya referido artículo 3 del Reglamento de 12 de enero de 2001, que se ve complementado, a su vez, con el artículo 9.1 de ese mismo texto

legal, cuando afirma que “El seguro de suscripción obligatoria comprende la cobertura de los daños a las personas y en los bienes causados a los perjudicados por hechos de la circulación” y que, en su apartado 3, expresamente excluye de esa categoría “la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes”, repitiendo la misma fórmula contenida, en su nueva redacción, por el art. 1.4 de la LRCSCVM. Definición del “hecho circulatorio”, contenida en el nuevo texto legal, que, por otra parte, es más antigua y universal, ya que los delitos intencionados cometidos con un vehículo de motor como instrumento, estaban expresamente excluidos hasta el Reglamento de 30 de diciembre de 1986.

Si nos fijamos con atención advertimos que Sentencias de este Tribunal, como la trascendental de 29 de mayo de 1997 y todos los textos, jurisprudenciales y doctrinales, que se le suman nunca llegan a afirmar que la cobertura del Seguro pueda alcanzar a lo que no sea un “hecho de la circulación”, viéndose esos mismos textos incluso, en alguna ocasión, obligados a justificar que, en el transcurso o con ocasión de la comisión del delito, el vehículo “circulaba”, por lo que, según esa tesis, con ello se cumpliría el requisito de hallarnos ante un verdadero “hecho de la circulación”.

En este sentido, ha venido afirmándose que la protección a la víctima, a través de la obligación del asegurador de hacer frente a la reparación del perjuicio, derive éste de ilícito civil o penal, culposo o doloso, requiere siempre que “...el daño se haya cometido con un vehículo de motor y con motivo de la circulación”. Afirmación que compartimos plenamente y que, por sí sola, puede llegar a suponer la desautorización de todo el hilo argumental de la doctrina de la que disentimos, si llegásemos a la conclusión, como aquí pretendo poner de relieve, de que son absolutamente incompatibles las categorías de la conducta delictiva dolosa y el uso del automóvil en el hecho propio de la circulación.

En igual sentido, se pronuncia el art. 11 de la Convención Europea sobre la Responsabilidad Civil en caso de daños causados por los vehículos automóviles del Consejo de Europa, que excluye la cobertura cuando se utiliza el vehículo exclusivamente como instrumento del delito, así como el art. 117 del CP, que alude a la responsabilidad del asegurador, sin perjuicio del ulterior derecho de repetición, pero sólo cuando “...se produzca el evento que determine el riesgo asegurado”.

El sostener que, como el vehículo “circula” cuando el delito intencionado con él se comete, estamos ante un “hecho de la circulación”, y no “exclusivamente” delictivo con carácter doloso, constituye, a mi juicio, un argumento de un reduccionismo prácticamente absurdo, dicho sea con todos los respetos.

El movimiento de las ruedas o, aún, el desplazamiento del móvil, sin más, no puede constituir, por sí solo, un hecho circulatorio. Lo determinante, en verdad, habrá de ser la finalidad perseguida.

Cuando el conductor persigue trasladarse de un lugar a otro, eso sí es “circulación”. Y si en el transcurso de esa actividad, imprudentemente, causa unos perjuicios, quien los sufre goza de los derechos indemnizatorios derivados del Seguro Obligatorio del automóvil.

Pero cuando el móvil es dirigido, aunque fuere incidentalmente en el transcurso de un desplazamiento, con finalidad de atropellar, golpear o dañar, intencionadamente, no podemos, en ningún caso, hablar de “hecho de la circulación” sino de delito doloso, que es categoría intrínsecamente incompatible con la primera.

Claro que la condición de conducta dolosa y, por tanto, excluyente del móvil circulatorio, es algo que sólo puede ser declarado por Resolución judicial firme, y de ahí las previsiones legales relativas al derecho de repetición para la recuperación de lo abonado indebidamente con anterioridad, pero, una vez producida tal declaración, no puede procederse, dentro de la misma ni posterior-

mente, a la condena indemnizatoria con cargo a un seguro que no cubre ese evento doloso, evento que se encuentra, por definición, al margen del ámbito de la circulación de automóviles. Por mucho que pretendamos proteger los intereses de quien, injustamente, sufrió el perjuicio.

Pensemos, junto a conductas tales como la que aquí es objeto de enjuiciamiento, en otras, análogas desde el punto de vista que nos ocupa, tales como los “alunizajes”, es decir, el empleo de vehículos contra los escapes (“lunas”) de establecimientos para fracturarlos y así posibilitar su expolio, el uso del vehículo para, desde él, arrebatar al viandante sus efectos, el acometimiento, con el automóvil, contra el agente de la autoridad, el arrastrar al propietario del vehículo en tanto se da a la fuga su sustractor, el arrollamiento voluntario de la víctima elegida, etc.

Afirmar, en todos los casos referidos y por la circunstancia de que el vehículo circulaba, que nos hallamos ante un “hecho de la circulación”, causa, cuando menos y sin acudir a la literalidad del Reglamento recientemente publicado, evidente perplejidad, incluso desde el más simple sentido común.

En un análisis de disección pormenorizada y naturalista de la realidad, deberíamos advertir cómo cuando las ruedas del móvil giran conduciendo el desplazamiento de éste, por voluntad expresa de su usuario, hacia el lugar determinado de la colisión, o el arrollamiento, que integra la infracción do-

losa y genera el perjuicio a indemnizar, tal movimiento no persigue “circular” sino “delinquir”, aun circulando, y, por ende, no nos hallamos ante “hecho propio de la circulación”, sino ante un hecho “exclusivamente” delictivo. En definitiva, no amparado por la cobertura propia del contrato de seguro.

Y más aún, cuando, en un caso como el que nos ocupa y de acuerdo con la esencia de la argumentación del Tribunal “a quo”, tampoco se da otro de los elementos esenciales del “hecho de la circulación” al que venimos refiriéndonos, toda vez que el desplazamiento del automóvil, en su designio de arrollar a la víctima acabando con su vida, no se produjo en “...garajes y aparcamientos...” o “...por vías y terrenos públicos y privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos...” ni “...por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común”, ya que, como expresamente se dice en la narración fáctica que sirve de fundamento a la recurrida, el autor del ilícito “...se salió del camino y entró en la finca Melgarejo...”, en donde arrolló la víctima, acabando así con su vida.

En definitiva, considero que, con base en los anteriores argumentos, debería haberse desestimado el Recurso de la Acusación Particular, excluyendo el pronunciamiento que impone a la Compañía Aseguradora del vehículo el abono de las indemnizaciones derivadas del comportamiento doloso del condenado en las presentes actuaciones.

Sentencia 732/2006, Sala de lo Penal del TS, de 3 de julio de 2006

MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

Arts. 24.1 y 120.3 CE

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

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su aspecto de derecho a la obtención de una resolución judicial suficientemente motivada

al omitirse en la sentencia de instancia la debida fundamentación acerca de la pena impuesta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(…).

En numerosas ocasiones esta Sala ha recordado la necesidad de motivar la imposición de las penas. El artículo 24.1 de la Constitución reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva en el que se encuentra incluido el de obtener una resolución judicial suficientemente fundada en derecho, es decir, dotada de una fundamentación bastante para hacerla inteligible de manera que sean accesibles las razones del Juez o Tribunal al adoptar su resolución. Al mismo tiempo, el artículo 120.3 CE dispone que las sentencias serán siempre motivadas, habiendo entendido esta Sala que la motivación debe abarcar no solo los aspectos relativos al relato fáctico con exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene y la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas, sino también la decisión relativa a las consecuencias penales y civiles derivadas de la calificación jurídico penal de los hechos y, por tanto, debe razonar expresamente sobre la individualización de la pena y las medidas de seguridad en su caso, y sobre responsabilidades civiles, costas judiciales y consecuencias accesorias (en este sentido la STS n.º 705/2005, de 6 de junio, que cita las SSTS 14-5-1998, 18-9-2001; 480/2002, de 15-3).

El artículo 57 del Código Penal, con arreglo al cual se ha impuesto la prohibición de aproximación y comunicación y de acudir al lugar de residencia de la víctima, acuerda al Tribunal la posibilidad de imponer al penado, además de las penas previstas para los delitos que menciona alguna de las prohibi-

ciones a las que se refiere expresamente en la redacción vigente al tiempo de los hechos, que en la redacción actual se sustituye por una remisión al artículo 48. Dichas prohibiciones son consideradas en el citado artículo 48 y en el 33 como penas, lo cual determina que su régimen de imposición no solo exige una previa petición en ese sentido por parte de las acusaciones, sino que además debe ajustarse a las exigencias de motivación contenidas en el ordenamiento jurídico-penal.

Y no solo a las reglas generales o específicas para la imposición de las penas en tanto le sean aplicables, sino a las propias contenidas en el artículo 57, pues en el mismo se ordena al Tribunal tener en cuenta en el momento de decidir acerca de su imposición, la gravedad del hecho o el peligro que el delincuente represente. La mención a delitos graves, algunos de ellos de especial intensidad, en el propio artículo, indica que no es esa la gravedad a atender, pues en ese caso, la pena sería imponible ya solo con una referencia al tipo delictivo aplicado. Por lo tanto, la gravedad del hecho debe referirse al supuesto concreto enjuiciado, en cuanto presente caracteres que justifiquen la imposición de esta pena añadida a la prevista para el tipo con carácter general. Lo mismo ocurre con la referencia al peligro que el delincuente represente, que no puede derivarse simplemente de las características del hecho tal como se describe en la descripción típica. Es preciso, por el contrario, que aparezcan esos datos relevantes a estos efectos en el relato fáctico de la sentencia, con su correspondiente valoración en la fundamentación jurídica, salvo en aquellos casos muy excepcionales en los que los hechos resulten de tal expresividad que hagan innecesaria cualquier explicación ampliatoria.

En el caso, nada se dice en la sentencia acerca de las razones que hayan movido al Tribunal a la imposición de las penas cuestionadas por el recurrente. Tampoco de los hechos se desprende la necesidad de las prohibiciones impuestas, pues, sin negar la gravedad de lo sucedido, sin embargo la misma no aparece conectada en ninguna forma con las penas aquí cuestionadas por el recurrente, pues se trata en definitiva de una reyerta entre dos grupos de soldados profesionales con el fin de dirimir rencillas y diferencias habidas días atrás, sin antecedentes de otros enfrentamientos violentos entre ellos, y de la que no se deduce necesariamente la existencia de un peligro real y grave de nuevas agresiones. Por otro lado, tampoco se contiene en la sentencia ninguna argumentación relacionada con la peligrosidad del recurrente (o de los demás recurrentes, a los que

en definitiva aprovechará la decisión que aquí se adopte), sin que pueda deducirse su existencia de la escueta descripción de lo sucedido, que si bien es suficiente para concretar los hechos delictivos, no lo es para establecer la base de la que naturalmente se pudiera deducir la procedencia de las penas discutidas.

Por lo tanto, al no existir motivación alguna relacionada con la imposición de las penas consistentes en la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima y la de acudir al lugar de residencia de la misma, y al no contener la sentencia datos que permitan ahora una fundamentación suficiente acerca de su imposición, ambos motivos se estiman, lo que determinará el dictado de una segunda sentencia en la que la imposición de tales penas se deje sin efecto.

Sentencia 780/2006, Sala de lo Penal del TS, de 3 de julio de 2006

IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR (PÉRDIDA).

INTERROGATORIO DEL ACUSADO POR EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL
Arts. 24 CE; 708 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García

SÍNTESIS

Con cita de la STS 291/2005 (reproducida en el núm. 16 de la Revista de Derecho Penal) se declara la vulneración del derecho al Juez imparcial a consecuencia de la iniciativa del Presidente del Tribunal de instancia de efectuar un interrogatorio exhaustivo de clara naturaleza acusatoria.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El estudio de los dos recursos formalizados, pone de manifiesto que la denuncia troncal de ambos se refiere a la vul-

neración del derecho a ser juzgados por un Tribunal imparcial.

(...)

En ambos recursos, la denuncia se concreta en la actitud del Presidente del Tribu-

nal, quien, tras el interrogatorio del Fiscal y de las Acusaciones Particulares y defensas, inició un abanico de preguntas al primer acusado interrogado —Héctor— que en opinión común de los recurrentes excedió, y con mucho, de las posibilidades que al respecto le concede el art. 708 LECriminal (...) Recientemente esta Sala ha resuelto sobre denuncias idénticas, a la que da vida a este recurso conectada con un exceso del Presidente del Tribunal en el ejercicio de su derecho a efectuar alguna pregunta o aclaración.

Se trata de la STS 291/2005, de 2 de marzo. Se decía en aquella sentencia con doctrina en todo aplicable al presente caso.

“...El párrafo 2.º del artículo 24 de la Constitución incluye entre los derechos de toda persona, se entiende que sometida a un proceso, a que éste sea público, sin dilaciones indebidas y con todas las garantías. Aunque no se diga expresamente en el texto constitucional, una de las garantías a que la persona sometida a proceso tendrá derecho es que su caso sea decidido por jueces imparciales, exigencia que sí aparece explicitada en el artículo 6.1.º del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1974, y en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977 y que, en conformidad con el artículo 96 de nuestra Constitución, han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno. Ambos textos, en forma casi idéntica, garantizan a toda persona que su causa sea oída públicamente por un Tribunal competente, independiente e imparcial.

El Tribunal Europeo instaurado por el Convenio de 1950 citado, se ha pronunciado ya sobre el tema de la imparcialidad en varias sentencias, como las de los casos Piersack (1 de octubre de 1982), De Cubber (26 de octubre de 1984), Hauschild (24 de mayo de 1989), Oberschlick (23 de mayo de 1991), Pfeiber y Planki (25 de febrero de 1992), Saint Marie (16 de diciembre de

1992), Padovani (26 de febrero de 1993), Nortier (24 de agosto de 1993), Saraiva de Carvalho (22 de abril de 1994) y Castillo Algar (28 de octubre de 1998). En varias de estas decisiones se ha distinguido entre pérdidas subjetivas y objetivas de imparcialidad, o entre imparcialidad subjetiva y objetiva, atendándose para detectar la primera a la convicción personal mostrada por un juez en un caso concreto y, respecto a la segunda asegurándose de que el juzgador ofrece garantías que excluyan cualquier duda a este respecto. La imparcialidad subjetiva se presume salvo prueba en contrario, de la existencia en el caso de parcialidad en cuanto a la segunda se determina cuando se descubran actos del juez que despierten dudas en cuanto a su imparcialidad (párrafos 25, 26 y 27 de la sentencia Padovani y 33 de la sentencia en el caso Saraiva de Carvalho). Varias de las sentencias dictadas (Piersack, De Cubber, Hauschild, Padovani) destacan que está en juego la confianza que los tribunales deben inspirar en una sociedad democrática y, en el caso de proceso criminal, en el propio acusado, si bien añaden que “las sospechas de este último, aunque importantes, no pueden ser decisivas, sino que esos temores deben estar objetivamente justificados...”.

En aquel caso se trataba de acusado que ejerció su derecho a guardar silencio a las preguntas del Ministerio Fiscal y de su defensa, pero que seguidamente fue objeto de un interrogatorio claramente acusatorio iniciado y dirigido por el Presidente del Tribunal, en el cual, el acusado reconoció los hechos, obteniéndose de este modo una prueba autoincriminatoria que fue tenida en cuenta por la Sala sentenciadora para condenarle.

En la sentencia referida dictada en casación se dio lugar al recurso, casando la sentencia y acordando un nuevo juicio por otros Magistrados.

A la misma decisión se va a llegar en el presente caso, ya lo anunciamos.

El acta del Plenario fue grabada en vídeo y audio, de suerte que esta Sala casacional, en virtud del visionado de la cinta n.º 1 de las dos que contienen el Plenario, y más en

concreto, en la parte correspondiente al interrogatorio de que fue objeto por el Sr. Presidente del Tribunal el primer acusado interrogado —Héctor—, ha podido verificar no sólo la realidad del interrogatorio sino con toda minuciosidad la batería de preguntas que se le efectuó así como la duración de dicho interrogatorio, en condiciones que vienen a reproducir con bastante fidelidad la forma en que se desarrolló el mismo, con una riqueza de matices que superan, y con mucho, la documentación por escrito efectuada por el Sr. Secretario, derivado de la propia imposibilidad física de recoger todo lo ocurrido, lo que viene a estar expresamente reconocido en el art. 743 que se refiere a la redacción de un acta en la que se hará constar “...sucintamente cuanto importante hubiese ocurrido...”, razón por la cual, el acta del juicio no tiene la naturaleza de documento casacional a los efectos de permitir la apertura del cauce del “error facti” del art. 849.2.º LECriminal, según reiterada doctrina de esta Sala que por conocida y reiterada, disculpa la oportuna cita.

Es evidente que esta doctrina pudiera tener en el futuro alguna modificación, precisamente derivada de la utilización de los nuevos medios de reproducción que ya permite el actual art. 788.6.º LECriminal, equivalente a este punto el art. 793.9.º anterior a la Ley 38/2002, de 24 de octubre.

En el presente caso la grabación en vídeo del Plenario, tuvo el carácter de medio para complementar el acta levantada al efecto por el Sr. Secretario, acta en la que también se recoge —sucintamente— el interrogatorio del Sr. Presidente.

Cuarto.—Pues bien, esta Sala de Casación en virtud de la lectura del acta levantada por el Sr. Secretario y del visionado de la cinta de vídeo en el particular concernido para la resolución de la denuncia formalizado, debe declarar que estuvo en condiciones casi del todo semejantes a la inmediación que tuvieron todos los asistentes al Juicio Oral.

(...)

Ciertamente, el art. 708 LECriminal en relación a los testigos permite que el Presidente del Tribunal pueda dirigirle al testigo algunas preguntas “...que estime conducente para depurar los hechos sobre los que declaren...”. La práctica judicial o “*usus fori*” ha extendido esta posibilidad también a los imputados, así como que las preguntas/aclaraciones las pueda efectuar también el Ponente de la sentencia, de acuerdo con el Presidente del Tribunal —STS 1742/1994, de 29 de septiembre—. En todo caso, es doctrina consolidada tanto en sede científica como jurisprudencial que debe efectuarse un uso moderado de esta posibilidad, y sólo para solicitar aclaraciones. Estas prevenciones son tanto más claras cuando las preguntas se dirigen a un imputado. En este aspecto es de total aplicación las prevenciones con que deben ejecutarse la iniciativa a que se refieren los arts. 728 a 731 LECriminal que exigen una reinterpretación constitucional respetuosa en el deber de imparcialidad que debe guardar el Tribunal sentenciador —SSTS 1450/1999, de 18 de noviembre; 328/2001 o 2030/2002, de 4 de diciembre—, a tal respecto, no será ocioso recordar las prevenciones contenidas en la STS 188/2000, de 10 de julio. Advierte el Tribunal Constitucional que esta iniciativa probatoria de oficio debe respetar la garantía de imparcialidad probatoria, que exige que en todo caso con su iniciativa, el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta.

Desde estas prevenciones, y desde la doctrina del TEDH antes recogida. Debemos analizar la iniciativa adoptada por el Sr. Presidente del Tribunal sentenciador de efectuar un interrogatorio como el que se ha recogido precedentemente en sus líneas más esenciales.

Así centrado el debate, la decisión sólo puede ser una: la del éxito de la denuncia.

En efecto, el Presidente del Tribunal con el interrogatorio claramente inquisitivo que efectuó, totalmente desbordado de las precisiones legales, tomó el partido de la acusación en cuya ayuda corrió, descendiendo a la arena del combate contradictorio y si-

tuándose en las antípodas del modelo ya descrito en la Exposición de Motivos de nuestra venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal: “...Los Magistrados deben permanecer durante la discusión, pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates...”.

Con ello, se exteriorizó con claridad de posición del Tribunal tendente a cooperar al éxito de la pretensión condenatoria de la parte acusadora, y consiguientemente, se perdió esa imparcialidad, no porque el Tribunal tuviese un interés particular en el asunto, que no lo tenía, sino que en el aspecto objetivo, la conducta del Tribunal —pues obviamente la acción del Presidente se extiende a todo el Tribunal— exteriorizó y dio cuerpo a un temor en los acusados de que el Tribunal, ya desde el principio del Plenario tenía un prejuicio adelantado y exteriorizado en contra de aquéllos por lo que, razonablemente pensaban que no iban a ser juzgados con imparcialidad.

En este control casacional verificamos la seriedad de los temores de los recurrentes y la razonabilidad de su denuncia, y, en definitiva, la pérdida de imparcialidad del Tribunal sentenciador.

No de otra manera puede estimarse la realización de un interrogatorio compuesto por sesenta preguntas durante diez minutos con una raíz claramente acusatoria. (...)

La evidente sugestión en la que se encuentra el procesado, en el centro de la Sala,

sin la cercanía física de su Letrado —conti-
güidad— cuando es interpelado por el Presidente del Tribunal en los términos descritos, lleva, como dato de experiencia, que en ese escenario, el interpelado carece de todo resorte psíquico para poner fin a un interrogatorio que no desea efectuar.

Tan fue así en el presente caso, que los otros dos procesados, para no ponerse en ese trance, se acogieron directamente al derecho de no declarar y no respondieron ninguna pregunta ni del Ministerio Fiscal, ni acusaciones, ni defensas, ni del Tribunal.

Como conclusión de todo lo razonado debemos declarar que los recurrentes vieron vulnerado su derecho a un juicio imparcial, debiéndose declarar la nulidad de la sentencia.

La consecuencia de ello es la estimación de los motivos estudiados, lo que hace innecesario el estudio de los restantes motivos de los recursos formalizados.

La nulidad de la sentencia recurrida tiene como efecto la devolución de la causa al Tribunal de procedencia para que los recurrentes sean repuestos en su derecho a ser juzgados por un Tribunal imparcial, lo que exige que otro Tribunal, compuesto por otros Magistrados diferentes a los que dictaron la sentencia que ahora se anula, celebren nueva vista, con práctica de toda la prueba, y dicten nueva sentencia, que, a su vez, podrá ser objeto de recurso de casación.

Sentencia 778/2006, Sala de lo Penal del TS, de 12 de julio de 2006

SENTENCIA DE CONFORMIDAD

Art. 787.4 LECrim.

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre las sentencias de conformidad y omisión por el Secretario del informe acerca de las consecuencias de la conformidad

que no genera, en el caso de autos, una auténtica lesión en el derecho de defensa del condenado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...).

Con independencia de las distintas posturas doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la conformidad, en este sentido recordar que la STS 17-6-1991, consideró la conformidad una institución que pone fin al proceso basándose en razones utilitarias o de economía procesal. La conformidad significaría un allanamiento a las pretensiones de la acusación pero sin llegar a su equiparación total y a sus estrictas consecuencias, por cuanto hay que reconocer que en el proceso civil rige el principio dispositivo y la verdad formal, mientras que en el proceso penal prepondera el de legalidad y el indisponibilidad del objeto del proceso, siendo la búsqueda de la verdad material a la que se orienta este proceso, otras opiniones entienden que la debatida figura pugna con el principio conforme al cual nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y defendido, aunque lo cierto es que si pudo defenderse y ser oído, renunciando a ello porque quiso, admitiendo y confesando su culpabilidad; si bien la conformidad supone que el hecho sea “aceptado” como existente ello no implica que se trate de una verdadera confesión y por tanto, de una actividad probatoria como sería el interrogatorio del acusado. También se ha dicho que la conformidad no es un acto de prueba, sino un medio para poner fin al proceso, es decir una situación de crisis del mismo, mediante la cual se llega a la sentencia, sin previo juicio oral y público, y de modo acelerado, consecuente a la escasa gravedad de la pena solicitada por las acusaciones y el convenio o acuerdo habido entre acusadores y acusados, en el que han participado los defensores de estos últimos y finalmente se ha sostenido que la

conformidad es una declaración de voluntad de la defensa, que no constituye confesión, porque lo contrario pugnaría con el art. 24.2 CE, que recoge el derecho a no confesarse culpable, y se considera que la conformidad constituye una clara consecuencia de la admisión del principio de oportunidad que podrá reportar al acusado substanciales ventajas materiales derivadas de una transacción penal, entendiéndose por ello que no debe hablarse de la existencia de un pacto subyacente entre las partes —dada la indisponibilidad del objeto del proceso penal— y lo que hay es una concurrencia de voluntades coincidentes. En definitiva, la conformidad no sería una institución que operase sobre el objeto del proceso, sino sobre el desarrollo del procedimiento, posibilitando obviar el trámite del juicio oral.

Y en cuanto a las razones de la existencia de esta institución —que no es nueva en nuestro proceso penal, pues su regulación básica se recoge en los arts. 655 y 688 LE-Crim., en el sumario ordinario y a esa inicial normativa se han ido superponiendo otros preceptos que disciplinan la conformidad en modo no exactamente coincidente y que han ido introduciéndose sucesivamente por Leyes modificativas, como la LO 7/1988 creadora del procedimiento abreviado, o complementarias como la LO 5/1995 del Tribunal de Jurado, proceso que culmina, al menos de momento, con la Ley 38/2002 y la LO 8/2002, ambas de 24-10, introducen una nueva modalidad de conformidad para los juicios rápidos por delito— que a su vez ya ha sido objeto de una nueva modificación por la Disposición Final primera LO 15/2003, de 25-11, con la nueva redacción de los arts. 801, 787.6 y 7, y 795.1.2 LECrim. —que ha supuesto una auténtica modificación por vía indirecta del Código Penal, al

permitir a modo de atenuante privilegiada con una eficacia especial, la reducción de un tercio de la pena a la fijada por la acusación, lo que determinó la necesidad de conferir al art. 801 el rango de Ley Orgánica del que carecía el inicial Proyecto de Ley, en cuanto además confiere, la competencia al Juez de Instrucción de guardia—, se ha dicho que además de asegurar la celeridad procesal a niveles mínimos para la sociedad, la búsqueda del consenso es un imperativo ético-jurídico que puede venir apoyado por dos parámetros constitucionales:

1.^º Que la obtención del consentimiento del acusado a someterse a una sanción implica una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad proclamada en la Constitución, art. 10.1.

2.^º Que el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud resocializadora que facilita la reinserción social, proclamada como fin de la pena, art. 25.2 CE, y que en lo posible no debe ser perturbada por la continuación del proceso y el estigma del juicio oral.

Segundo.—Por ello la doctrina de esta Sala, como regla general, considera que son inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra sentencias de conformidad (SSTS 9-5-1991, 19-7-1996, 27-4-1999, 17-11-2000 y 6-11-2003), por carecer manifestamente de fundamento. Este criterio se apoya en la consideración de que la conformidad del acusado con la acusación, garantizada y avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el tribunal casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado, libremente y sin oposición. Las razones de fondo que subyacen en esta consideración pueden concretarse en tres (SSTS 2-1-2001 y 6-4-2001):

1) El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que

ha aceptado libre, voluntariamente sin oposición 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.

Ahora bien esta regla general de inadmisibilidad del recurso de casación frente a las sentencias dictadas de conformidad está condicionada a una doble exigencia: que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad y que se hayan respetado en la sentencia los términos del acuerdo entre las partes.

Así, por ejemplo, desde la primera de dichas perspectivas resulta admisible un recurso interpuesto frente a una sentencia de conformidad, cuando se alegue que se ha dictado en un supuesto no admitido por la ley (pena superior al límite del art. 787.1), cuando se alegue que no se han respetado las exigencias procesales establecidas (por ejemplo la “doble garantía” o inexcusable anuencia tanto del acusado como de su letrado), cuando se alegue un vicio de consentimiento (error, por ejemplo) que haga ineficaz la conformidad, o, en fin, cuando, excepcionalmente, la pena impuesta no sea legalmente procedente conforme a la calificación de los hechos, sino otra inferior, vulnerándose el principio de legalidad (sentencia 17 de abril de 1993).

Desde la segunda de dichas perspectivas, resulta admisible el recurso interpuesto contra sentencias que no respeten los términos de la conformidad de las partes, bien en el relato fáctico, bien en la calificación jurídica

ca o bien en la penalidad impuesta, debiendo recordarse que la admisibilidad del recurso no determina la decisión que en su momento haya de adoptarse sobre su estimación, pues el Tribunal sentenciador, por ejemplo, no pierde sus facultades de individualizar la pena en cuantía inferior a la solicitada (sentencias 4 de diciembre de 1990, 17 de junio y 30 de septiembre de 1991, 17 de julio de 1992, 11, 23 y 24 de marzo de 1993), teniendo como límite en cuanto a la penalidad no poder imponer pena más grave que la pedida y conformada (STS 27-4-1999 y 6-3-2000).

(...)

Tercero.—Desde esta perspectiva debemos analizar el recurso interpuesto que en síntesis, propugna que la omisión por el Sr. Secretario de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Murcia de la previsión expresamente contenida en el art. 787.4 LECrim. de, una vez que la defensa manifiesta su conformidad informar al acusado de sus consecuencias de su asentimiento, supuso una vulneración de los derechos previstos con carácter general en el art. 24 CE, derecho fundamental a la defensa, a la tutela judicial efectiva y prohibición de la indefensión y a un proceso público con todas las garantías.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar que la preservación de los derechos fundamentales del acusado y, en especial, la regla o principio de interdicción de indefensión, reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa, por lo que corresponde a los órganos judiciales velar por que en las distintas fases del proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes y que posean estas idénticas posibilidades de defensa en cada una de las instancias que lo componen.

Además la STC 40/2002, de 14-2, señala que el concepto constitucional de indefensión es más estricto y “no tiene por qué coincidir enteramente con la figura procesal de la indefensión”, de suerte que “no toda infracción de las normas procesales se con-

vierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional. En definitiva, para que ésta exista es preciso, efectivamente, que la infracción de las normas procesales haya supuesto “una privación o una limitación del derecho de defensa” que el art. 24 CE reconoce (SSTC 48/1984, de 4-4; 211/2001, de 29-10).

Por ello el resultado de indefensión prohibido por la norma constitucional ha de ser imputable a los poderes públicos y tener su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales, estando excluidos de su ámbito protector la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los representantes que les representan o defienden (SSTC 109/2002, de 6-5; 101/1999, de 5-6).

Asimismo por indefensión constitucionalmente relevante sólo puede entenderse la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio de derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, produciendo un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STS 2/2002, de 14-1). Por tal razón “solo cabe otorgar relevancia constitucional a aquella que resulte efectiva, de tal forma que no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución material de los derechos que corresponden a las partes en el proceso (SSTC 35/1989, de 14-2; 52/1989, de 22-2; 91/2000, de 30-3).

Cuarto.—(...) el motivo deviene inadmisible. La denuncia del recurrente de que se ha infringido el art. 787.4 LECrim. por el Secretario no le informó de las consecuencias de la conformidad, supone una infracción de carácter formal que se contempla en una norma de carácter procesal cuya rele-

vancia deriva de la producción de indefensión al acusado, por haberle causado un efectivo y real menoscabo en el derecho de defensa, con perjuicio evidente de sus intereses.

La finalidad del art. 787.4 LECrim. atribuyendo al Secretario la misión de informar al imputado de las consecuencias de la conformidad, antes de que sea prestada, es en cierto modo, preservar la imparcialidad objetiva del Tribunal que, en definitiva, va a aprobar dicha conformidad, pero en el caso presente, no cabe apreciar que al hoy recurrente se le haya causado menoscabo alguno en su derecho de defensa pues prestó su conformidad en el acto del juicio después de escuchar la nueva solicitud del Ministerio

Fiscal más favorable que la inicialmente realizada y estando asistido de la defensa técnica y profesional que igualmente prestó la conformidad con lo solicitado.

No se necesitan conocimientos jurídicos para entender que la conformidad implicaba el dictado de una sentencia que acogiese una sentencia condenatoria conforme a las peticiones de las acusaciones, máxime si se encontraba asistido por abogado.

No consta que su voluntad de conformidad estuviese en aquel momento afectada por vicio de la voluntad y tampoco se ha aportado prueba al respecto ni se han especificado en qué extremos concretos esa falta de información del Secretario le ha causado indefensión.

Sentencia 850/2006, Sala de lo Penal del TS, de 12 de julio de 2006

EXIMENTES. EJERCICIO DE DERECHO, CARGO U OFICIO

Art. 20.7.^a Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz

SÍNTESIS

Tras recordar cuáles son los requisitos generales de la eximente de cumplimiento de un deber, entiende que el alcance de esta se extiende también a los vigilantes de seguridad privada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...).

Como recuerda la STS n.º 1401/2005, mencionando a su vez la STS n.º 17/2003, con cita de otras muchas anteriores, conocidos son los requisitos que esta Sala viene exigiendo para la aplicación de la eximente

de cumplimiento del deber cuando se trata de la actuación de un agente de la autoridad, que tiene no sólo la facultad, sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando —si resultan necesarios— medios violentos, e incluso las armas reglamentariamente asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y de servir a la paz colectiva “con la decisión necesaria y

sin demora cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable”, pero al mismo tiempo “rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad”, como dice el apartado c) del Artículo Quinto, apartado 2, de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (dictada en cumplimiento del artículo 104.2 de la Constitución), al regular las “Relaciones con la comunidad”, y cuyo apartado d) concreta que “solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior”. Todo ello responde al mandato del artículo 104 CE y se halla inspirado en las líneas marcadas por la “Declaración de la Policía”, hecha por el Consejo de Europa de 8-5-1979, y por el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17-12-1979. Conforme a tales normas y directrices, en estos casos, para la aplicación de la exigente de cumplimiento del deber es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1.º) Que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo; 2.º) Que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente; 3.º) Que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito se está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe. Si falta cualquiera de esos tres primeros requisitos, que constituyen la esencia de esta exigente, no cabe su aplicación, ni siquiera como eximente incompleta; 4.º) Que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad

pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso y, por otro, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiere el agente de la autoridad (necesidad en concreto); y 5.º) Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública.

(...)

La Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada —puntualmente modificada por el Real Decreto-Ley 2/1999, de 29 de Enero, por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y desarrollada reglamentariamente por los RR.DD. n.º 2364/1994 y n.º 2487/1998— vino a regular la situación de los servicios privados que, siendo una realidad en nuestro entorno desde el año 1974, han venido actuando como complemento de la seguridad pública, materia en principio atribuida en régimen de monopolio a los sistemas públicos por la Constitución. Por tal razón, estas empresas privadas desempeñan sus funciones de forma subordinada respecto de las fuerzas de orden público. La Ley 23/1992 dedica específicamente a la figura de los vigilantes de seguridad la Sección Segunda del Capítulo Tercero, detallando entre sus competencias —artículo 11, apartados a) y c)— las de “ejercer la vigilancia y protección de bienes muebles e inmuebles, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos” y de “evitar la comisión de actos delictivos o infracciones en relación con el objeto de su protección”. Para el legítimo desempeño de sus funciones, es igualmente exigible, según preceptúa el artículo 12, que los vigilantes se encuentren integrados en empresas de seguridad, que vestan el oportuno uniforme identificador y que ostenten el distintivo del cargo que ocupen, debidamente aprobado por el Ministerio del Interior y en todo caso diferente y no confundible con los habitualmente empleados por las Fuerzas Armadas

y por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Como lógica consecuencia de todo ello, hemos de entender que estas funciones de seguridad, legalmente conferidas a los vigilantes privados, hacen posible extender los efectos de la causa de justificación por cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de un oficio o cargo cuando concurren estos presupuestos y los estudiados en el fundamento precedente.

Por su parte, el artículo 1 del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por RD 2364/1994, de 9 de diciembre, en consonancia con el artículo 5 de la Ley 23/1992, regula las actividades que podrán prestar las empresas de seguridad, entre las que se comprenden las de “vigilancia y protección de bienes, establecimientos, espectáculos, certámenes o convenciones” (letra a). Como

destaca el recurrente, el artículo 1.4 de la Ley 23/1992, desarrollado por el artículo 66 del Reglamento, confiere a estas empresas y a su personal la obligación especial de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, y en particular respecto de los vigilantes de seguridad dispone el artículo 77.1.a) del RD que les corresponde “ejercer la vigilancia y protección de bienes muebles e inmuebles, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos”, debiendo seguir las instrucciones que les impartan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como colaborando con las mismas dentro de los locales o establecimientos en que presten sus servicios en cualquier situación en que sea preciso para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana (artículo 77.2 del RD).

Sentencia 759/2006, Sala de lo Penal del TS, de 13 de julio de 2006

RESPONSABILIDAD CRIMINAL. AUTOR

Arts. 28 y 65.3 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater

SÍNTESIS

De los diversos aspectos abordados en la sentencia, extractamos sólo el que se refiere a la admisión de una forma de participación criminal sucesiva, con manifestación posterior a la consumación, cuando el partícipe promete al autor, antes de la consumación, una cooperación posterior que pueda ser esencial para alcanzar la meta que el autor se propone. Y ello incluso aunque se trate de participar en un delito especial, en los términos que establece el art. 65.3 del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

Consecuentemente, se plantea aquí el problema de si el uso temporal de dinero proveniente de una operación irregular del respon-

sable de un banco configura una cooperación necesaria en el delito de apropiación indebida de dicho responsable, incluso cuando el partícipe no obra con “animus rem sibi habendi”, pues piensa devolver el dinero y además no se ha excluido que lo haya hecho.

2. Resuelto lo anterior, la cuestión que a continuación se plantea es la de si es posible considerar al recurrente cooperador necesario del delito de apropiación indebida cometido por el responsable del banco declarado en rebeldía.

En el presente caso la autoría del director de la sucursal bancaria del delito del art. 252 CP (lo mismo que el art. 535 CP 1973) corresponde indudablemente al inculcado declarado rebelde, que ejercía en nombre del banco la administración del dinero recibido de los clientes. La autoría consiste precisamente en la desviación hacia su propio patrimonio de los intereses generados por el préstamo del dinero administrado, que hubiera debido ingresar en el patrimonio del banco. La infracción del deber determinante de la tipicidad del hecho consiste, por lo tanto, en utilizar el dinero del banco para la realización de negocios propios, distraendo los beneficios de los mismos, que deberían haber sido ingresados en el patrimonio del banco.

El delito de administración desleal, que se define como distracción de dinero recibido en administración, etc., es un delito especial propio. Nuestra jurisprudencia ha subrayado desde hace más de una década que la participación en un delito especial propio de un no cualificado es punible, como implícitamente surge de la sentencia 368/1996, citada por el Fiscal en su informe, y antes ya en forma explícita de la STS 52/1993. El recurrente lo admite también al solicitar que se le aplique la reducción de la pena que prevé el art. 65.3 CP, que el Fiscal ha apoyado.

Se podría alegar que en este caso no es posible estimar la participación del recurrente, dado que esta forma de la responsabilidad criminal requiere, en todo caso, una aportación al hecho que haya contribuido a su realización. Con otras palabras, se vendría a sostener que estamos ante una participación posterior a la consumación del delito (cooperación sucesiva), por lo tanto no punible.

Es cierto que en este caso la receptación (no existe un recurso de la Acusación por el delito de receptación) y uso del dinero por parte del recurrente es posterior a la acción

del administrador desleal, porque cuando lo recibe el autor ya ha consumado el delito, es decir, ya ha desviado el dinero administrado a su patrimonio para poder disponer de él. Por lo tanto, al ofrecer el dinero ya se está comportando como si el dinero fuera suyo. También es cierto que toda participación punible en un delito debe ser, en principio, anterior a la consumación.

No obstante, como lo ha puesto de manifiesto la doctrina, la participación sucesiva, con manifestación posterior a la consumación, es punible cuando el partícipe promete al autor, antes de la consumación, una cooperación posterior que pueda ser considerada esencial para alcanzar la meta que el autor se propone. La conclusión de la doctrina se refiere a la posibilidad de una cooperación psicológica y nada tiene que ver con la antigua teoría del “acuerdo previo”, mediante la cual la antigua jurisprudencia de esta Sala, extendiendo el concepto de coautoría, estimaba que todo partícipe en el acuerdo debía ser considerado coautor, sin tener en cuenta su aportación personal al hecho. En el presente caso la Audiencia ha podido establecer que las operaciones de préstamos irregulares del banco responden a un acuerdo entre el recurrente y el otro inculcado. No es posible saber quién indujo a quién, pero es claro que el recurrente prometió recibir los dineros una vez producida la apropiación y además pagar unos intereses (seguramente menores que los corrientes) de los que el director de la sucursal se apropiaría en perjuicio del banco. El carácter necesario de esta cooperación no ofrece ninguna dificultad. En efecto, la necesidad de la cooperación surge de la naturaleza del convenio ilegal acordado por el recurrente con el director de la sucursal del banco. Es claro que cuando el medio de comisión del delito es un contrato sinalagmático, aunque sea ilegal, la participación de ambas partes es necesaria.

3. Sin perjuicio de lo anterior, es lo cierto que el recurrente carece de las características objetivas y subjetivas de la autoría establecidas en el tipo de los arts. 535 CP 1973 y 252 CP, pues, en primer lugar, no

habría obrado con el elemento subjetivo especial del “animus rem sibi habendi” ni se encuentra, en segundo lugar, en ninguna de las situaciones en las que puede ser tenido por depositario de la especial confianza defraudada (depositario, comisionista, administrador o en cualquier otra posición análoga) determinantes de la autoría del delito del art. 535 CP 1973. Esa es la razón por la que no es punible como coautor, sino con fundamento en las normas de extensión de la punibilidad a los partícipes, es decir las que regulan la participación de cooperadores e inductores. En estos casos, nuestra jurisprudencia ha entendido que al partícipe no cualificado en un delito especial propio debe serle aplicada la pena atenuada con fundamento en el art. 9.10 CP 1973. Precedente importante en este sentido es la ya citada STS 52/1993, FJ séptimo, en el que se dijo que en referencia al caso de la punibilidad de un extraño en un delito especial propio es de aplicación una atenuante de análoga significación (art. 9.10.^a CP 1973 o 21.6.^a CP) con base en el art. 1 CE, es decir, “teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad”, y el art. 60 CP 1973 o 65.1.^o CP.

El recurrente requiere, en este sentido, la aplicación del art. 65.3 CP vigente, que en definitiva ha codificado —mediante un texto confuso y con ciertas modificaciones— lo que nuestra jurisprudencia había establecido claramente durante la vigencia del Código de

1973. Es claro que el recurrente es cooperador necesario no cualificado en el delito especial previsto en el art. 535 CP. 1973 o 252 CP. Sin embargo, el art. 65.3 CP determina que la atenuación de la pena es sólo facultativa, mientras la jurisprudencia, como se dijo, venía entendiendo la atenuación como necesaria en los delitos especiales propios.

La Sala estima que el art. 65.3 CP no contradice la premisa jurisprudencial basada en la menor entidad de la ilicitud del partícipe no cualificado, sino que sólo ha extendido las posibilidades de atenuación por debajo de la pena ordinaria, concediendo a los tribunales la facultad de reducirla en un grado. Consecuentemente, después de la reforma se han integrado los criterios establecidos, de tal manera que en los delitos especiales propios la atenuación por la atenuante análoga sigue en pie y con carácter obligatorio, mientras que la posibilidad de atenuar la pena en un grado es meramente facultativa.

En el caso presente la Sala estima que es de aplicación la atenuante análoga, dado que el autor había establecido con el Director de la sucursal un sistema de defraudación permanente que comporta una reiteración de las conductas antijurídicas y ello excluye la atenuación extraordinaria que prevé el art. 65.3 CP.

Por tal razón este aspecto del recurso debe ser acogido dentro de los límites señalados.

Sentencia 793/2006, Sala de lo Penal del TS, de 14 de julio de 2006

AUTORIDAD O FUNCIONARIO. DENEGACIÓN DE AUXILIO

Arts. 24 y 412 Código Penal

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

SÍNTESIS

A propósito de una conducta de denegación de auxilio, la Audiencia absolvió por no considerar “autoridad competente” a quien requirió el auxilio, resolución casada por el Tribunal Supremo, acudiendo a un concepto “funcional” y no meramente formal de “autoridad”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...).

2. Tales hechos, resumen del relato probatorio, merecieron por parte de la Audiencia una inicial calificación de delictivos. Sólo una circunstancia le impidió dictar una sentencia condenatoria: la no concurrencia en el requiriente del servicio de la condición de “autoridad competente”.

Bien clara quedó esta idea en el fundamento primero que se manifestaba en los siguientes términos: que “han quedado plenamente acreditados los hechos imputados por la acusación popular”, insistiendo en el tercero de los fundamentos “que el acusado desarrolló la conducta descrita en el art. 412.1 CP, consistente en no prestar el auxilio debido en la realización de un servicio público”.

La Audiencia circunscribe los argumentos para negar al Teniente de la Guardia Civil jefe del puesto principal de Benicasim el carácter de autoridad competente a tres esenciales:

a) Acude a la normativa extrapenal para interpretar el concepto de autoridad que establece el art. 24.1 CP del propio Código Penal. En tal sentido refiere el art. 7.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que establece: “En el ejercicio de sus funciones, los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad”.

Por su parte la cualificación del 7.2 de dicho texto legal al extender el carácter o consideración de autoridad a los agentes no sirve como referente ya que lo es a los efectos de intensificar la pena cuando se hallan en la situación de sujetos pasivos del delito. La Audiencia, por el contrario, entiende que la concepción auténtica de “autoridad” lo es para delimitar el sujeto activo del delito.

b) En segundo término y en base a la misma Ley Orgánica 2/1986 recuerda que al

describir la organización en el ámbito de la administración general de la seguridad ciudadana, en su proyección provincial, se atribuye dicho mando directo al “Gobernador civil” ahora Subdelegado del Gobierno, “sin perjuicio de la dependencia funcional de los miembros de las unidades de policía judicial de las fuerzas y cuerpos de la seguridad del Estado respecto de los Jueces, Tribunales y del Ministerio Fiscal.

c) La relevancia penal de la denegación de auxilio debe limitarse a supuestos en que el requerimiento procede de autoridad. De lo contrario y entre funcionarios públicos daría origen a un ilícito administrativo. En ese sentido lo contempla el Decreto 19/2003 de 4 de mayo del Consell de la Generalitat Valenciana que tipifica como falta muy grave supuestos como el enjuiciado (art. 32): falta de colaboración manifestada con los cuerpos y fuerzas de seguridad, o [art. 33 d) y p)] referida a actos y omisiones negligentes y deliberados que causen grave daño a la labor policial o la negativa injustificada a prestar la colaboración solicitada con ocasión de un servicio.

3. Los argumentos de la Audiencia no poseen la necesaria consistencia.

Respecto a la necesidad de acudir a normas extrapenales para desentrañar el concepto de “autoridad” del art. 24.1 CP la misma sentencia asume el carácter de concepto propio y con cita de jurisprudencia de esta Sala, excluye la naturaleza de norma “en blanco” susceptible de complementación.

Por tanto la afirmación de que las fuerzas y cuerpos de seguridad tienen “a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad” debe quedar restringido al contexto de la propia ley, pues no cabe duda que también tales agentes son funcionarios públicos e incluso algunos de ellos autoridad. Constituiría un dislate no reputar autoridad a ningún General de la Guardia Civil. A efectos penales hemos de ceñirnos al con-

cepto del art. 24.1 CP que más adelante delimitaremos.

Por otro lado, cuando la sentencia combatida habla de la organización de las fuerzas policiales es indudable que acude a un concepto formal, orgánico-administrativo, referido a la estructura de las fuerzas y cuerpos de seguridad. En su condición de policía judicial, con la incumbencia de descubrir los delitos y detener a los delincuentes, poseen autonomía cada uno de los jefes de los “Puestos de la Guardia Civil”, a cuyo frente se halla bien un oficial o suboficial, pero con facultades, funciones e iniciativas que poseen como tales sin necesidad de ningún sometimiento o autorización a sus superiores jerárquicos en el orden administrativo. Podrán requerirles para que inicien una investigación o para que en causa ya iniciada practiquen determinadas diligencias; igualmente deberán dar conocimiento a un superior orgánico, al concurrir en la investigación de un delito, de las actuaciones practicadas, poniéndose a su disposición (art. 285 LEC); pero independientemente de ello también pueden y deben, por razón de sus funciones y competencia, iniciar de “motu proprio” una investigación policial en averiguación de un delito.

Con todo ello advertimos el carácter formal y orgánico que la Audiencia atribuye al concepto de autoridad, contrapuesto a otro concepto funcional del mismo.

Por último el argumento del apartado c) tampoco es definitivo, pues un Decreto de un Gobierno autónomo no puede prevalecer sobre una Ley Orgánica estatal (n.º 2/1986), o el art. 24.1 del C.Penal. Ciertos hechos se podrán calificar como infracción administrativa, pero cuando no posean carácter delictivo.

4. Analizados los argumentos que el tribunal provincial utiliza para negar el carácter de “autoridad competente al Teniente de la Guardia Civil, jefe del Puesto principal de Benicasim”, hemos de hacer ciertas consideraciones sobre la interpretación del concepto.

La doctrina científica más destacada ha dicho que el Código Penal contiene un buen número de delitos en los que la esfera de posibles autores está limitada a autoridades o funcionarios, en los que esa condición cualifica y modifica la tipicidad aplicable (delitos especiales propios o impropios).

Del mismo modo hay infracciones que tienen su significación propia precisamente en la medida en que van dirigidas contra personas de esta clase, a las que se suele dispensar especial protección.

En nuestro caso deberemos atender:

- a) a los estrictos términos del art. 24.1 CP, como punto de partida.
- b) al conjunto o complejo terminológico utilizado por el tipo como “autoridad competente”, en tanto concepto matizado.

5. El art. 24.1 CP, refiere el carácter de “autoridad” al que “tenga mando o ejerza jurisdicción”. Por tales términos se suele entender “la capacidad que tiene una persona de ejecutar una potestad pública, administrativa o judicial, por sí misma en un ámbito competencial objetivo y territorial”.

En nuestro caso, limitadas a la demarcación del Puesto de la Guardia Civil de Benicasim, el Teniente, comandante en jefe del mismo, en la investigación de los delitos tiene iniciativa, facultades y competencias propias sin que para actuar en ese cometido precise de la orden o confirmación de ningún juez, fiscal o superior jerárquico en el orden administrativo (guardia civil de superior categoría) o superiores político-administrativos (Delegado o Subdelegado del gobierno), ni de ningún otro a nivel nacional, Director General de la Guardia Civil, Secretario de Estado de Seguridad o Ministro del Interior. De no atribuirse la correspondiente “autoridad” en tal cometido se resentiría la rapidez y agilidad en la investigación ante la comisión de determinados delitos.

En ese territorio y en esa función tiene potestades y facultades propias de organizar, disponer y en definitiva de actuar.

6. El adjetivo “competente”, que acompaña en la descripción típica del art. 412.1 al término “autoridad”, debe necesariamente condicionar el tenor del art. 24.1, modulando el sentido estricto que pudiéramos atribuir al concepto de autoridad, inyectándole un importante matiz “funcional” que lo hace depender (según la casuística) de las circunstancias que rodeen el caso, básicamente circunstancias relativas a un planteamiento competencial, que será el verdaderamente determinante.

La Audiencia provincial atisbó ese carácter funcional aunque se inclinó por un entendimiento más estricto o garantista en evitación de cualquier hipotética lesión del principio de legalidad (en su vertiente de taxatividad), consecuencia de una interpretación “in malam partem” incompatible con tal principio.

Descubre ese carácter funcional el fundamento jurídico segundo en el que se lee: “No debe resultar dudoso que el mando de la operación correspondía, en cuanto a la persona competente para dirigir la investigación y realizar las labores pertinentes de comprobación, al Teniente de la Guardia Civil”.

También, en términos similares establece el fundamento tercero de la recurrida: “el acusado... constituyó un impedimento para el buen y normal desarrollo de la operación investigadora de los supuestos delitos pro-

ducidos, acordada por la persona competente para ello que en aquél momento no era otro que el Teniente de la Guardia Civil”.

7. Por lo demás, resulta incontestable que este delito no precisa la existencia de jerarquía entre autoridad requiriente y funcionario o autoridad requerida, pues si así fuera nos hallaríamos ante un delito de desobediencia.

A su vez analizado el ilícito penal desde la óptica que lo hemos hecho (dimensión funcional) resulta patente que el bien jurídico protegido ha sido atacado, por cuanto la existencia del delito de denegación de auxilio obedece a un comprensible deseo legal de prestar solidez y cobertura penal al deber de colaboración entre los diferentes sectores de la administración pública y de ésta y de los demás poderes entre sí con el propósito de conseguir un eficaz cumplimiento de las funciones públicas, que el acusado en nuestro caso gratuitamente perturbó de forma grave, dando al traste con una investigación policial incipiente, llevada cabo por quien tenía facultades para hacerlo y para interesar la colaboración de otros.

El motivo ha de estimarse y las costas del recurso debemos declararlas de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 LECriminal, con devolución del depósito constituido en su día.

Sentencia 795/2006, Sala de lo Penal del TS, de 14 de julio de 2006

PRUEBA TESTIFICAL. LECTURA DE DECLARACIONES SUMARIALES

Arts. 24.2 CE; 730 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

Lectura en el juicio oral de declaraciones testimoniales sumariales sin existir una auténtica imposibilidad real de presencia de testigo en el acto, que lo lesiona el derecho de contradicción y de defensa del condenado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(…).

El art. 730 LECrim. contiene una previsión claramente excepcional, pues es patente que supone la drástica limitación del juego del principio de contradicción, que se sabe esencial para que resulte efectivo el derecho de defensa. Por eso, es reiteradísima la jurisprudencia que condiciona su aplicación a la concurrencia de circunstancias como la muerte del testigo o la imposibilidad de su localización. Una imposibilidad que debe ser efectiva y suficientemente contrastada, pues, de otro modo, se daría lugar a usos facultativos y por ello arbitrarios de esa norma.

Pues bien, en este caso, resulta de la causa que la averiguación que tendría que haberse practicado ni siquiera fue instada por la Audiencia, lo que, además de alguna dejadez por parte de ésta, sugiere cierta desatención en el caso del Fiscal; circunstancias ambas ajenas a la defensa, que prestó una razonable colaboración a la regular práctica de esa prueba, al no oponerse a la suspensión del trámite, y cuya posición no debe resultar gravada por tal incorrecto modo de operar.

Es también advertible que el testigo había declarado ante el instructor sin que estuviera presente la defensa del acusado. Dice el Fiscal que eso se debió a que en el momento de prestarla aquél estaba en situación de busca, tras haberse acordado (folios 6 y 7) su detención. Es realmente cierto, pero también lo es que el mismo fue hallado y declaró en el juzgado el 29 de abril de 2004, por lo que, cuando lo hizo el testigo, por auxilio judicial, el 14 de mayo siguiente, no se daba ya la circunstancia obstativa invocada.

En todo caso, el argumento es de naturaleza meramente formal, mientras que el padecimiento del derecho a contradecir que se constata tiene un carácter inequívocamente material.

En el sentido indicado, el principio de contradicción es una implicación del derecho de defensa, por goza además de reco-

nocido valor epistémico, ya que, en virtud de una experiencia universal, se sabe que el método controversial y dialógico es el más adecuado para decidir sobre la verdad de los enunciados; pues, dicho de forma coloquial, es notorio y está generalmente aceptado que “de la discusión sale la luz”.

Tal es la razón de fondo por la que en el art. 6.3 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se reconoce a todo acusado “el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él”. Y por la que se pronuncie en términos equivalentes el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así las cosas es claro que, en rigor, el derecho de referencia reclama la posibilidad real de interlocución directa del acusado (normalmente a través de su defensa) con el testigo que le inculpe en los momentos del trámite en que éste fuera interrogado, y, esencialmente, en el acto del juicio. Cuando esto no sucede, cabría acudir al expediente del art. 730 LECrim., pero, para ello ha de constar una imposibilidad real de presencia del testigo en ese acto, suficientemente acreditada. Una circunstancia que, a tenor de lo expuesto, aquí no concurrió en los términos que sería exigible.

Otra cosa hay que decir en lo relativo al modo en que tuvo lugar la declaración de los funcionarios, pues lo cierto es que el art. 786.2 LECrim. habla de pruebas que se propongan para practicarse en el acto, y esta expresión ciertamente amplia no excluye la testifical. Es verdad que no se comprende cómo el Fiscal omitió incluirla en el escrito de acusación, pero, en cualquier caso, la verdad es que hizo uso de una de las opciones del artículo que acaba de citarse y llevó a los policías al tribunal para su examen inmediato, que se hizo de forma contradictoria.

Pues bien, por lo expuesto, debe estimarse parcialmente el motivo, en el sentido de que la práctica de la testifical primeramente

aludida se llevó a cabo con quebrantamiento de formas legales dadas en garantía del derecho a contradecir y con vulneración, por

tanto del derecho de defensa, que no afectó, en cambio, a la práctica de la testifical de los agentes de la policía.

Sentencia 829/2006, Sala de lo Penal del TS, de 20 de julio de 2006

NULIDAD DE DILIGENCIAS PRACTICADAS EN GUANTÁNAMO. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PRUEBA ILÍCITA

Arts. 24.2 CE; 11 LOPJ

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

SÍNTESIS

Declarada la nulidad de todas las diligencias practicadas en Guantánamo, donde estuvo detenido el recurrente, la Sala considera que la declaración del recurrente en sede judicial y en el Plenario, única prueba existente, carece de todo elemento fáctico que permita llegar al juicio de certeza en relación al delito de integración en organización terrorista.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...).

No nos corresponde pronunciarnos sobre la situación de mantener privados de libertad indefinidamente a personas en esos “limbos”, en condiciones a las que luego se hará referencia. La doctrina del T.S. de los Estados Unidos de América del Norte concentra en el aforismo “The Supreme Court has decided the constitution don’t follow the flag”, es decir, “el Tribunal Supremo ha decidido que la Constitución no sigue a la bandera”. Ello equivale a decir que del hecho de que ondee la bandera de EE.UU. en un territorio, no se sigue que le sea aplicable la Constitución. En esta doctrina parece encontrarse el origen de la situación insólita de Guantánamo —Insular cases: *Delim vs Bi-*

dwell (1901); *Dodey vs United States* (1901) o *Door vs United States* (1904)—.

Más limitadamente debemos declarar que partiendo del dato cierto e incontrovertido de que el recurrente permaneció detenido en poder del ejército de los Estados Unidos desde que les fue entregado en fecha no precisada en la sentencia, en Kandahar, por los militares paquistaníes y trasladado seguidamente a la base de Guantánamo, hasta su puesta a disposición del Juez Central de Instrucción n.º 5 el 13 de febrero de 2004, toda diligencia o actuación practicada en ese escenario, debe ser declarada totalmente nula y como tal inexistente. Ello supone tener por inexistente la, eufemísticamente, denominada por el Tribunal sentenciador “entrevista policial”, lo que en realidad fue un interrogatorio porque éste se produce en una

situación de desigualdad: una parte pregunta y la otra responde, y en este caso, el que respondía, estaba, además, privado de libertad. La entrevista sugiere una situación de igualdad de los contertulios, que, obviamente, no existió en el presente caso.

Por la misma razón debe ser declarada nula e inexistente la declaración en el Plenario de los dos miembros de la UCIE que interrogaron al recurrente.

Constituiría un verdadero fraude procesal estimar nula la declaración del recurrente y recuperarla o rescatarla por vía indirecta a través del testimonio de los interrogadores bajo el subterfugio del art. 710 LECriminal —testigos de referencia—. Tiene esta Sala declarado, con reiteración, que los testigos de referencia no pueden suplantar al autor de la declaración si éste se encuentra a disposición del Tribunal. SSTs 577/2002, de 3 de abril, 944/2003, de 23 de junio, 1940/2002, de 21 de noviembre, o la reciente sentencia 640/2006, de 9 de junio. En el mismo sentido SSTEDH Delt vs Francia (1990); Isgro vs Italia (1991) y Lüdi vs Suiza (1992) por vulneración del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

(...)

Séptimo.—Como conclusión del examen efectuado en relación a las pruebas de cargo estimadas como tales en la sentencia de la Audiencia Nacional, debemos declarar que la nulidad radical del interrogatorio del recurrente efectuada por los miembros de la UCIE en Guantánamo, la nulidad de las declaraciones de estos funcionarios en el Plenario, y la nulidad de las intervenciones telefónicas, deja como única prueba de cargo, la declaración del recurrente en sede judicial el día 26 de febrero de 2004 y su declaración en el Plenario.

(...)

Noveno.—Continuamos con la segunda denuncia que postula la nulidad de tal declaración como prueba derivada de la nulidad de las actuaciones precedentes, y de acuerdo con el art. 11 LOPJ al estar afectada por co-

nexión de antijuridicidad con la nulidad de la “entrevista” mantenida en Guantánamo y la declaración de los miembros de UCIE que le efectuaron y que declararon como testigos de referencia en el Plenario.

Ya se ha declarado la nulidad radical y absoluta de la pretendida “entrevista” sin posibilidad de “rescate”, al igual que también se ha declarado la nulidad de las manifestaciones de los miembros de la UCIE en el Plenario.

Resta por analizar si la declaración del recurrente cuestionada por sí sola, puede estimarse prueba autónoma e independiente de aquellas diligencias anteriores anuladas o si, por el contrario, existe algún vínculo que la contamine —conexión de antijuridicidad—.

No es la primera vez que se presenta esta cuestión ante esta Sala, y siempre en relación a declaraciones del imputado de contenido incriminatorio, ya efectuadas en fase de instrucción o en el Plenario, en el escenario de la previa práctica de unas diligencias —generalmente intervenciones telefónicas— que luego son declaradas nulas.

Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como de esta Sala, ha estimado que la declaración en sede judicial del imputado, con todas las garantías, asistido de su letrado, que confiesa y reconoce su intervención en un hecho delictivo, debe ser estimado como prueba autónoma y no derivada, ni por tanto contaminada con la nulidad acordada de pruebas precedentes. (...)

La aplicación de la doctrina jurisprudencial citada conduce con claridad a estimar la declaración de Luis Manuel en el Juzgado Central n.º 5 de Instrucción y en el Plenario como prueba autónoma no afectada de nulidad por conexión con otras pruebas. El recurrente estaba asesorado por dos letrados como ya se ha dicho, fue debidamente instruido de sus derechos, y en concreto el derecho a guardar silencio, más aún, los letrados efectuaron las observaciones que tuvieron por conveniente a las preguntas que se le efectuaron. En esta situación no puede cuestionarse la validez de tal declaración como fuente de prueba válida y no contaminada, y

lo mismo debe decirse de su declaración en el Plenario.

Procede rechazar la denuncia efectuada, lo que nos permite pasar al estudio siguiente referente al estudio de lo declarado para verificar la existencia y la suficiencia de los elementos autoincriminatorios que allí puedan existir, en orden a determinar su capacidad para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

Décimo.—(...)

Una reflexión previa: en el ámbito de la Casación, tanto en relación a la prueba directa como la indirecta o la indiciaria la Sala debe verificar la razonabilidad de la argumentación y del proceso decisional del Tribunal de instancia en orden a garantizar la corrección del mismo, de suerte que el juicio de certeza incriminatorio al acusado, se derive de la existencia de suficientes y consistentes elementos convictivos encontrados en las pruebas, ya sean directas o indirectas —se insiste—, sin que la inmediación que tuvo el Tribunal de instancia respecto de las pruebas directas —como ocurre en este caso respecto de la declaración del recurrente en el Plenario—, pueda servir de coartada para no motivar o fundamentar la decisión. La inmediación afecta a la formación de la prueba ante el Tribunal, que es distinta respecto de la prueba indiciaria, pero la inmediación no es un método de convencimiento del juez ante el que se ha efectuado la prueba. El método de convencimiento es la motivación fáctica, la explicación de los porqués de la credibilidad que se concede a la manifestación de la persona convenida, y ese método, como no podía ser de otra manera, es común para la prueba directa e indirecta: la explicitación del proceso decisional que parte de los concretos elementos de convicción encontrados en el inventario probatorio, ya sea de prueba directa o indirecta y en base a ellos construye la conclusión. Ya algunas sentencias de esta Sala han redundado en reflexiones en el mismo sentido —SSTS 2047/2002, de 10 de diciembre y 493/2006, de 4 de mayo, entre otras—.

Pasamos en consecuencia al estudio de las declaraciones del recurrente, tanto en fase de instrucción, el 26 de febrero de 2004, como en el Plenario el día 22 de septiembre de 2005.

(...)

Undécimo.—La lectura serena del extenso resumen que de forma prácticamente textual se ha recogido precedentemente, en modo alguno es compatible con la motivación que se encuentra en la sentencia en apoyo de la condena y que más arriba se ha transcrito.

De entrada, hay que recordar, que la única fuente de conocimiento y de prueba para declarar la integración del recurrente en una organización terrorista está exclusivamente en la propia declaración de éste, pues bien, el Tribunal sentenciador efectuó una interpretación de la declaración en términos que no permite la propia declaración efectuada. En realidad se trató de una reinterpretación.

En la valoración transcrita de la sentencia, de entrada se aprecian errores de interpretación y omisiones importantes, y así:

a) Se dice en la sentencia que Luis Manuel realizó un viaje a Inglaterra con igual finalidad como paso previo a irse a Afganistán. Lo dicho por el recurrente es que no efectuó tal viaje a Inglaterra, y que cuando llegó a Afganistán habló por teléfono con su hermano José Francisco para que le dijera a su familia que estaba en Inglaterra, para que no se preocuparan.

b) Se habla en la sentencia de unas madraza-campamento para el entrenamiento físico y adiestramiento de las armas, cuando con reiteración, el recurrente se refiere a una escuela coránica, que estaba en el centro de Kandahar, que no era ningún campamento, que no efectuó ningún adiestramiento en el manejo de las armas, que su intención era integrarse como voluntario en el ejército talibán y luchar contra la Alianza del Norte, y que, precisamente, los hechos del 11 de septiembre de 2001 precipitaron su huida.

c) Se declara en la sentencia su voluntad de integrarse en Al Qaeda, lo que hace

equivalente a su deseo en integrarse en el ejército talibán, cuando el recurrente distinguió claramente una cosa de la otra.

d) Finalmente, y es de la mayor importancia, la declaración explícita y silenciada en la sentencia, de que está en contra del terrorismo, que condena la actividad terrorista a Al Qaeda y que, en fin, fue un crimen los hechos del 11 de septiembre de 2001.

e) Se silencia todo lo referente al documento que el recurrente dijo haber firmado en Guantánamo antes de su entrega a la policía española, nada se sabe de ese documento del que, tal vez, los agentes policiales españoles que le recogieron tal vez, pudieran haber aclarado algo.

f) En relación a la autocalificación de mártir que se concedió el recurrente al ejercer el derecho a la última palabra, que la sentencia lo relaciona como una comunión con el fundamentalismo islámico en clave de autoinmolación terrorista, es lo cierto que se trata de una interpretación que en modo alguno consiente el contexto de respuestas dadas por el recurrente. Por el contrario, es de toda razonabilidad, dar a ese término el que le concede el propio autor: fue mártir porque sufrió, sin justificación, una privación de

libertad en condiciones que él mismo relata (...)

Ni las motivaciones que tuvo el recurrente para ir a Afganistán, ni las actividades que allí realizó, permiten alcanzar el juicio de certeza obtenido por el Tribunal de la Audiencia Nacional, ya que las conclusiones que extrae el Tribunal de instancia no se encuentran en la fuente de prueba de donde dice haberlas analizado a la vista del examen de dicha declaración efectuada por esta Sala casacional.

En definitiva, la sentencia condenatoria no supera, ni con mucho, el canon de “certeza más allá de toda duda razonable” que es exigible a toda condena como con reiteración tiene declarado el TEDH, nuestro Tribunal Constitucional y esta propia Sala —STS 474/2006, de 28 de abril, y las en ella citadas—. Se está en un total vacío probatorio de cargo.

Existió una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, con la conclusión de que debe ser estimado el recurso y absuelto el recurrente, lo que exime del resto de los motivos del recurso, aquél deberá ser puesto en libertad de inmediato, lo que se acordará en la segunda sentencia.

Sentencia 874/2006, Sala de lo Penal del TS, de 18 de septiembre de 2006

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL.
MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Arts. 305 y 432 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo

SÍNTESIS

Se entiende que la Cofradía de Pescadores tiene también obligación legal de presentar declaración por el impuesto de sociedades (de lo que discrepa un Magistrado en el correspondiente voto particular). Por otra parte, un Patrón es funcionario público y los fondos ilícitamente apropiados por aquél tienen la consideración de caudales públicos a los efectos del delito de malversación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—El motivo segundo se formula por infracción de ley del art. 849.1.º LECr. citado, por aplicación indebida del art. 349 del Código Penal de 1973 y arts. 5.2.f de la Ley 61/1978 del Impuesto de Sociedades y 33 de la Ley 43/1995 del Impuesto de Sociedades. El núcleo de la impugnación casacional radica en que estas disposiciones avalan que las actividades de la Cofradía de Pescadores y Mariscadores está exenta del impuesto de sociedades al tratarse de una entidad sin ánimo de lucro.

La sentencia recurrida declara la comisión del delito contra la Hacienda Pública por elusión del impuesto, concretando que la defraudación se distribuye de la siguiente manera: 19.833.673 ptas. (119.202,78 euros) en el ejercicio de 1992; 22.674.179 ptas. (132.274,56 euros) en el de 1993; 8.278.066 ptas. (49.752,18 euros) en el de 1994 y 27.787.319 ptas. (167.005,15 euros) por el de 1995. Asimismo, se añade en esta última anualidad la cantidad de 31.309.985 ptas. (188.176,80 euros) que constituiría la cuota íntegra que la Organización de Productores habría de ingresar por el mencionado impuesto a la Hacienda Pública, al iniciarse ese año su actividad (la prevista en el art. 1.º párrafo 2.º de la Ley 9/1993).

Pues bien, es cierto que el art. 1 de los Estatutos de la Cofradía se dice que ésta “es una corporación de Derecho Público de base representativa, sin ánimo de lucro...”. Y es cierto que el art. 5.2 de la entonces vigente Ley del Impuesto de Sociedades —Ley 61/1978— establecía la exención del impuesto de “...las asociaciones sin ánimo de lucro, siempre que en cada supuesto exista reconocimiento legal expreso de la personalidad jurídica de la Entidad en cuestión”.

No es menos cierto que el párrafo 2 de la letra f) del epígrafe segundo de dicho precepto, precisa que “La existencia a que se refiere este número no alcanzará a los rendimientos que estas Entidades pudieran obte-

ner en el ejercicio de explotación económica, ni a los derivados de su patrimonio cuando su uso se halle cedido, ni tampoco a los incrementos de patrimonio”. Esa explotación económica, muy cuantiosa en el caso de la Cofradía que nos ocupa, fue la que originó que la propia Cofradía realizara las declaraciones del impuesto, al existir una ordenación de medios con el fin de actuar en la distribución de bienes y servicios.

Además, el mismo sentido tiene la resolución de la Dirección General de Tributos de 30 de marzo de 1994 que cita el motivo “Las Cofradías son Corporaciones de derecho público, que actúan como órganos de consulta y colaboración con la Administración. Goza de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar. Según el criterio administrativo, les es aplicable la exención. Si percibiera alguna contraprestación por sus actividades de gestión de renta y consulta, no estarían exentas (LIS art. 133.a)”.

Son, precisamente, esas actividades de intervención en las operaciones de subasta en la lonja, y comercialización de pescados y mariscos lo que constituía la “explotación económica” cuyos beneficios están sometidos a tributación al constituir una actividad lucrativa en el tráfico comercial si bien ese beneficio se destine a las actividades y funciones públicas de la corporación. En este sentido, resulta particularmente oportuna la cita del Tribunal sentenciador de la STS de 17 de julio de 2001, de su Sala III cuando, refiriéndose a las operaciones de subastas de pescado efectuada por otra Cofradía de la región, afirma que esa es una actividad susceptible de conceptuarse como explotación económica “al utilizar recursos económicos y el trabajo del personal empleado y cobrar un porcentaje del valor que la pesca alcanzaba en subasta (porcentaje que, en el supuesto que nos ocupa, se cobraba al mariscador antes de la subasta), asumiendo las pérdidas en el caso de que el comprador no pagara el precio convenido”, circunstancia que también concurre en la Cofradía de

Noia. Por ello, la Sala “a quo” declara atinadamente que tal conceptualización de los ingresos percibidos por la comercialización y organización de la producción en el sector pesquero, marisqueo y de la acuicultura (actividad prevista por el párrafo 2.º del art. 1.º de la Ley 9/1993, del Parlamento de Galicia) conlleva, como contrapartida, la obligación de las Cofradías de presentar la correspondiente declaración del impuesto de sociedades, al no estar exentas del mismo, según concluye la mencionada sentencia, y en lo que por ahora importa. Consecuencia de la doble finalidad que el art. 1.º de la mencionada Ley atribuye a las Cofradías de Pescadores, —de un lado el actuar como órganos de consulta y colaboración con la Administración en la promoción del sector, y de otro, el desarrollo de actividades de organización y comercialización de la producción—, es que los rendimientos obtenidos de esta última no puedan ser tenidos por caudales de naturaleza pública, a los efectos del devengo de impuestos, y ello aun cuando la Ley de Cofradías considere como recurso de éstas las cantidades recaudadas a consecuencia de la prestación de algún servicio (art. 10.2.º c).

Consideramos, por consiguiente, que el acusado, como responsable de la gestión de la Cofradía, estaba en la obligación de presentar la declaración del impuesto y abonar, en su caso, las cantidades correspondientes, tal y como ha quedado explicado. Cuestión distinta es el elemento subjetivo del tipo, esto es la conciencia de tener esa obligación tributaria y la voluntad de eludirla, lo que, eventualmente, podría introducirnos en el error de prohibición que afecta al dolo del autor. Pero este extremo debe ser rápidamente excluido desde el momento en que el propio acusado, en la representación de la Cofradía que ostentaba, ha venido presentando las declaraciones a que estaba obligado, prueba evidente de su conocimiento de la obligación que sobre él pesaba como Patrón Mayor y de la realidad de ésta, que es de lo que aquí se trata.

(...)

Octavo.—Ambas acusaciones particulares (Jon y Carlos Daniel) formulan reproches casacionales comunes a la sentencia de instancia. El primero de ellos, al amparo del art. 849.1.º LECr., sostiene que ha dejado de aplicarse indebidamente el art. 432.2 CP —delito de malversación de caudales públicos— y la correlativa aplicación incorrecta del art. 535 que tipifica el delito de apropiación indebida.

La sentencia justifica la inaplicación del tipo de malversación porque, aunque admite la cualidad en el acusado de funcionario público —citando la STS de 3 de octubre de 1998—, en la que, resolviendo un recurso de casación por la absolución de este mismo acusado de un delito de prevaricación, ratificaba su condición de funcionario público como Patrón Mayor de la Cofradía de Pescadores de Noia, señalando que las Cofradías de Pescadores, que gozan en nuestro país de un gran arraigo histórico, han evolucionado a lo largo del tiempo para convertirse en el momento actual en Corporaciones de Derecho Público, reguladas por preceptos de rango legal en el ámbito autonómico. Así la Junta de Galicia, por Ley de 8 de Julio de 1993, regula el funcionamiento de las mencionadas Cofradías, estableciendo en el artículo 1.º su carácter de Corporaciones de derecho público, dotadas de personalidad jurídica y capacidad de obrar para cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones que le están encomendadas, actuando como órganos de consulta y colaboración con la Administración en la promoción del sector pesquero. Por otro lado, están sujetas a la tutela de la Administración Pública Gallega, que será ejercida a través de la Consellería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura.

Puede también auto-regular su organización y funcionamiento elaborando y aprobando sus propios Estatutos que habrán de someterse a la ratificación de la Consellería antes mencionada. Entre sus funciones se encuentra la de actuar como oficina pública en lo referente a la recepción, registro y tramitación de la documentación dirigida a la Administración de la Comunidad Autónoma.

Su carácter de corporación pública se ve reforzado por el hecho de que el artículo 3.^º de la Ley a la que nos estamos refiriendo, le encomienda la función de gestionar las áreas de la zona marítima y marítimo-terrestre que les hayan sido confiadas mediante el título administrativo correspondiente expedido por la Administración, así como la misión genérica de gestionar y administrar los bienes patrimoniales que le hayan sido cedidos por cualquiera de las administraciones públicas para el cumplimiento de sus fines, además de todas aquellas funciones que les sean encomendadas por la Administración competente.

Y añade:

“Las Cofradías cuentan con personal administrativo, proporcionado por la Junta de Galicia que mantiene su régimen jurídico funcional y el personal laboral que contrata directamente con cargo a sus presupuestos.

A la cabeza de todos ellos se encuentran los órganos rectores integrados por la Junta General o Asamblea, el Cabildo o Comisión Permanente y el Patrón Mayor. La vinculación de estos órganos a las previsiones del régimen administrativo general se ven claramente explicitadas en el artículo 7.3.^º que establece que los acuerdos y resoluciones de los órganos rectores, en cuanto están sujetos al derecho administrativo, serán susceptibles de recurso ordinario ante el titular de la Consellería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura y, su resolución, pondrá fin a la vía administrativa.

El artículo 119 del anterior Código Penal y el artículo 24.2 del vigente, establecen y delimitan el concepto de funcionario público a los efectos de la aplicación de los diversos tipos penales contemplados en el texto punitivo. Ambos preceptos coinciden en su redacción al considerar como funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección, o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas.

Como se ha puesto de relieve por la doctrina y la jurisprudencia, el Código Penal se

ha decantado por un concepto amplio de funcionario, situándose un poco más allá del derecho administrativo a la hora de fijar este elemento normativo de varios tipos penales. Se ha destacado que el Código Penal prescinde de una afirmación categórica y precisa del concepto de funcionario al decir en el comienzo del precepto que se “considerará funcionario público” a los que se comprendan en algunos de los supuestos que describe a continuación. Los ejes rectores del concepto de funcionario a efectos penales pasan por criterios distintos. Por un lado tendrán esta consideración todos aquellos que pressten servicios a entidades y organismos públicos. Pero no se agota en este criterio la atribución del concepto de funcionario en cuanto que puede venir también atribuido por el hecho de actuar sometido a la actividad de control del derecho administrativo. Como ha dicho un sector de la doctrina, se trata de un concepto nutrido por ideas funcionales de raíz jurídico-política y acordes a un concreto planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir las condiciones de funcionario conforme a unas funciones y metas propias del derecho penal y que sólo eventualmente pueden coincidir con las del derecho administrativo”.

Pues bien, lo que la sentencia que examinamos declara, es que “no está, sin embargo, tan claro que los ingresos mencionados tengan la condición jurídica de caudales o efectos públicos, que constituyen el objeto material del tipo de la malversación...”.

Sin embargo, debe repararse en que, según la doctrina de esta Sala, son efectos públicos los dineros de titularidad estatal, autónoma, local, institutos autónomos o los depositados por particulares en entidades públicas y la Cofradía de Pescadores es una corporación pública. Por otra parte, como acertadamente señalan los recurrentes, la STS de 13 de noviembre de 2002, con cita de la de 5 de febrero de 1993, establece que “cuando los entes públicos afrontan los gastos de una entidad aunque figure constituida como privada y el capital por ella manejado

pertenece al ente público matriz, los fondos de aquélla son fondos públicos. Y como tales fondos públicos constituyen el bien jurídico para cuya tutela penal ha creado el legislador la figura de la malversación”.

Los Hechos Probados señalan el apoderamiento ilícito de notables cantidades de dinero que manejaba el acusado en aquella condición como funcionario de una entidad de carácter público, pues las Cofradías de Pescadores, según el Decreto de la Consejería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura de la Xunta de Galicia, número 79/1998, de 12 de febrero “son corporaciones de derecho público, dotadas de personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines y el ejercicio de las funciones que le están encomendadas” (art. 1). Pueden “concertar avales y demás instrumentos financieros” (art. 11.1, j). Y el artículo 10 de la Ley 9/1993, de 8 de julio, del Parlamento de Galicia, regula y especifica en qué consisten su Patrimonio y Recursos. Por su parte los Estatutos de la Cofradía de Pescadores San Bartolomé de Noya, que en su artículo 1.º 4 se adecúan a la Ley 9/1993 y al Decreto 79/1998, de la Xunta de Galicia, ya citados, en dicho artículo 1.º 1, se define como: “una corporación de Derecho Público..., sin ánimo de lucro, y que tiene la representación de los intereses corporativos, económicos y profesionales del sector extractivo-pesquero y marinerio...”.

Y la realidad no queda ensombrecida por el hecho de que —en parte— los caudales de la Cofradía procedieran de las subastas y ventas de pescado de las que la Cofradía llevaba una participación, porque, además de lo ya dicho, la naturaleza de estos fondos viene determinada por el principio de su afectación, siendo así que la Cofradía desarrolla sus actividades como entidad pública colaboradora de la Administración en el sector pesquero y al servicio del interés general en este ámbito y sus fines vienen marcados por una indiscutible proyección pública (se excluye expresamente la finalidad lucrativa de su actuación) relacionada con la protección de los bancos marisqueros y con

la ayuda, protección y control de la actividad pesquera. De suerte que —como con tino señala el Fiscal al apoyar el motivo—, aún cuando las cantidades de autos se hubieran devengado en la realización de una actividad de explotación económica, lo cierto es que no obedecían como se dice a la finalidad de lucrarse sino de allegar fondos destinados a los gastos realizados para el cumplimiento de las mentadas finalidades atinentes a la protección de intereses públicos en el sector de la pesca y marisqueo. A estas argumentaciones no empece la sujeción al impuesto, pues se trata de mera consideración normativa, la del artículo 5.2.f.2.º de la Ley 61/1978 mencionado, a efectos exclusivamente tributarios que no altera la naturaleza y fines de los caudales afectados.

La estimación del motivo conlleva la casación de la sentencia en este extremo, debiéndose calificar los hechos como constitutivos de un delito continuado de malversación de caudales públicos del art. 432.2.º CP de 1995, estableciéndose la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta de siete años, atendida la concurrencia de la atenuante analógica del art. 21.6 CP, de dilaciones indebidas.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ
MANUEL MAZA MARTÍN

Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de los miembros de este Tribunal, he de discrepar de la conclusión que por los mismos se alcanza en cuanto a la íntegra desestimación del Recurso formulado por el condenado en las presentes actuaciones, en concreto en lo que se refiere a su motivo Segundo que, con base en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, plantea la indebida aplicación del artículo 349 del Código Penal de 1973, vigente al tiempo de los hechos enjuiciados, en relación con los artículos 5.2 f) de la Ley 61/1978 del Impuesto de Sociedades y 33 de la Ley 43/1995 del Impuesto de Sociedades.

En efecto. Como se dice en el propio Fundamento Jurídico Séptimo de la primera Resolución que precede, según el artículo 1 de los Estatutos de la Cofradía que el recurrente representaba se constituía como corporación de Derecho Público de base representativa, sin ánimo de lucro. Y, a su vez, el artículo 5.2 de la entonces vigente Ley 61/1978 de Impuestos de Sociedades eximía expresamente del pago de impuestos a las asociaciones sin ánimo de lucro. Por lo que, en principio, no cabría hablar de defraudación a la Hacienda Pública en este supuesto.

Mis respetados compañeros, no obstante, acuden a dos argumentos para considerar que, en el presente caso, tal obligación fiscal sí que existía y, por ende, su impago integra la infracción objeto de condena.

En primer lugar, se menciona la Resolución de la Dirección General de Tributos de 30 de marzo de 1994 que, tras reiterar que las Cofradías están exentas del pago de impuestos, sin embargo también afirma que si perciben alguna contraprestación por sus actividades de gestión de renta y consulta, a este respecto, no lo estarían.

También se cita, por otro lado, la Sentencia de 17 de julio de 2001, de la Sala Tercera de este mismo Tribunal, que considera que las operaciones de pescado efectuadas por Cofradías han de conceptuarse como “explotación económica” y que, por ello, los

beneficios así obtenidos no se encuentran exentos de tributación.

Sin entrar, por supuesto en la corrección de los pronunciamientos recaídos en el orden contencioso administrativo, considero, por lo que al ámbito penal exclusivamente incumbe, que no procede integrar la norma punitiva con una Resolución de un órgano administrativo ni con una interpretación, por otra parte parece que única, de la Sala Tercera de este Tribunal.

El principio de legalidad y las exigencias en esta materia de la “lex certa”, en la aplicación del Derecho Penal, requieren, a mi juicio, que la norma tributaria exprese, con la necesaria concreción y claridad, la obligación fiscal que, incumplida, constituye la infracción delictiva.

Cuando, como en esta ocasión, han sido precisas unas interpretaciones, administrativa y jurisdiccional, que, ya por sí mismas, revelan las iniciales dudas respecto del alcance de la Ley tributaria y en ésta lo que se consigna expresamente es exclusivamente la exención fiscal de las Cofradías, sin otra matización, considero que no es posible considerar la conducta del acusado como integrante del delito fiscal por el que ha sido condenado, sin perjuicio de las responsabilidades, en el orden administrativo, que pudieran, en efecto, corresponderles a él y a la Cofradía que representaba.

Sentencia 879/2006, Sala de lo Penal del TS, de 20 de septiembre de 2006

ENTRADA Y REGISTRO. FLAGRANCIA. HALLAZGO CASUAL

Arts. 18.2 CE; 553 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio a consecuencia de una entrada y registro practicada sin autorización judicial en un supuesto en que no existió delito flagrante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Por el cauce del art. 5.4 LOPJ, ambos recurrentes han denunciado vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria (art. 18.2 CE), porque —entienden— la causa tiene origen en una diligencia de registro de vivienda, producida sin disponer de mandamiento judicial, sin autorización del interesado y sin que se hallase en curso de ejecución un delito susceptible de ser calificado como flagrante.

Segundo.—En los hechos probados de la sentencia consta que en el inmueble (...), de Elche hubo un incendio, que fue sofocado por los bomberos. Se dice que, concluida esta actuación, hicieron acto de presencia los policías locales, que realizaron una inspección por si hubiera víctimas. Y que, en el curso de la misma, detectaron la existencia de un laboratorio para la producción de cocaína, por lo que —se explica en el primer fundamento de derecho— avisaron al Cuerpo Nacional de Policía, que intervino todos los materiales y sustancias allí existentes.

En el atestado instruido en comisaría, figura la comparecencia de los agentes municipales dando cuenta de que su ingreso en el domicilio se produjo una vez sofocado el incendio. También manifestaron que el olor a disolventes y los objetos hallados les hizo sospechar algo extraño, por lo que avisaron a la policía, cuyo responsable, habría obtenido autorización telefónica de la Juez de Instrucción de guardia para registrar la vivienda.

Tercero.—Frente a la objeción de irregularidad de la actuación descrita, la sala de instancia considera que estuvo justificada y discurrió dentro de la legalidad, puesto que el acceso policial al domicilio respondió a “razones de seguridad y de asistencia a las víctimas”. Y —continúa— a partir de esta iniciativa, lo seguidamente ocurrido fue un

hallazgo casual, que participaría de la naturaleza de la flagrancia y, por tanto, habilitaba para operar como se hizo.

Cuarto.—Pero el tratamiento del asunto que hace la sala está claramente aquejado de falta de coherencia argumental. En efecto, en primer término, porque quiebra el presupuesto fáctico. Y es que, una vez que los bomberos sofocaron el incendio, no se advierte la necesidad de la intervención de los agentes municipales para indagar sobre la presencia de alguna víctima, que, de existir, ya habría sido detectada por los primeros. (...)

Con todo, podría incluso hallarse cierto fundamento a la inicial intervención de los agentes municipales. Pero éstos, en vista de la obvia ausencia de víctimas, de la sospechosa naturaleza de lo hallado y de que no había ninguna acción delictiva en curso de realización que fuera preciso abortar, deberían haberse limitado a trasladar tales indicios al juzgado, para la realización de un registro en debida forma, estableciendo mientras alguna vigilancia a fin de preservar la genuinidad del escenario.

Quinto.—El tribunal de instancia ha hablado de delito flagrante, pero es una afirmación que tampoco se sostiene.

Existe universal consenso en que el vocablo “flagrancia” —en el uso filológicamente más preciso— se reserva para denotar las acciones que son vistas por un tercero mientras acaecen; de tal manera que concurre una relación de sincronía entre el acontecimiento y su contemplación por alguien extraño a él, que, de este modo, lo percibe directamente. Es por lo que la de flagrancia es una categoría relativa. Depende, precisamente, de la concurrencia del observador, que es el que pilla “in fraganti”. De ahí que su presencia en la escena sea condición necesaria para la correcta aplicación de esa etiqueta. A ello se debe la cabal observación de que no se está ante un especial modo de

ser propio del delito, pues lo que lo singulariza es sólo la circunstancia, exterior y ajena, de que una persona asiste a su ejecución. Por tanto, ésta habría podido ser idéntica si realizada en condiciones de clandestinidad, y lo que la hace flagrante no es más que el hecho de ser vista en el curso de su desarrollo: un dato, pues, aleatorio y externo.

Es cierto que en ocasiones, los ordenamientos han operado también, por extensión, con situaciones abarcadas por el concepto de cuasi-flagrancia, alusivo a los supuestos en que el autor es perseguido de forma inmediata a la ejecución del acto, o sorprendido con el producto de éste en la proximidad del punto en que tuvo lugar. Pero, con independencia del juicio que pueda merecer tal ampliación, aquí no es el caso, y, por ello, no vale la pena detenerse en la consideración de este asunto.

Sexto.—El apuntado concepto de flagrancia tiene entre nosotros el más autorizado respaldo jurisprudencial. En concreto, es el que luce en la importante sentencia STC 341/1993, de 18 de noviembre (que declaró la inconstitucional del art. 21.2 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, popularmente conocida como Ley Corcuera). La resolución habla de la “arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es ‘sorprendido’ —visto directamente o percibido de otro modo— en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito”. Se trata, precisa la alta instancia, de un género de circunstancias en el que “queda excusada la autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención”.

Del mismo concepto se ha hecho eco esta sala en múltiples resoluciones, entre ellas SSTS 39/2004, de 14 de enero, 472/1997, de 14 de abril y 534/1994, de 14 de marzo. En todos los casos se condiciona la flagrancia a la doble exigencia de que el delito sea direc-

tamente percibido por alguien mientras se halla en vía de ejecución y que, precisamente, la salvaguarda del bien jurídico en riesgo haga necesaria de una intervención inmediata sobre esa realidad en curso, aunque la misma tenga que darse en perjuicio de un derecho constitucional como el representado por la intimidad domiciliaria.

(...)

Séptimo.—Pues bien, a tenor de estas consideraciones no puede ser más claro que en el supuesto a examen no existió delito flagrante, por lo que el registro policial de la vivienda careció abiertamente de justificación. Y es que, en efecto, los bomberos, en el curso de su intervención, fueron testigos directos de que estaba vacía; de que no había en ella personas en situación de riesgo y tampoco alguna actividad en marcha. No concurría, pues, ninguna circunstancia habilitante para el allanamiento. Así, como se ha dicho, aun considerando admisible la primera inspección, dada la situación de emergencia, la intervención de los agentes tendría que haber cesado de manera inmediata, para trasladar al juzgado la noticia de lo advertido y dar lugar así a una actuación ajustada a la legalidad.

Invoca la sala la doctrina del hallazgo casual, tratando de dar un imposible marchamo de regularidad a la actuación descrita. Pero lo evocación no puede ser menos pertinente, porque para que lo obtenido de ese modo pueda ser tomado en consideración a efectos probatorios, es necesario que el descubrimiento acontezca en el curso de una intervención regular, que es, justamente, lo que aquí falta. Pues, si hubiera sido legítima la constatación por la policía municipal de ciertos indicios de delito, y éstos idóneos para fundar un registro judicial; no lo fue en cambio el de carácter exclusivamente policial llevado a cabo, que es el contexto en el que se produjo la incautación de la cocaína y demás objetos.

Siendo así, la conclusión sólo puede ser una: el derecho fundamental que consagra el art. 18.2 CE se ha visto negativamente afec-

tado, de manera intensa, en esta causa, precisamente en el curso de la actividad de indagación que permitió obtener todos los datos posteriormente utilizados como inculpativos y que constituyen la única base de la sentencia impugnada, conforme resulta

inequívocamente del tenor de la misma y, en general, de las actuaciones. Es por lo que el conocimiento obtenido de ese modo tendría que haber sido tratado de la forma que impone el art. 11.1 LOPJ, que lo hace rigurosamente inutilizable.

Sentencia 913/2006, Sala de lo Penal del TS, de 20 de septiembre de 2006

CORRUPCIÓN DE MENORES. ORGANIZACIÓN O ASOCIACIÓN

Art. 189.2 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín

SÍNTESIS

Entiende que es difícil apreciar la agravación de pertenencia a una asociación o grupo en el delito de corrupción de menores consistente en la posesión para propio uso de material pornográfico en el que aparezcan menores, tras interpretar literal y sistemáticamente y desde la perspectiva político-criminal el alcance del art. 189, núm. 2 del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el motivo primero solicita que se case la sentencia por indebida aplicación del artículo 189.2 del Código Penal en la redacción dada por la reforma operada por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que modifica el Título VII del Libro II del Código Penal.

1. La defensa del acusado, había aceptado un año de condena, oponiéndose a la aplicación de la agravante de pertenencia a asociación dedicada a la producción, venta, distribución de material pornográfico en cuya elaboración se hayan utilizado menores de edad.

2. Antes de analizar la cuestión jurídica planteada conviene hacer una referencia a los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento.

Se trata de una persona que utilizaba, con exclusividad, su propio servidor u ordenador personal con plena identificación de su línea de teléfono, su número de usuario y su correo electrónico.

El acusado visitaba páginas “webs” de pornografía infantil, que se ofrecía en direcciones de correo por las llamadas “comunidades de Microsoft”. Se añade que, en ocasiones, los menores que aparecían en pantalla no alcanzaban los 13 años.

Dichas comunidades, se dice, que tienen como finalidad difundir material pornográfico.

fico de esta naturaleza y constituir un punto de encuentro para pedófilos.

De forma más concreta, se le imputa que, con fecha de 29 de mayo de 2004, se incorporó como miembro a una comunidad denominada “niosgays” aportando, en dos fechas que se citan, fotos pornográficas de menores, algunos de edad inferior a 13 años, sin que conste que él las hubiese elaborado.

Con el oportuno mandamiento judicial se entró en su domicilio y se le ocupó el disco duro. Nada se dice sobre qué garantías se observaron para guardar la confidencialidad en relación con todas aquellas materias que nada tuvieran que ver con la pornografía infantil.

3. El artículo del Código Penal antes citado, castiga la utilización de menores para la producción de material pornográfico así como la financiación de estas actividades.

Ampliando las líneas de protección, coloca, al mismo nivel punitivo, no sólo a los que se lucran con la difusión de estos productos pornográficos sino a los que los difunden sin ningún ánimo de lucro, lo que no parece respetar el principio de proporcionalidad, desde el punto de vista de la punibilidad. En todo caso la simple posesión obliga a imponer la pena en su mitad inferior.

Como circunstancia agravante establece la pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. La pena en este caso es la superior en grado.

4. La introducción de esta modalidad delictiva, por decisión de los órganos legislativos en el conjunto de una campaña mundial contra esta clase de conductas, no deja de suscitar algunas singularidades crimino-lógicas.

Nos encontramos ante lo que se podría denominar delito solitario, con incidencia sobre el bien jurídico cuando este ya ha sido lesionado, por aquellos que corrompen a los menores en el proceso de elaboración del material.

Es decir, la acción solitaria, inducida las más de las veces por impulsos sexuales

incontrolados, no se dirige contra terceros concretos individualizados e identificados.

Si el reproche consiste en contribuir de forma remota a que no se realicen estas prácticas, absolutamente condenables, con menores, los esfuerzos deberían concentrarse preferentemente en la persecución de los autores materiales de la utilización de los mismos, sea o no con fines lucrativos. No cabe descartar que estas actividades se realicen por simple perversión sexual y que se difundan sin buscar ganancias.

5. Nos encontramos, por tanto, ante un delito de mera actividad. Resulta difícil demostrar que la conexión a la red se realiza con el fin específico de promover la corrupción de los menores. Normalmente tiene su origen en desviaciones y patologías sexuales evidentes que deben ser tratadas por medios científicos. El legislador mantiene que el consumo de productos colgados en la red, induce, aunque sea remotamente a la lesión del bien jurídico protegido, por lo que hay que ajustarse al contenido de la ley.

En la mayoría de los casos de acceso a la red la relación de causalidad no sólo está desconectada de la acción sino que se le da una incommensurable extensión de tal manera que la satisfacción de un placer sexual solitario se convierte en delito. No está claro que la vía de la protección del bien jurídico sea la más adecuada. Se utiliza un derecho penal objetivo en el que la culpabilidad, más moral que jurídica, se conecta con el resultado, a través de los hilos invisibles del ordenador y discurre por el inabarcable software de la red.

6. La pena se deriva de la censura a una conducta, claramente reprochable sosteniendo que, el daño a la víctima, se produjo por culpa del autor de la navegación inter-náutica.

Sectores de la criminología, mantienen que es conveniente para la comprensión del sistema penal por los sujetos individuales y por la sociedad en su conjunto, que el reproche se considere útil. Si de lo que se trata con esta política criminal es recriminar al sujeto y exponerlo a la vergüenza pública,

aun sabiendo que su actividad solitaria sólo de forma remota, y figurativa incide sobre el bien jurídico protegido, el legislador puede hacerlo. Ahora bien, para ello debe guardar estrictamente el principio de la proporcionalidad de la pena. En el caso que examinamos podía haber llegado hasta los cuatro años y seis meses de prisión. Estimamos que no guarda paridad con otras conductas más gravemente dañosas, contenidas en el mismo artículo de la ley.

6. (sic) La cuestión nuclear, dada la inequívoca voluntad del legislador de equiparar las conductas de coacción, extorsión, prevalencia y degradación de menores con las de un simple consumidor de las grabaciones, nos debe llevar a examinar si, en casos como el que contemplamos, se puede extender un concepto tan extremadamente impreciso, como el de organización, a las actividades de personas que se integran, en el tipo delictivo básico sin conocer al resto de la llamada estructura organizativa. El hecho de entrar en grupos que, podríamos denominar de adictos a la pornografía infantil, como existen otras numerosas variedades de adicción al consumo de productos en la red de contenido delictivo, merece la grave incrementación de la pena que supone atribuirle la condición de miembro de una organización.

7. Introducir, sin matices, los conceptos vigentes para las organizaciones criminales que se dedican al tráfico de drogas, blanqueo de dinero, tráfico de seres humanos, sustracción y venta de vehículos de alta gama o grandes tramas financieras, a un hecho de estas características parece a primera vista, evidentemente desorbitado, contrario a la esencia del concepto típico y a la proporcionalidad de la respuesta.

La sentencia, para justificar la aplicación de la agravante, sostiene que el acusado actuó en colaboración con los integrantes del “grupo”, —lo entrecomilla—, de consumidores y proveedores de material pornográfico.

Colaborar supone una acción que necesita una previa concertación y es muy difícil construir una forma de colaboración con personas con las que no se ha hablado, no se

conoce, y con las que no se ha mantenido ningún acuerdo previo. Llegar a esta conclusión sería tanto como considerar integrado en una organización a todo consumidor de la red que por decisión propia aporta y refuerza una opinión injuriosa o calumniosa adhiriéndose a su texto y planteamiento. Podría considerársele como autor pero nunca se podría integrar en un “grupo” de alevés sicofantes que utilizan la red para la injuria.

8. Si queremos manejar el derecho penal con rigor y no con interpretaciones extensivas, tenemos que ajustarnos a los cánones establecidos por la criminología internacional, por los foros de lucha contra la criminalidad organizada y a los parámetros marcados por nuestra jurisprudencia sin aplicaciones extensivas y desmesuradas. El legislador, con vaguedad e imprecisiones, define la organización como un conjunto de tres a más malhechores y les exige una mínima estructura y coordinación. Esto supone que el concepto de organización lleva implícito un pacto previo en el que se diseñen los modos o formas de actuación, la estructura jerárquica, el reparto de papeles y la continua o frecuente comunicación entre sus componentes.

Atribuir todas estas condiciones a una persona que excitada por sus inclinaciones sexuales, actuado en la intimidad de su domicilio, se incorpora a la red y facilita o participa en lo que, en términos internautas se denomina “Chat”, me parece una desmesura difícilmente aceptable por el derecho penal.

9. La organización guarda ciertas similitudes con la asociación ilícita. Las acciones ejecutivas imputables a una persona a la que se la adjudica la condición de miembro de una asociación pasa por un cierto dominio del hecho, caso que no concurre en el consumo y aportación de imágenes de origen desconocido a la red de pornografía infantil. Los autores de hechos como el que estamos examinando casi siempre actuarán en función de sus instintos sexuales y nunca por medio de órdenes, instrucciones o cualquier otra tarea previamente convenida.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

Sentencia 886/2006, Sala de lo Penal del TS, de 25 de septiembre de 2006

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

Art. 120.3 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la compañía ferroviaria por el robo violento y lesiones sufridas por la víctima en el andén de la estación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Al amparo del art. 849.1.º LECrim., se ha denunciado infracción de ley, en concreto, del art. 120.3 CPenal, por entender que la declaración de responsabilidad civil subsidiaria con apoyo en ese precepto carece de fundamento, pues —se dice— no concurrió infracción de reglamento de policía ni de disposición alguna referente al hecho objeto de esta causa; ni relación de causalidad entre la supuesta conducta infractora de la recurrente y el delito por el que se ha condenado en la sentencia recurrida.

La Audiencia Provincial apreció la existencia de esa responsabilidad de Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE) vinculada con el intento de robo con violencia y las lesiones y posterior fallecimiento de una persona que se hallaba en el andén de la estación de La Felguera (Asturias), en razón de la falta absoluta de medidas de previsión de actos de esa clase que pudieran darse en perjuicio de los viajeros.

Al respecto, la sala de instancia consideró que esta última circunstancia implicaba

la clara infracción de lo previsto en el art. 41 c) del D. 584/1974, de 21 de febrero, Estatuto de FEVE, conforme al cual: “A través de su Dirección, FEVE realizará la inspección general de sus propios servicios para asegurar la eficacia de su realización y especialmente la seguridad del servicio y el respeto del derecho de los usuarios”. Disposición ésta que —valora el tribunal— debe ponerse en relación con el art. 50 del mismo decreto que prevé la prestación por FEVE de servicios de vigilancia y guardería en sus instalaciones y la posible atribución de éstos a la fuerza pública. La sentencia impugnada alude también, sin la menor indicación de contenido, a los arts. 293 y 294 del RD 1211/1990.

De estos últimos, dice la recurrente que no vienen al caso, ya que se trata de prescripciones dirigidas a los usuarios del transporte. Y, de los primeramente citados, que únicamente tienen que ver con la prestación por FEVE de su propia actividad.

De tal criterio discrepa el Fiscal, que se ha opuesto al recurso, por no concordar con

el concepto de “seguridad” de que se sirve la recurrente en su escrito.

Es verdad que el art. 41 c) del D. 584/1974 admite una lectura como la propugnada al impugnar la sentencia, a la que acaba de aludirse, pero también es cierto que tal inteligencia del asunto, como bien argumenta el Fiscal, debe considerarse reductiva en extremo, y que el deber de velar por la seguridad y los derechos de los usuarios que se encomienda a las compañías de transporte tiene hoy un contenido que desborda tales estrechos límites.

Esto es algo sostenible ya sólo en virtud del dato de experiencia corriente de que las estaciones de transportes públicos están habitualmente dotadas de dispositivos de vigilancia instrumentados por diversos medios, a cargo de las propias compañías gestoras de tales servicios. Pero es que, además, el examen integrado de los arts. 41.c) del D. 584/1974 y del art. 293.1.12 del RD 1211/1990, Reglamento de los Transportes Terrestres, arroja una clarificadora luz en la materia. En efecto, pues esta última norma prohíbe a los usuarios del ferrocarril, entre otros, “todo comportamiento que implique peligro para la integridad física de los demás usuarios”, lo que hace evidente que constituye una ampliación del concepto de seguridad de éstos que y de los deberes de aquellas entidades en relación con los mismos.

En consecuencia, del cuadro normativo ilustrado resulta que FEVE, como encargada de la prestación de un servicio de transporte de viajeros: a) tiene atribuida la obligación de velar por su seguridad; b) ésta comprende la previsión de conductas lesivas que pudiera provenir de otros usuarios del servicio; y, c) con tal fin, existe la previsión reglamentaria de contar con servicios de vigilancia.

Cabe decir que ni siquiera actuando con rigor en la observancia de estas previsiones podrían evitarse radicalmente actos como el de referencia, lo que parece inobjetable; pero como lo es también que la existencia de ciertas medidas de seguridad estándar tendría que producir un apreciable efecto disuasorio de acciones como la aquí contemplada. De cualquier modo, de la objetiva imposibilidad material de prevenir la totalidad de los delitos posibles, no debe seguirse la pretendida exención de responsabilidad, sino, a lo sumo, la conclusión de que toda exigencia sobre el particular ha de valorarse con criterio racional, a tenor de las circunstancias del contexto.

Ahora bien, en este caso no es posible perder de vista que lo apreciable en el modo de operar de la entidad recurrente es un total desentendimiento de aquellos deberes. Actitud ésta en la que se expresa toda una opción de política empresarial, que si no reflexivamente orientada a la obtención de un beneficio, al menos, objetivamente lo produce en virtud del ahorro asociado a la omisión de las correspondientes inversiones en instrumentos de vigilancia.

Pues bien, siendo esto así, está fuera de duda la pertinencia de la aplicación del criterio que se expresa en el brocardo “*cuius commoda eius est incommoda*”, acogido en multitud de sentencias de esta sala (por todas, STS 525/2005, de 27 de abril y STS 337/1996, de 23 de abril), que debe operar aquí, una vez constado que, en efecto y como entendió la Audiencia, es atribuible a los responsables de FEVE una infracción de los reglamentos o disposiciones de policía (art. 120.3 en relación con las normas citadas) establecidos para asegurar un mínimo de seguridad a los usuarios de sus instalaciones.

Es por lo que no cabe estimar el recurso formulado.

Sentencia 887/2006, Sala de lo Penal del TS, de 25 de septiembre de 2006

LESIONES

Arts. 150 y 152 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez

SÍNTESIS

Aunque sin mencionar este término, admite implícitamente la Sentencia la posibilidad de lesiones “preterintencionales”, aplicando la solución del concurso de delitos: lesiones dolosas (con dolo eventual) en la conducta de lanzar un vaso de cristal al rostro de la víctima dejándole una visible cicatriz y lesiones imprudentes en relación al “exceso” no querido: la pérdida de la visión de un ojo por parte del agredido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por el cauce del art. 849.1.º LE Crim., ha formulado un único motivo, de infracción de ley, por inaplicación del art. 149.1.º CPenal. El argumento es que en la acción del acusado, de lanzar un vaso que dio en el rostro de la víctima, concurrió tanto el conocimiento del alcance de las consecuencias que podría producir, como la asunción de éstas; por ello —se dice— están presentes en la misma el elemento objetivo y el subjetivo requeridos para integrar el delito del precepto que se estima infringido.

El Fiscal, en un informe de calidad ciertamente ejemplar, discrepa también de la sala de instancia y expresa su apoyo al motivo en los términos que se dirá, y que se acogen.

Al efecto, parte de la afirmación de que existió dolo eventual. Y tiene razón, no hay duda, dados los términos en que se pronuncia el tribunal de instancia, cuando se refiere en los hechos a que la distancia que mediaba entre los contendientes era de 1,5 o 2 metros y (en el primer fundamento de derecho) a

que el inculcado lanzó el vaso a la zona del otro que le quedaba a la altura de su mano, y que, obviamente veía y que es la que recibió el impacto. Así pues, orientada la acción a incidir en una zona corporal tan vulnerable como el rostro del agredido, en términos de experiencia, había que contar con algún resultado lesivo de cierta relevancia. Ahora bien, otra cosa es decir que el producido, en toda su notable gravedad, hubiera sido abarcado por tal previsión. Si no lo fue, el exceso, esto es, la parte no asumida, sería imputable a título de culpa, concurriendo, por tanto, en esta hipótesis, idealmente, un delito doloso de lesiones con otro causado por imprudencia.

Con apoyo en expresiva jurisprudencia de esta sala (STS 693/1998, de 14 de mayo y 196/2005, de 22 de junio) razona asimismo el Fiscal que un acto como el enjuiciado, que hubiese tenido por consecuencia esperable un corte profundo con la secuela de cicatrices en el rostro del afectado, constitutivas de deformidad, debería haber llevado

necesariamente a la aplicación del art. 150 CPenal, por el ya indicado título de dolo eventual; algo que hace inadmisibile la conclusión del tribunal de instancia, de subsu- mir la acción que se examina —claramente dolosa y ocasionadora de un daño de los previstos en el art. 149.1.º CPenal— en el art. 152 CPenal, como imprudencia.

Siendo así, es patente que lo correcto sería estimar que ya esas cicatrices en la parte más visible de la cara, causadas de ese modo har- rían aplicable el art. 150 CPenal. Y el exceso, constituido por la pérdida del ojo hallaría for- zoso encaje en la previsión del art. 152.1.2.º CPenal, estando uno y otro delito en la rela- ción que establece el art. 77 CPenal.

En la misma línea de razonamiento que obliga a considerar el asunto en la totalidad de sus posibles implicaciones normativas, es preciso preguntarse, en todo caso, si in- cluso la misma pérdida del ojo podría ha- llarse cubierta por el dolo eventual, supues- to en el que el del art. 149.1.º CPenal sería el único precepto aplicable, con el resultado de una pena comprendida entre 6 y 12 años de privación de libertad.

Llegado a este punto, el Fiscal toma en consideración otras sentencias de esta sala

(SSTS 796/2005, de 22 de junio, 1760/2000, de 16 de noviembre y 1474/2005, de 29 de noviembre), relativas a casos que guardan notable parecido con el de esta causa, pero advierte que en ellos se trató de golpes pro- ducidos directamente con un vaso de cristal en el rostro de la víctima, y no mediante el lanzamiento, una modalidad de acción ésta en la que el resultado queda más abierto y, obviamente, su concreción es menos contro- lable por la voluntad del autor.

Es por lo que, teniendo en cuenta este dato y también las particularidades del contexto: una discusión entre jóvenes, debida a un mo- tivo ciertamente banal, entiende y, en efecto, hay que entender que el imputado, de haber conocido o haberse representado “ex ante” un resultado de la gravedad del producido no habría obrado como lo hizo, que es por lo que hay que estimar que ese segmento del mismo fue debido a imprudencia.

Consecuentemente, y en conclusión, el motivo debe estimarse en el sentido de que la acción del acusado es constitutiva de un delito doloso de lesiones con deformidad (art. 150 CPenal), en concurso ideal del art. 77 CPenal con otro de lesiones imprudentes (art. 152.1.2.º CPenal).

Sentencia 921/2006, Sala de lo Penal del TS, de 26 de septiembre de 2006

ESCUCHAS. CESID. DESCLASIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

Arts. 18.3 CE; 11.1 LOPJ; 2 Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales; 192 bis Código Penal 1973

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

SÍNTESIS

Se desestima el recurso confirmando la condena del acusado por un delito de utilización de artificios técnicos de escucha y grabación del sonido cometidos por funcionario público, pese a que se utilizó como medio de investigación primero, y probatorio después, material clasificado como secre- to sin obtener previamente la desclasificación por medio de acuerdos de

quien resulta competente. Y ello porque las funciones atribuidas al CESID reglamentariamente no suponen que cualquier actuación que pudiera ejecutar cualquier funcionario del Centro quede automáticamente protegida por la declaración genérica de materia clasificada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El recurrente plantea varias cuestiones. En primer lugar cuestiona si es posible utilizar, como elemento de investigación primero y probatorio después, cualquier material clasificado como secreto sin obtener previamente la desclasificación por medio de acuerdo de quien resulta competente para ello según la ley. Es decir, si la autoridad judicial puede por sí acceder a esa clase de material en el curso de un proceso penal. En segundo lugar, si el material utilizado en el caso está dentro de esa clasificación, citando en apoyo de la respuesta afirmativa el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986. Y en tercer lugar si la utilización de ese material sin la autorización o desclasificación previa provoca la nulidad de todas las actuaciones.

Las cuestiones planteadas en el recurso tienen una íntima relación con la existencia y el funcionamiento de los servicios de información, de inteligencia o servicios secretos, en un Estado Social y Democrático de Derecho, así como con el alcance del control sobre los mismos, y muy específicamente cuando al amparo de esas funciones se cometan actos aparentemente delictivos. Aun cuando no sea éste el lugar para resolverla en su integridad, es pertinente hacer algunas consideraciones. No es preciso insistir aquí en la importancia que tales servicios revisten para la seguridad y defensa del Estado. También es claro que generalmente sus actividades no pueden ser presentadas al público de forma completa, pues en muchos aspectos de interés para el propio cumplimiento de sus fines legítimos, tal forma de

proceder acarrearía su nula eficacia. Es pues aceptable un margen razonable de reserva sobre determinadas materias, lo cual se traduce en la limitación del acceso público a las mismas. En este sentido, el artículo 105.b) de la Constitución excluye el acceso de los ciudadanos a los registros y archivos públicos cuando se trata de la seguridad y defensa del Estado, aun cuando no es el único supuesto, pues de forma paralela se establece en relación a cuanto afecta a la averiguación de los delitos o a la intimidad de las personas.

Asimismo es preciso admitir que el sacrificio de algunos derechos, o de aspectos parciales de los mismos, es necesario en ocasiones para garantizar la propia supervivencia del sistema democrático e incluso para asegurar a los ciudadanos la misma existencia y eficacia de aquellos derechos individuales. Pero también lo es que la existencia de una finalidad legítima, cuya satisfacción a todos beneficia, incluido el propio sistema democrático, no puede suponer la creación de espacios de impunidad para quienes contribuyen a alcanzarla, cuando en la utilización de esos medios o con abuso de los mismos, rebasen las fronteras de lo constitucionalmente admisible adentrándose en actuaciones de carácter delictivo. Tal situación de impunidad supondría en realidad la negación misma de todo aquello que justifica en un Estado democrático la existencia y actividad de esos servicios esenciales. El necesario equilibrio no puede alcanzarse negando un control real y eficaz de esa actividad, ni tampoco suprimiendo la exigencia de responsabilidades originadas por la eventual vulneración de los derechos más elementales del ciudadano. Ello no ha de suponer debilidad del Estado de Derecho, sino en reali-

dad el reforzamiento del sistema en sus valores básicos, en cuanto expulsa del ámbito de las conductas aceptables aquellas que sean constitutivas de delito. Por otra parte, la eventual concurrencia de causas de justificación o de no exigibilidad de otra conducta solo podría ser discutida y valorada cuando la investigación judicial pusiera de relieve alguna relación con la seguridad y defensa del Estado.

Puede argumentarse válidamente que la regulación de los secretos oficiales vigente en la época de los hechos excluía del conocimiento público, e incluso del que corresponde a los mismos jueces penales en la investigación de los delitos, determinadas materias que hubieran adquirido el carácter de “clasificadas” en virtud de la previa decisión del Gobierno. Pero éstas serían exclusivamente, según la ley, aquellas cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado (artículo 2 de la Ley 9/1968, de Secretos Oficiales, según redacción dada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre), y no cualesquiera otras. Establecida la competencia exclusiva del Consejo de Ministros y de la Junta de Jefes de Estado Mayor (en su momento) para realizar tal clasificación, puede concluirse que la obtención de esa clase de información por medio de canales oficiales por parte del Juez de Instrucción con la finalidad de utilizarla en el proceso penal como medio de investigación o de aportarla a la causa como medio de prueba, queda condicionada en principio a la previa desclasificación de la misma, acordada por quien tiene competencia para ello. Así lo entendió el Tribunal Supremo en la STS de la Sala 3.^a de 4 de abril de 1997, en la que vino a entender que la ley de Secretos Oficiales, en cuanto establece limitaciones a la publicidad de la acción estatal en algunas materias en atención a la seguridad y defensa del Estado, no es contraria a la Constitución, y que la desclasificación del material reservado corresponde al Consejo de Ministros. Aun cuando la decisión pueda ser revisada por el propio Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso

Administrativo. Consecuentemente, cuando se trata de materias que afectan a la seguridad o defensa del Estado el Juez penal no puede imponer la desclasificación para obtener nuevos datos o para confirmar los ya obtenidos por otras vías.

Sin embargo, no son éstas las únicas consideraciones pertinentes. La Constitución establece en el artículo 9 que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, lo que implica que aquellas funciones de inteligencia también lo están, en cuanto ejercidas por uno de los poderes del Estado. La importancia que revisten para su supervivencia [del Estado] no impide, sino todo lo contrario, dicha sujeción, y por lo tanto se reafirma la necesidad de su sumisión al control de los Tribunales en la forma que proceda.

Asimismo, la Constitución reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas salvo resolución judicial. Se trata, al igual que respecto a otros derechos individuales a los que la misma Constitución califica, junto al respeto a la ley, como fundamento del orden político y de la paz social, del reconocimiento de la existencia de áreas o espacios de privacidad, de libertad y de autonomía que corresponden al individuo frente al ejercicio del poder, respecto del cual, por su propia naturaleza, se hace imprescindible el establecimiento de límites, contrapesos y mecanismos de control. Es cierto, sin embargo, que no se trata de derechos absolutos. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la de esta misma Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se han orientado, de conformidad con el artículo 10 de la Constitución, en la línea de lo dispuesto en el artículo 8.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, según el cual “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho [respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia] sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria pa-

ra la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Es decir, que, en definitiva, la restricción requiere en todo caso una previa previsión legal y además para el caso una justificación, y no desde luego cualquier justificación, sino aquella que pueda considerarse relacionada con las previstas en la ley.

A lo dispuesto en el artículo 18.3 CE, en cuanto permite la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones mediando resolución judicial que la acuerde conforme a la ley, hay que añadir las previsiones contenidas en el artículo 55, en el que se contempla la suspensión de éste y de otros derechos en caso de declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la propia Constitución, o bien la suspensión del mismo de forma individual y para personas determinadas cuando lo prevea así una Ley Orgánica y se trate de investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, estableciendo a continuación, de forma terminante, que “la utilización abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”. Previsión que se corresponde con la exclusión de espacios de impunidad en un Estado social y democrático de Derecho como el que consagra la Constitución vigente.

De forma que ni siquiera una justificación genérica basada en el interés en salvaguardar la seguridad y defensa del Estado podría justificar la restricción de ese derecho sin una expresa previsión legal, la declaración de uno de los estados excepcionales antes mencionados o una previa autorización judicial para el caso concreto. Conclusión que viene avalada por la redacción del artículo 192 bis del Código Penal de 1973, después de la Ley Orgánica 7/1984, y por lo dispuesto en el artículo 198 en relación con el 197 del Código Penal vigente, que sancionan las in-

tervenciones telefónicas ejecutadas sin previa autorización judicial, así como por las disposiciones de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, que constituye la última respuesta del legislador a estas cuestiones regulando la previa autorización judicial para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro Nacional de Inteligencia. Como complemento a estas normas, el artículo 11.1 del Real Decreto n.º 2632/1985, de 27 de diciembre, atribuía a la Jefatura de Apoyo Operativo del CESID, cuya dirección correspondía al recurrente, la realización de “aquellas actividades que requieran medios, procedimientos o técnicas especiales y que estén previa y debidamente autorizadas”, lo cual si bien se refiere sin duda a las autorizaciones internas que correspondan, no puede excluir las de naturaleza externa cuando la ley las prevea como necesarias.

De otro lado, las funciones que se le atribuían al CESID en las disposiciones vigentes, de rango reglamentario, en la época de los hechos, están claramente orientadas a la finalidad de protección de la seguridad y defensa del Estado, de manera que no es posible sostener que cualquier actuación que pudiera llevar a cabo cualquier funcionario del Centro fuera a quedar automáticamente protegida por la declaración genérica de materia clasificada a que antes se hizo referencia. Por el contrario, ha de entenderse que quedarían excluidas aquellas que claramente excedieran de esas funciones, aun cuando se hubieran ejecutado aprovechando y abusando de los medios disponibles para las mismas.

(...)

Estas previsiones, junto con las contenidas en la regulación legal de los secretos oficiales, interpretadas todas ellas desde el punto de vista que impone la vigencia de las normas contenidas en la Constitución, en

cuanto de un lado autorizan una razonable reserva en determinadas materias atinentes a la seguridad y defensa del Estado, y por otro lado reconocen derechos individuales básicos para la convivencia democrática, no pueden suponer que las conductas que claramente excedan la razón que justificó la declaración de material clasificado puedan estar amparadas en todo caso y de forma automática bajo los efectos que la ley reconoce a esa declaración, que, ha de insistirse en ello, vienen justificados exclusivamente por la necesidad de salvaguardar la seguridad y defensa del Estado, hasta el punto de obligar a ignorar su realidad y de llegar a provocar la nulidad de cualquier conocimiento que, por vías distintas a la previa desclasificación, pudiera adquirirse sobre hechos presuntamente delictivos cometidos en el ámbito del cumplimiento de las funciones propias de los organismos responsables.

Esto no significa que las sospechas del Juez de instrucción acerca de la comisión de un delito le autorice para imponer a la autoridad administrativa competente una desclasificación, legal o “de facto”, de material clasificado. En la STS, Sala 3.ª, de 4 de abril de 1997, antes citada, también se afirmó que “el hecho de que los documentos obren en el sumario y hayan sido objeto de difusión por la prensa y otros medios, no ha alterado formalmente su naturaleza jurídica de declarados legalmente secretos”. Si bien esto no supone que el Juez penal deba “olvidar” que tales datos han llegado a su conocimiento, sino que para ser completados con otros secretos o para obtener una confirmación oficial deben ser previamente desclasificados.

Pero las anteriores consideraciones permiten concluir que el conocimiento de una actividad delictiva por parte de los órganos competentes de la jurisdicción penal, impone al Juez su investigación con los materiales conocidos y a su alcance, y a los Tribunales su enjuiciamiento, sin que pueda aceptarse como punto de partida la existencia de espacios de impunidad, o de la necesidad de una autorización administrativa para la per-

secución de determinadas conductas delictivas. En este sentido ya se había pronunciado esta misma Sala en la STS n.º 224/2004, de 31 de marzo.

En el caso, es preciso señalar con carácter previo que el aspecto de interés para el proceso penal ha sido la noticia de la intervención de comunicaciones telefónicas privadas entre particulares sin previa autorización judicial, atribuida en la querella inicial al CESID. Tal y como se acaba de decir, la noticia de la comisión de un delito obliga al Juez de Instrucción competente a actuar según prevé la ley de enjuiciamiento, averiguando la existencia del delito y, en su caso, identificando al delincuente. En el caso, no puede considerarse un secreto que los servicios de inteligencia intervienen en ocasiones comunicaciones telefónicas; aunque naturalmente deban hacerlo ajustándose a la ley.

Incoadas las diligencias penales, el conocimiento inicial de algunos datos penalmente relevantes se obtuvo a través de una declaración de quien en ese momento desempeñaba el cargo de Director del CESID. Concretamente, en lo que aquí interesa, la confirmación de la existencia de escuchas de conversaciones privadas sin autorización judicial y la identificación de la persona responsable de la Unidad en la que tales comunicaciones eran interceptadas. El contenido de aquella declaración, como de las posteriores realizadas por la misma persona, revela que, con toda claridad, la razón que justifica esa manifestación del testigo se residencia en la convicción de que lo declarado se refiere a actos ejecutados por subordinados suyos que exceden de sus funciones y por lo tanto se encuentran fuera de las limitaciones a la publicidad que la regulación vigente, entendida en sentido amplio, imponía al Centro. Es decir, en definitiva, que el cumplimiento de las funciones atribuidas al CESID había sido aprovechado por sus funcionarios para la comisión de un aparente delito, lo cual, en la opinión de quien en ese momento ostentaba la responsabilidad de dirección del Centro, no podía constituir en

ningún caso material clasificado al haberse acordado dicha clasificación de forma genérica, es decir, no referida a esos hechos concretos y determinados, y no afectar lo que fue comunicado de ninguna forma a la seguridad o defensa del Estado. Valoración que, por otra parte, no ha sido de ninguna manera rectificada con posterioridad por consideraciones suficientemente fundadas. En aquella declaración no se reveló, pues, y en lo que aquí interesa y ha sido utilizado en la causa, más que aquello directamente relacionado con la conducta que se consideró delictiva y que además se entendió implícitamente que no afectaba a la seguridad y defensa del Estado y que por lo tanto no merecía la consideración de material clasificado. Es decir, en definitiva, la existencia de una unidad responsable de las intervenciones telefónicas, y la identidad del responsable de la misma. Todo lo demás, tanto en lo que se refiere a otros aspectos del funcionamiento interno del Centro como a la identidad y demás datos de las personas que prestaban en él sus funciones, carece de interés para la causa y puede prescindirse de ello en su integridad sin que ello suponga una alteración necesaria del fallo de la sentencia impugnada.

No se trata en realidad de una desclasificación de facto, sino del conocimiento por parte de las autoridades judiciales penales de unos hechos concretos relacionados de forma muy general con una materia clasificada como secreta, pero que en lo que se refiere a su entidad individualizada referida al contenido concreto de lo denunciado no puede ser considerada como tal, dado su carácter claramente delictivo y su nula relación con la seguridad y defensa del Estado. No se ha demostrado afectación alguna de la seguridad o defensa del Estado como consecuencia de la revelación de los hechos delictivos sancionados penalmente en la sentencia impugnada.

La posible incorrección sería en este caso concreto meramente formal, lo cual no puede impedir la realización de la Justicia como

valor superior del ordenamiento jurídico. Es de notar que el acuerdo de clasificación es de una gran generalidad y debe entenderse que no cubre las acciones que tengan naturaleza delictiva, con menor razón aquellas cuyo conocimiento público no afecte concretamente a la seguridad y defensa del Estado. Que la denuncia, en lo que aquí interesa se refiere a la ejecución de una conducta que presentaba aspectos claramente delictivos, refiriéndose a la realización de escuchas de conversaciones privadas, no relacionadas con la seguridad y defensa del Estado, sin previa autorización judicial y a la persona del recurrente como responsable de las mismas. Y, finalmente, que el propio recurrente aportó, mediante su confesión, que fue corroborada por las declaraciones testimoniales, una de las pruebas esenciales tenidas en cuenta por el Tribunal de instancia para entender enervada la presunción de inocencia y dictar sentencia condenatoria. En definitiva, no ha sido preciso acudir al material clasificado para dictar la sentencia.

Pretende el recurrente la aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, según el cual no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, no se aprecia en la actuación del Juez instructor investigando los hechos denunciados o en la de la Audiencia Provincial al proceder a su enjuiciamiento sin una previa desclasificación por parte del Consejo de Ministros, la infracción de ningún derecho fundamental, que por otro lado, no ha sido identificado por el recurrente. En sentido similar la STC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 26.

Por lo tanto, ha de decirse que, con carácter general, el Juez de instrucción está obligado a investigar los delitos que se le denuncien en función de los datos que lleguen a su conocimiento. En segundo lugar, que para incorporar al proceso datos desconocidos hasta entonces o para acreditar los ya conocidos, no puede acceder directamente a material clasificado como secreto sin obtener

previamente un acuerdo de desclasificación, sin perjuicio de la posibilidad de revisión jurisdiccional de la decisión que lo deniegue. En tercer lugar, que, en este caso, el material utilizado en la sentencia condenatoria no puede considerarse incluido dentro del clasificado como secreto, pues se refiere, en lo que interesa, solamente a la ejecución de una conducta delictiva que excede

las funciones encomendadas y a la persona del responsable, que además ha confesado los hechos. Y en cuarto lugar, que en el caso, la utilización de esos datos, en la medida en que han sido relevantes para el dictado de la sentencia que se impugna, por las mismas razones ya apuntadas no puede causar la nulidad de lo actuado.

En consecuencia, el motivo se desestima.

Sentencia 934/2006, Sala de lo Penal del TS, de 29 de septiembre de 2006

INTRUSISMO PROFESIONAL

Art. 403 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

Tras recordar la doctrina jurisprudencial relativa al delito de intrusismo, absuelve a la acusada que se hacía pasar por abogada especializada en extranjería, por entender que no realizó actos propios de la profesión de abogado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...)

1. Hemos declarado con reiteración (cfr. SSTs de 29-9-2000; n.º 2006/2001, de 12 de noviembre y de 22-1-2002, n.º 41/2002) que el delito de intrusismo, tanto en su tipicidad contenida en el anterior Código Penal, art. 321, como en el vigente, 403, es un delito formal y de mera actividad que se consuma con la realización de un sólo acto de la profesión invadida, consistiendo en el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o

reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente.

También es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que destaca el bien jurídico protegido por el tipo penal caracterizado por su carácter pluriofensivo. Ofende al perjudicado, que ve lesionado su derecho por la actividad del intruso; a la corporación profesional a la que afecta la conducta intrusa; y a la sociedad en su interés público en que sean idóneas las personas que ejercen determinadas profesiones para los que el Estado reglamenta el acceso a la actividad. Aunque, obviamente, el titular del bien jurídico sólo será el Estado, destacamos lo anterior para

afirmar la caracterización plural de los sujetos afectados por la conducta intrusa. Esta requiere, de una parte, la realización de actos propios de una profesión, y de otro, por quien no está en posesión del necesario título académico que permita su realización. Se entiende por actos propios de una profesión aquellos que específicamente están reservados a una profesión quedando excluidas de su realización aquellas personas que carezcan de la titulación precisa. Tal determinación de funciones deberá ser realizada desde una perspectiva objetiva de valoración social.

Desde tal punto de partida la realización por la acusada de los actos que describe el “factum” no pueden integrar el delito que le ha sido imputado, porque no reflejan actos propios de ejercicio de la profesión de abogado. En efecto, en aquél se narra que para conseguir la confianza de tales ciudadanos extranjeros (a los que ofrecía la obtención de permisos de residencia y/o trabajo o la obtención o convalidación de sus permisos de conducción) la acusada se atribuía mendazmente la condición de abogada especializada en temas de extranjería y a tal efecto disponía y distribuía tarjetas de presentación y otros documentos con sellos con los miembros de inexistentes sociedades o agrupaciones profesionales como “BOB, Abogados Asociados, S.L.”, “Sánchez García Abogados, S.L.”, y “Abogados Extranjería Catherina”, llegando incluso a insertar publicidad de los mencionados servicios profesionales en al menos una publicación de anuncios por palabras de gran difusión.

Y en el relato de hechos se añade que: En todos estos despachos se anunciaba como abogada especializada en temas de extranjería y repartía tarjetas de presentación y publicidad de los servicios que como tal ofrecía. La acusada recibía en tales despachos a los clientes y ante ellos no sólo se atribuía la cualidad de Abogado, pese a carecer del título académico oficial habilitador para el ejercicio de esa profesión, sino que además en tal calidad se entrevistaba con los clientes, y pese a carecer de titulación necesaria

aceptaba sus encargos profesionales y asesoraba a los mismos sobre los trámites a seguir para la resolución de sus problemas, informándoles de la documentación necesaria para cada asunto y requiriéndoles la entrega de la misma.

Y en otro pasaje de los hechos declarados probados se incluye que: Asimismo a muchos de los ciudadanos extranjeros les expidió... certificados... conforme a los cuales las citadas entidades profesionales estaban tramitando los permisos de residencia o trabajo de tales ciudadanos o bien que su documentación se hallaba en trámite de apelación y recurso, creando en estos la creencia de haber comenzado la tramitación del procedimiento para la regulación de su estancia en nuestro país.

Como se ve, a pesar del amplio contenido del art. 9.1 del Estatuto General de la Abogacía (aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio), que atribuye la cualidad de Abogados a quienes incorporados a un Colegio en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados, y aunque la acusada —según lo más arriba expuesto— “asesorara” a sus víctimas, tal asesoramiento no constituye un acto exclusivo de la profesión de Abogado. Piénsese que el objeto del mismo se desarrollaba en el plano meramente administrativo, y nunca en el judicial (a la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos se refiere el art. 542 LOPJ), siendo la referencia fáctica efectuada a los trámites de apelación o recurso, descriptiva, no de un seguimiento real de un procedimiento, sino constitutiva de una mera alegación más de la acusada en el “iter” seguido por la misma para la defraudación de sus víctimas.

Por otra parte, la “determinación de funciones” deberá ser realizada desde una perspectiva objetiva de valoración social, según la jurisprudencia que antes citábamos. Siendo así, debe tenerse presente que cualquier ciudadano es susceptible de recibir a diario

consejos (médicos, sanitarios, de rehabilitación, construcción o reparación de aparatos de todo tipo o de viviendas), que propiamente solamente deberían darlos profesionales cualificados, y no por ello alcanza tal hecho el desvalor social capaz de merecer una sanción penal.

En el plano jurídico, la implicación o la proyección de la persona y de sus múltiples facetas en el mundo del Derecho le hace susceptible de recibir consejos de tal orden en muy diversos planos (mercantil, bancario, bursátil; tributario, laboral y relacionado con la Seguridad Social), sin que se tenga que llegar a la tipicidad penal que debe quedar reservada para cuando lo que se ejecuta pertenece en exclusiva a una determinada profesión.

En relación con ello, la legislación sobre extranjería no exige la dirección letrada para la tramitación administrativa de permisos de residencia, reagrupación familiar o visados. Así la LO 4/2000, de 11 de enero, de defensa de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su art. 20.2 prevé la audiencia del propio interesado, el art. 20.3 la legitimación de las organizaciones de defensa del inmigrante; y el art. 22 si prevé la asistencia letrada de oficio lo hace respecto de los procedimientos administrativos o judiciales que enumera, que son la denegación de la entrada, el acuerdo de expulsión o denegación de asilo, y respeto de los procesos en los que sea parte. Finalmente, la Disposición Adicional 3.^a, prevé para las autorizaciones de residencia y trabajo y visados de estancia y residencia la intervención perso-

nal del interesado o de su representante debidamente autorizado.

A su vez el Reglamento de la misma LO, aprobado por RD 2393/2004, en sus arts. 42, 69, 73 y DA 4.^a contempla la intervención personal del inmigrante admitiendo fórmulas de representación voluntaria.

Y tampoco la normativa por la que se rige la convalidación, obtención o renovación de los permisos para la conducción de vehículos de motor exige otra cosa que la intervención del propio interesado o de persona autorizada.

En nuestro caso, aparecer como abogado ante los perjudicados fue simplemente un elemento más del engaño propio de la estafa por la que también se condenó (cfr. STS de 28-3-2003, n.º 454/2003).

Siendo así, partiendo de los hechos que fueron declarados probados, podría, tal vez, haberse apreciado en la hoy recurrente una mera atribución pública de la cualidad profesional amparada por título académico que no (se) posea, tal como tipifica a título de falta el art. 637 del CP pero el tema no ha sido debatido, ni siquiera suscitado por nadie ante la eventualidad de una absolución del delito del art. 403 CP.

Por ello, de acuerdo también con el Ministerio Fiscal, consideramos que procede simplemente absolver de este delito (cfr. STS de 28-3-2003, n.º 454/2003), sin entrar en el tema de si hubo o no esa ostentación pública del título, constitutiva de la citada falta.

En definitiva, este aspecto del motivo ha de ser estimado.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 1/2006, AP JAÉN, Sec. 3.ª, de 10 de enero de 2006

RECURSO CONTRA SENTENCIA DE CONFORMIDAD Y VALOR DE LA CERTIFICACIÓN DEL FIVA

Arts. 2 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor; 23 del Reglamento de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor; 217 LEC

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Lourdes Molina Romero

SÍNTESIS

Cabe recurso contra la Sentencia de conformidad porque ésta recayó en la condena penal y se mantuvo la discrepancia respecto a la cuantía indemnizatoria. La certificación del FIVA admite prueba en contrario y en este caso la certificación que emite no acredita que a fecha del accidente el vehículo estuviera asegurado en una determinada compañía, por lo que el responsable civil solidario será el Consorcio de Compensación de Seguros.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

La sentencia que se impugna se dictó con la conformidad del acusado y su letrado defensor. La jurisprudencia viene mantenien-

do que la conformidad del acusado con la acusación garantizada y avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el Tribunal Casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado libremente y sin oposición. (...)

En el caso que nos ocupa, al inicio del juicio oral, el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular modificaron sus escritos de conclusiones y el acusado y la defensa mostraron sus conformidad, aunque se mantuvo la discrepancia respecto a la cuantía indemnizatoria. El Consorcio de Compensación de Seguros también reiteró su oposición. (...)

En definitiva, la cuestión litigiosa consiste en determinar si en este caso cobran plena virtualidad los datos publicados en el FIVA, o han sido probados en contrario otros, que justifican la responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros. (...)

Discrepamos del juzgador de instancia porque, como se dijo, los datos del FIVA no son contundentes. Más bien apuntan a considerar que la fecha del siniestro no estaba el vehículo asegurado en la Compañía Sur, aunque el resultado de otras consultas informativas nos lleva a inferir lo contrario. Es

por ello que las consecuencia de la falta de prueba sobre la realidad del aseguramiento obligatorio, no puede recaer sobre los perjudicados en el siniestro, máxime cuando, como en este caso, existen dudas fundadas y se han agotado las posibilidades de investigar acerca de la responsabilidad civil.

En cualquier caso el Reglamento sobre el seguro obligatorio de vehículos de motor, aprobado por el RD 7/2001, de 12 de enero, que examinamos en su artículo 30.1.c), impone al Consorcio de Compensación de Seguros la obligación de indemnizar los daños a las personas y los bienes, en los supuestos incluidos dentro del aseguramiento obligatorio cuando surgiera controversia entre el Consorcio y la entidad aseguradora acerca de quién debe indemnizar al perjudicado. Esta misma norma se mantiene en el artículo 11.1.d) de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, aprobada por el RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

Sentencia 69/2006, AP ALMERÍA, Sec. 3.ª, de 14 de marzo de 2006

EJECUCIÓN DE PENA DEL ART. 379 DEL CP CUANDO HA EXISTIDO PREVIA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Arts. 74 del RDLeg. 339/1990, de 2 de marzo, texto refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial; 379 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Martínez Abad**

SÍNTESIS

Al condenado se le deberán descontar de la pena que se le impone las cantidades que acredite haber satisfecho por este motivo a la Administración (y si pagó más podrá reclamar la devolución) y el tiempo de privación del carné de conducir que efectivamente haya cumplido. Se estudia también, para desestimarla, la alegación de dilación en la administración de justicia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) la Administración al sancionar en este caso existiendo un procedimiento penal en marcha no respetó el principio legal de la prioridad de la jurisdicción penal. (...)

Pues bien, para conjugar todos esos intereses sin incurrir en el proscrito “bis in idem”, una vez advertido el error cometido por la Administración al proseguir el expediente sancionador a pesar de que existía un procedimiento penal abierto, siguiendo el criterio emanado de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16-1-2003, la solución es que, en ejecución de sentencia, al recurrente se le descuente de la pena que se le impone, con toda corrección, en la senten-

cia, aquellas cantidades que acredite haber satisfecho por este motivo a la Administración y que se le descuente el tiempo que efectivamente le haya sido privado el permiso de conducir. Así no puede sostenerse que materialmente el recurrente haya sufrido exceso punitivo alguno, pues en realidad no se le habrían impuesto dos sanciones, una en vía administrativa y otra en vía penal, sino materialmente sólo se le impone una sanción. Si se ha efectuado el pago del importe de la sanción administrativa, el recurrente, en su caso, podría iniciar un expediente para el recobro de la diferencia entre la multa satisfecha en la Jefatura de Tráfico por pronto pago de la señalada en la citada denuncia (420 euros) y la impuesta en la sentencia penal (270 euros).

Sentencia 53/2006, AP CÁCERES, Sec. 2.ª, de 28 de marzo de 2006

PROBLEMÁTICA DE LA REVISIÓN DE SENTENCIA ABSOLUTORIA EN APELACIÓN

Arts. 621 Código Penal; 790 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Valentín Pérez Aparicio**

SÍNTESIS

El órgano que conoce en apelación de una sentencia absolutoria en la instancia no puede dictar sentencia condenatoria modificando el relato de hechos probados por valoración diferente salvo excepciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Únicamente cabe la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado había sido absuelto en la instancia

como si fue condenado y la sentencia de apelación empeora su situación) cuando en segunda instancia no se altere el relato de hechos probados sobre el que se asienta la Sentencia del órgano “a quo”, o cuando, a

pesar de modificarse, tal alteración no resulta del análisis de medios probatorios que exijan de la inmediación para su valoración sino de otros datos de la causa respecto de los que la posición del juzgador de instancia y la del de apelación son iguales (particularmente las pruebas no presenciales documentadas) o, por último, cuando el Tribunal de apelación se limite a no compartir el proceso deductivo empleado por el de ins-

tancia a partir de los hechos base tenidos por acreditados en la sentencia apelada, a partir de los cuales el órgano “ad quem” deduce otras conclusiones distintas pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales.

Sentencia 17/2006, AP ZAMORA, Sec. 1.^a, de 25 de abril de 2006

EL ACUSADO SE SOMETE AL TEST DEL ETILÓMETRO PORTÁTIL PERO NO AL DE PRECISIÓN

Arts. 379 y 380 Código Penal; 12.2 RDLeg. 339/1990, de 2 de marzo, texto refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Andrés Manuel Encinas Bernardo**

SÍNTESIS

El acusado es absuelto del delito de negativa a someterse a las pruebas de detección alcohólica porque la aplicación del art. 380 del CP ha de reservarse para los supuestos de absoluta negativa a la práctica de estas pruebas, excluyendo los casos como el presente de negativa parcial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El segundo motivo alude al error en la valoración de las pruebas así como a la incorrecta aplicación de normas y Jurisprudencia con relación al delito de desobediencia tipificado en el art. 380 CP, pues entiende, que toda vez que se sometió a la prueba con el etilómetro portátil, dando positivo, 1,17 mg/l., la posterior negativa a someterse a la prueba con un etilómetro evidencial de precisión a cuya práctica se negó, no constituye delito de desobediencia. (...)

La cuestión planteada por el recurrente sobre si, habiéndose sometido a la prueba con el etilómetro portátil, le excusaba de someterse posteriormente al etilómetro de precisión, ha sido planteada y resuelta de diferente forma por las distintas Audiencias, así la de Barcelona (S. 20 de octubre de 2004, Pte.: Pijuan Canadell, José María) viene declarando: “que si bien es cierto que la actual legislación administrativa en la materia establece que las pruebas con aparato etilómetro han de ser dos como mínimo, ello no signifi-

ca que, practicada la primera prueba con un resultado positivo, si el conductor se niega a la práctica de la posterior prueba, por esta sola negativa incurra en la conducta penada en el artículo 380 del Código Penal EDL 1995/16398. Pese a la completa compatibilidad entre el delito contra la seguridad del tráfico del artículo 379 del Código Penal EDL 1995/16398 y el delito de desobediencia del artículo 380 del mismo Código, afirmada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 161/1997, de 2 de octubre, EDJ 1997/5477, la jurisprudencia nos recuerda que los principios de proporcionalidad y ‘non bis in idem’ obligan a una interpretación restrictiva del artículo 380 del Código Penal EDL 1995/16398, por ser su bien jurí-

dico protegido no el principio de autoridad en sí mismo sino el deber ciudadano de colaborar con los agentes de la autoridad en las tareas que son propias de la prevención de la seguridad en la circulación viaria. Por ello, el artículo 380 ha de reservarse a aquellos supuestos de absoluta negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia, no en aquellos otros en que, como es el caso de autos, la oposición es tan solo parcial porque se practica la primera de las pruebas con la plena anuencia del conductor y éste, siendo conocedor del resultado positivo de esta primera prueba, se niega a someterse a la práctica de las posteriores pruebas con lo que simplemente viene a renunciar a las pruebas de contraste”.

Sentencia 189/2006, AP MADRID, Sec. 3.ª, de 5 de mayo de 2006

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA DE ALEJAMIENTO PLENAMENTE CONSENTIDO POR LAS VÍCTIMAS EN CUYA PROTECCIÓN SE DICTÓ

Arts. 39 y 468 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Pilar Abad Arroyo**

SÍNTESIS

Considera la sentencia que la circunstancia de que las personas para cuya protección se dicta la medida de alejamiento consientan libremente la convivencia con quien tenía prohibido aproximarse a ellas hace que decaiga el tipo penal del art. 468. En auxilio de esta interpretación se recogen los argumentos explicados por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) En el relato fáctico de la sentencia de instancia y tal como mantuvieron en todo momento los padres del acusado, se declara como probado que Rogelio habitaba en el domicilio de sus padres, con

consentimiento de éstos, a pesar de hallarse en vigor sendas órdenes de alejamiento impuestas por resolución judicial.

Con fecha 26 de septiembre de 2005, la Sala 2.ª del Tribunal Supremo dictó sentencia (...) referente a un supuesto de reanudación de la convivencia por voluntad de la

víctima, estando vigente una prohibición de aproximación o medida cautelar de alejamiento, en la que, en síntesis, se establecía:

“No cabe duda de la naturaleza de pena que tiene la prohibición de aproximación a la víctima —art. 39 del Código Penal 1995— ni tampoco de que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado, y lo mismo debe decirse de la medida cautelar de alejamiento. Sin embargo, su eficacia depende siempre y en todo momento de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima de mantener su vigencia por ello la reanudación voluntaria de la convivencia plantea problemas de tipicidad. Si se opta por el mantenimiento a todo trance del alejamiento, cabría considerar a la mujer coautora por cooperación necesaria —al menos por inducción—, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento —art. 468 del mismo Texto Legal—. Tampoco es admisible dejar la efectividad de la medida a la voluntad de la persona protegida, por la absoluta falta de seguridad jurídica que supondría para el afectado que el pronunciamiento judicial quedase en manos de un particular. Por tanto, compatibilizando la naturaleza pública de la pena o medida, la seguridad de la persona en cuya protección se expide y el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, la reanudación de la convivencia acreditará la desaparición de las circunstancias que justificaron su imposición.

Cuando la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente endere-

zada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su conviviente, la decisión de la mujer de recibir y reanudar la vida con él acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone ‘de facto’ el decaimiento de la medida de forma definitiva; el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado —si es preciso para la protección de su persona— otra resolución semejante. En el caso, la propia sentencia de instancia ha considerado la posibilidad de que con posterioridad al otorgamiento del auto de prohibición de aproximación se reanudara la convivencia, lo que proyecta al menos una duda seria y razonable sobre el núcleo del tipo penal: la voluntad de la ex compañera de que el recurrente se le acerca, basta y sobra en esta situación para estimar que no ha existido quebrantamiento de la medida de alejamiento, ni por tanto delito del art. 468 del Código Penal 1995”.

Aplicando la doctrina antedicha al supuesto de autos, necesariamente ha de absolverse al acusado del delito de quebrantamiento de condena, puesto que los padres del mismo, víctimas de la violencia que pudiera provenir de la convivencia, aceptaron voluntariamente tal convivencia, por lo que no existiría quebrantamiento de la medida de alejamiento, ni por ende delito del art. 468 del Código Penal. (...)

Sentencia 58/2006, AP NAVARRA, Sec. 1.ª, de 10 de mayo de 2006

TRANSFERENCIA VÍA INTERNET DE DINERO DE LA EX PAREJA A CUENTA CORRIENTE PROPIA SOBRE LA QUE LA ANTERIOR CONVIVIENTE PODÍA DISPONER: ESTAFA

Art. 248.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fermín Javier Zubiri Oteiza**

SÍNTESIS

No deja de existir estafa —en el sentido del art. 248.2 del CP— por el hecho de que el autor estuviese inicialmente facultado para conocer las claves de acceso a las cuentas de la perjudicada, por cuanto en el momento de comisión de los hechos no estaba consentida la transferencia. Tampoco impide la tipificación penal de la conducta la circunstancia de que el dinero se transfiriera a una cuenta respecto de la cual la perjudicada estaba autorizada a disponer, pues, como dice la Audiencia, habiéndose roto la relación sentimental entre uno y otra, “se hubiese convertido en ilegítima la disposición por la denunciante de los fondos de dicha cuenta”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Ante la indicada pretensión de la parte apelante debemos señalar que, examinado lo actuado, cabe concluir que quedó plenamente acreditada la realidad de que se produjeron los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, hechos que, a su vez, consideramos que son legalmente constitutivos del delito contemplado en el número 2 del art. 248 del C. Penal, en el que también se consideran reos del delito de estafa a los que “con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”.

En efecto, en los hechos declarados probados queda de manifiesto la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que integran el indicado delito, a lo que no obsta la realidad de que la prueba practicada hubiere puesto de manifiesto otra serie de hechos, como los indicados por la parte apelante en su recurso de apelación, que no fueron recogidos en la declaración de hechos probados contenida en la sentencia recurrida, los cuales no resultan ser, en nuestra estimación, trascendentes, en orden a poder modificar la calificación jurídica referida y a concluir que los hechos cometidos por el imputado no constituyan el referido delito.

Debe señalarse, de un lado, en cuanto a la inexistencia de ánimo de lucro afirmada por

la parte apelante, que dicho ánimo se revela, con rotundidad, en el indiscutido hecho de que el acusado, conociendo que carecía de cualquier derecho o autorización para acceder a la nueva cuenta de la que era titular la Sra. Juana, accedió a ella a través de las claves de las que había tenido conocimiento como consecuencia de la relación que anteriormente ambos habían mantenido, ordenando de esa manera una transferencia de determinados fondos existentes en la cuenta de la Sra. Juana a otra cuenta de la que el mismo era titular, hallándose ínsito en tal actuación un ánimo de lucro, manifestado en el indiscutible apoderamiento de lo ajeno realizado por el acusado. Dicho ánimo, en todo caso, no puede ignorarse que no es incompatible con la posibilidad de que el imputado persiguiese, a su vez, obtener una cita con la Sra. Juana para tratar de determinadas cuestiones, no obstando tal finalidad a la realidad del apoderamiento de dinero ajeno que realizó, y del que se desprende, con rotundidad, que existió ánimo de lucro.

Avala tal conclusión la circunstancia de que no se produjo un mero apoderamiento provisional, dado que el mismo se mantuvo durante un considerable número de días, y no procediéndose a la consignación del dinero objeto del apoderamiento hasta que se puso en marcha el procedimiento judicial que nos ocupa.

De otro lado, en cuanto a la alegación de que no existió perjuicio económico en el patrimonio de la Sra. Juana, alega la parte apelante que en realidad, dado que la misma podía disponer de la cuenta en la que el imputado efectuó el ingreso del dinero de que se trata, no existió un desplazamiento económico que fuere más allá del ámbito de disposición de la propia denunciante.

Tal alegación no puede ser tampoco acogida, toda vez que es claro que, habiendo roto la denunciante y el imputado las relaciones que habían mantenido y que habían justificado que aquella tuviere firma para disponer de la cuenta de la que es titular el imputado, habiendo desaparecido tal relación, se hubiere convertido en ilegítima la

disposición por la denunciante de los fondos de dicha cuenta, por lo que dicha posibilidad no puede impedir que apreciemos perjuicio patrimonial y desplazamiento patrimonial en la actuación enjuiciada, dado que solo actuando de un modo reproachable la denunciante hubiera podido disponer de esa cuenta, ya que carecería de cualquier autorización actual al respecto, al haberse roto la relación que la justificó. Por tanto, tal circunstancia no puede impedir la calificación de los hechos en la forma que hemos efectuado, siendo evidente que la denunciante sufrió un perjuicio patrimonial como consecuencia de tales hechos.

Por último, alega la parte apelante que no existe engaño ni manipulación en los hechos enjuiciados, teniendo en cuenta que las claves de acceso a las cuentas fueron libre y voluntariamente comunicadas por la Sra. Juana al imputado, sabiendo aquella que éste tenía conocimiento de dichas claves, por lo que el acusado no realizó ningún tipo de manipulación ni utilización de artificio alguno para acceder a las cuentas bancarias.

Al respecto, hemos de señalar que, si bien puede considerarse que no es excesivamente precisa la expresión “artificio semejante”, contenida en el n.º 2 del art. 248 del C. Penal, al referirse al mismo como medio para conseguir una transferencia no consentida de un activo patrimonial en perjuicio de tercero, sin embargo, estimamos que en el presente caso, dada la mecánica utilizada por el imputado para apoderarse del dinero ajeno, debe apreciarse el uso de ese artificio semejante al que se refiere dicho artículo, sin que el hecho de haberse obtenido lícitamente en su momento las claves de que se trata para acceder a las cuentas de la aquí denunciante, impida la calificación jurídica que hemos efectuado.

Acerca de tal cuestión hemos de destacar que, conforme a la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al número segundo del art. 248 del C. Penal, el uso abusivo de dicha clave constituye, en efecto, ese “artificio semejante”, contemplado en el citado artículo, tratándose de una actuación que es

equiparable a la “manipulación informática”, pues ese uso abusivo “permite lograr un funcionamiento del aparato informático contrario al fin de sus programadores” (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de febrero de 2006), lo que entiende dicha sentencia que constituye una utilización de ese “artificio semejante”.

Considera, por otro lado, dicho Alto Tribunal que “la cuestión de cuales son los artificios semejantes debe ser determinada por la aptitud del medio informático empleado para producir daño patrimonial. En este sentido es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber” (sentencia del T. Supremo de fecha 21 de diciembre de 2004).

Señala, por su parte, dicha doctrina jurisprudencial, que en el delito que nos ocupa “subsiste la defraudación, y el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en alteración de los elementos físicos, de aquellos que permiten su programación, o por introducción de datos falsos...

Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida en su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre una tipicidad del art. 248.2 del C. Penal. También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que este signifique artimaña, doblez, enredo o truco” (sentencia del T. Supremo de fecha 20 de noviembre de 2001).

En relación con este último aspecto, cabe matizar, como indicó la referida sentencia del T. Supremo, que una de las acepciones del término artificio, según la Real Academia de la Lengua Española, lo equipara a disimulo, cautela o doblez, expresión esta última que consiste en el empleo de astucia o malicia en la manera de obrar.

Y, atendido lo anterior, aplicada la citada doctrina jurisprudencial a los hechos enjuiciados, estimamos que cabe considerar suficientemente acreditado, en los términos indicados, la utilización en el caso enjuiciado de un “artificio semejante, en la citada acepción, al de manipulación informática, siendo incluíble la actuación enjuiciada, concretada en aquel uso abusivo, sin autorización, de aquella clave, en el referido supuesto de estafa, conforme a la citada doctrina jurisprudencial existente en torno al mismo.

Sentencia 180/2006, AP MADRID, Sec. 1.ª, de 11 de mayo de 2006

APLICACIÓN DEL FACTOR DE CORRECCIÓN A LOS DÍAS DE INCAPACIDAD
Arts. 147 Código Penal; 764.3 LECrim.; 1, 7 y Anexo Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, y 3; 23.3 RD 7/2001, que aprueba su Reglamento

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Araceli Perdices López

SÍNTESIS

La sentencia estudia la responsabilidad civil, incluso por actuación dolosa del causante, de la aseguradora del vehículo, sin perjuicio de su facultad

de repetir; así como la aplicación del factor de corrección a la indemnización tanto por secuelas como por incapacidad temporal. Aplica el baremo de la fecha de la sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) El principio de la no asegurable del dolo, como tiene reiteradamente dicho esta Sala, lo que prohíbe es que el agente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le pueden derivar de sus propios comportamientos dolosos, pero no que se establezca un sistema obligatorio de protección a las víctimas de una determinada fuente de riesgo (la circulación automovilística) que garantice a las mismas un nivel básico de cobertura frente a los daños sufridos “con motivo de la circulación”, con independencia de que el origen del daño sea un ilícito civil o penal, doloso o culposo.

La diferencia no afecta a la víctima, pero sí al autor: si el comportamiento causante del daño fue culposo, el seguro ampara a la víctima sin posibilidad de repetición, es decir, que también exonera al causante del daño de su responsabilidad civil. Si el acto es doloso, el seguro ampara igualmente a la víctima, pero se puede repetir contra el causante del daño, pues al ser doloso el acto la responsabilidad del causante no se elimina con el pago del seguro, sino que se le exige por el asegurador. Por ello se señala que el seguro obligatorio de responsabilidad civil del automóvil ha pasado de ser esencialmente un medio de tutela del patrimonio del asegurado a ser principalmente un instrumento de protección de los terceros perjudicados”.

(...)

Tercero.—(...) Es por ello que en el presente caso también se debe aplicar el factor de corrección del 10% en relación a los días

de incapacidad ya que aunque es cierto que la Tabla V del baremo no contempla previsión para el caso de que la víctima en edad laboral no justifique la percepción de ingresos por trabajo personal, de lo recogido en las Tablas II y IV se desprende que es un principio general inspirador del sistema de valoración, aplicable a todo su conjunto.

Cuarto.—Considera asimismo la aseguradora que el baremo aplicable no debería ser el de la fecha de la sentencia sino el del año en que tuvieron lugar los hechos, amparándose en que la STS de 5 de marzo de 2003 ha establecido que este tipo de deudas serían dinerarias y no de valor.

Es cierto que la STS de 5-3-2003 parece sostener que las cuantías a tener en cuenta deben ser las que estén fijadas en el momento de acaecer el siniestro que da lugar a la indemnización y no las modificaciones establecidas con posterioridad. Sin embargo, y hasta donde conoce esta Sala, este pronunciamiento no deja de ser aislado frente a la Jurisprudencia mayoritariamente adoptada hasta el momento y de la que son exponentes las STS Sala 1.^a de 4-2-1992, 16-10-1996, 25-5-1998, 20-12-2000, 15-2-2001, según las cuales las deudas de valor, como son las indemnizaciones, nacen en el momento de producirse el perjuicio, pero se liquidan no por su valor en aquel momento sino en el de ser fijado en la sentencia que se dicte. Al no permitir la resolución alegada constatar un cambio en la doctrina jurisprudencial cuando son numerosas las que sostienen lo contrario, la prudencia aconseja estar a lo que es hoy por hoy el criterio mayoritario, y que es el aplicado en la sentencia de instancia.

Sentencia 181/2006, AP MADRID, Sec. 1.ª, de 11 de mayo de 2006

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR DELITO COMETIDO POR FUNCIONARIO: NECESIDAD DE QUE EL SUJETO ACTIVO ACTÚE EN EL EJERCICIO DEL CARGO

Art. 121 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Araceli Perdices López**

SÍNTESIS

Frente al criterio del Juzgado de lo Penal, que realiza una interpretación extensiva del art. 121 del CP, la Sala rechaza la responsabilidad civil del Estado. Se trata de un funcionario que agrede a unas compañeras en el centro de trabajo. La sentencia considera que las lesiones no fueron ocasionadas por el acusado como consecuencia del ejercicio de sus cometidos o funciones, ni aprovechando las facilidades que ello le proporcionaba.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Las exigencias para que surja la responsabilidad civil subsidiaria del Estado al amparo del art. 121 del CP vienen resumidas por la Jurisprudencia (STS de 13 de junio de 2003 por todas) en los siguientes:

1.ª) Que una persona declarada penalmente responsable por delito doloso o culposo —a los que se ha entendido también como asimilables las faltas— haya de responder por la causación de daños.

2.ª) Que esa persona sea autoridad, agente y/o contratado de la misma o funcionarios públicos.

3.ª) Que, al actuar, estuvieran en el ejercicio de sus cargos o funciones.

4.ª) Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran encomendados. Si la segunda de estas exigencias presenta un carácter expansivo al incluir a todas las personas que puedan tener una relación subordinada al Estado y demás entes públicos, incluyendo a las personas meramente contratadas, las exigencias tercera y cuarta tienen una finalidad de restringir cuando esa responsabilidad subsidiaria se produce, condicionándola a que la persona dependiente del ente público esté en el ejercicio de sus funciones y a que la actividad de desempeño de servicio público que realizaba determine directamente la lesión como consecuencia del mismo (STS 1270/2002, de 5 de julio).

No cabe duda de que en el caso sometido a examen concurren los primeros presupuestos, ya que cuando el acusado lesionó a

sus compañeras de trabajo era funcionario público, en concreto ordenanza del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y se encontraba en su puesto de trabajo. Sin embargo no se constata que ocurra lo mismo con el último de los requisitos, ya que las lesiones no fueron causadas por el acusado como consecuencia del ejercicio de sus cometidos o funciones, ni aprovechando las facilidades que ello le proporcionaba. Así lo que acontece es que estando sentado en su puesto de trabajo y a causa de las ideas delirantes que sufría y que le hacían creer que le iban a denunciar por acoso sexual, se levanta y se dirigió hacia una funcionaria a la que agrede, haciendo lo propio con otra que acude en auxilio de la primera.

En la sentencia de instancia se acude a la STS de 21 de octubre de 1997 para sostener la condena del Estado porque el acusado era funcionario y los hechos acontecen durante el desempeño de su trabajo. Sin embargo esta resolución lo que viene es a reiterar la necesidad de que la actuación ilícita tenga lugar aprovechando el ejercicio de las funciones encomendadas al funcionario público cuando señala que “como viene manteniendo una uniforme línea jurisprudencial de esta Sala la aplicación del precepto que establece la responsabilidad subsidiaria (artículo 22 del anterior Código Penal y 121 del vigente Código) del Estado ha sido in-

terpretada extensivamente y se ha encaminado hasta una especie de responsabilidad objetiva del Estado que va más allá de los tradicionales parámetros marcados por la culpa “in vigilando” o culpa “in eligendo” para deslizarse por los campos marcados por la creación del riesgo o peligro, hasta llegar al principio de que, quien se aprovecha de las ventajas de una actividad o servicio debe soportar las cargas que de él se derivan, siempre que exista una situación de dependencia entre el autor del delito o falta, y la persona individual o jurídica bajo dependencia actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque sea extralimitándose en ellas, como sucede en el caso presente”, caso en el que se condenó a un funcionario de Correos que actuó en el ejercicio de sus funciones cuando aprovechó para apoderarse subrepticamente de los dos paquetes de la carga general que estaba manejando.

Por lo expuesto, al no apreciarse la concurrencia de uno de los presupuestos necesarios para dar entrada al art. 121 del CP, y no poderse acudir al art. 120.3 al no existir constancia de que se hubieran infringido reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad relacionadas con el hecho punible realizado, procede, con estimación del recurso, dejar sin efecto la condena del Estado como responsable civil subsidiario.

Sentencia 23/2006, AP TOLEDO, Sec. 1.^a, de 15 de mayo de 2006

HOMICIDIO. REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO. CONSIGNACIÓN DE INDEMNIZACIÓN

Art. 21.5.º Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro**

SÍNTESIS

Aun cuando, intuitivamente, pueda pensarse que mal puede repararse el daño causado por un homicidio, en el presente supuesto, al margen de

otras consideraciones, la Audiencia atenúa la responsabilidad penal del encausado por la circunstancia de que éste había consignado, antes del juicio oral y en favor de la víctima de su delito (que se pena en grado de tentativa) una cantidad de dinero.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) La circunstancia 5.ª del art. 21 del CP, siguiente alegada por la defensa, exige para su apreciación que el culpable hubiera procedido a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. Se trata, por tanto, de constatar una circunstancia objetiva, pues esa “reparación” existirá o no, a más de examinar que sea suficiente. En el hecho que se enjuicia

consta una consignación de 40.000 € efectuada el 25 de abril de 2006 —antes de la celebración del juicio oral— efectuada por el acusado y a favor de la víctima. Esa consignación es muy parecida a la indemnización que solicita el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación, y desde luego inferior a la que suplica la acusación particular en defensa del perjudicado, pero la Sala —sin perjuicio de que se entienda insuficiente la del Fiscal para reparar el daño causado, como luego se razonará—, sí, no obstante, la entiende ponderada y suficiente a la concurrencia de la circunstancia atenuante que ahora se analiza.

Sentencia 25/2006, AP SORIA, Sec. 1.ª, de 16 de mayo de 2006

PROPIEDAD INDUSTRIAL. VENTA DE CEBADA PRODUCIDA POR SEMILLA PATENTADA ADQUIRIDA LEGÍTIMAMENTE. CONDUCTA PENALMENTE ATÍPICA

Art. 274.3.º y 4.º Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Belén Pérez-Flecha Díaz**

SÍNTESIS

Con cuidadoso detalle, examina la Sala la normativa extrapenal que debe completar el tipo penal en blanco relativo a la protección de la propiedad industrial. En particular, se detiene en la reforma que la LO 15/2003, hizo del artículo 274 del CP; incluyendo las obtenciones vegetales como objeto material de la propiedad industrial, remediando el olvido en que había incurrido el legislador del Código Penal de 1995. Frente al criterio del Juzgado de lo Penal, la Audiencia revoca la sentencia con un pronunciamiento absolutorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La primera alegación del recurso, se refiere a infracción de lo dispuesto en el artículo 274.3.º del CP y en la jurisprudencia, en relación al elemento objetivo del tipo.

En relación a este punto, debemos recordar que los párrafos 3.º y 4.º del citado artículo 274 del CP, fueron introducidos por la Ley Orgánica 15/2003, incluyendo así a las obtenciones vegetales como objeto material de delito contra la propiedad industrial. Como ya dijimos en nuestra reciente sentencia de fecha 20 de abril de 2006, con esta reforma el legislador penal da satisfacción a una legítima necesidad empresarial —en especial del sector agrícola— y social, remediando el olvido en que incurrió el legislador del Código Penal de 1995, al no mencionar expresamente estos bienes inmateriales como objetos integrantes de la propiedad industrial. Se trata de tutelar las costosas inversiones necesarias para obtener una nueva variedad vegetal, así como de estimular la investigación, con ello se facilita el acceso de los agricultores a las nuevas tecnologías, se incrementa la productividad y se mejora la competitividad de los productos y renta de los agricultores, como declara la Exposición de Motivos de la Ley 3/2002, de 7 de enero, de Régimen Jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV).

La interpretación de los dos nuevos apartados, antes citados, del artículo 274 del CP, al igual que el resto de los preceptos reguladores de la propiedad industrial, requiere acudir a leyes extrapenales para determinar el contorno del ámbito punible, y en concreto a la legislación sobre protección de obtenciones vegetales, a la que se remite el propio artículo 274.3.º del CP. En este sentido la Ley 3/2000, antes citada, tiene por objeto el reconocimiento y protección del derecho del obtentor de una variedad vegetal nueva. Nos encontramos así con dos tipos de protección del derecho del obtentor, en el

ámbito penal y en el ámbito civil o mercantil, pudiendo surgir problemas a la hora de deslindar entre lo que constituye ilícito civil y conducta punible. No obstante, el Código Penal limita significativamente el objeto sobre el que dichas conductas pueden recaer, lo que proporciona un elemento de restricción del ámbito punible.

En efecto, el inciso tercero del artículo 274 del CP, establece como objeto de protección penal los componentes de la variedad vegetal protegida (“material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal”), cuya tutela se corresponde con la dispensada con el artículo 12 de la UPOV: “1. La protección de la variedad tiene como efectos conferir al beneficiario o a los beneficiarios del título de obtención vegetal el derecho exclusivo a llevar a cabo, respecto a la misma, las distintas actuaciones que figuran en el apartado siguiente.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 14 y 15, se requerirá la autorización del obtentor para la ejecución de las actuaciones siguientes realizadas respecto al material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida:

- a) La producción o la reproducción (multiplicación).
- b) El acondicionamiento a los fines de la reproducción o de la multiplicación.
- c) La oferta en venta.
- d) La venta o cualquier otra forma de comercialización.
- e) La exportación.
- f) La importación, o
- g) La posesión para cualquiera de los fines mencionados en los apartados a) a f).

3. El obtentor podrá someter su autorización a condiciones y a limitaciones”.

Por el contrario, no se extiende dicha protección penal, ni al material cosechado o “producto de la cosecha”, ni a los productos fabricados directamente a partir de un producto de la cosecha de la variedad protegi-

da, supuestos expresamente recogidos en el artículo 13 de la LPOV:

“Otros casos que requieren la autorización del obtentor.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 14 y 15, se requerirá la autorización del obtentor para los actos mencionados en el apartado 2 del artículo anterior, realizados respecto del producto de la cosecha, incluidas plantas enteras y partes de plantas, obtenido por utilización no autorizada de material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida, a menos que el obtentor haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho material de reproducción o de multiplicación.

2. Reglamentariamente se podrá prever que, a reserva de lo dispuesto en los arts. 14 y 15, se requerirá la autorización del obtentor para los actos mencionados en los párrafos a) a g) del apartado 2 del artículo anterior, realizados respecto de productos fabricados directamente a partir de un producto de cosecha de la variedad protegida cubierto por las disposiciones del apartado 1 del presente artículo, por utilización no autorizada de dicho producto de cosecha, a menos que el obtentor haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho producto de cosecha”.

Es decir la Ley de Protección de Obtenciones Vegetales, distingue entre material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida, por un lado y producto de la cosecha y productos fabricados directamente a partir de un producto de cosecha de la variedad protegida, por el otro. Y de la lectura del párrafo 3.º del artículo 274 del CP, comprobamos que únicamente está incluido en el mismo el “material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación sobre protección de obtenciones vegetales”, es decir queda fuera de protección penal el producto de la cosecha, sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran ejercitarse.

Esta interpretación viene avalada porque, de lo contrario, si también se incluyera el producto de la cosecha en el tipo penal, toda oferta de venta de aquel sería punible, lo que es incompatible con la finalidad primordial por la que cualquier agricultor realiza su actividad, pues es evidente que se cultiva para obtener ganancias con la venta de la cosecha.

Tercero.—Aplicando las anteriores conclusiones al caso sometido a la consideración de la Sala, comprobamos que D. Miguel puso a la venta, tal y como se dice en los hechos probados, cebada obtenida mediante la siembra previa de 2.000 Kg, de semilla UNIA R-1, que había adquirido legítimamente, es decir, puso a la venta un producto de su propia cosecha, lo cual, como hemos argumentado anteriormente, está fuera de la protección del artículo 274.3.º del CP, y por tanto se trata de una conducta penalmente atípica. Distinto hubiera sido que el acusado hubiera procedido a vender una parte de los 2.000 Kg, adquiridos, por no haberlos sembrado en su totalidad, por ejemplo, pues entonces sí estaría ofreciendo a la venta “material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación sobre protección de obtenciones vegetales”.

Pudiéramos, no obstante, plantearnos si los hechos estarían incluidos en el párrafo 4.º del mismo artículo 274 del CP (aunque por él que no se ha seguido acusación), al ofrecer como cebada UNIA, algo que era producto de cosecha de la misma, pero nos encontraríamos con graves obstáculos, cual es que no ha quedado acreditado que el acusado ofreciera en venta la cebada como material de reproducción, pues lo cierto que el precio solicitado por kilo, por parte del acusado, (0,15 €) está lejos del precio de la semilla (0,38 €), según los Hechos Probados, de lo que se infiere que lo vendía como grano, tal y como se dice en el recurso. Por otra parte, no ha quedado acreditado plenamente el conocimiento del registro de la variedad por parte del Sr. Miguel, pues aunque conociera que se trataba de semilla certificada,

ello no significa que conociera la realidad de la inscripción de la variedad, en el Registro de Variedades de la Oficina Española de Variedades Vegetales, como lo sería si el acusado hubiera sido advertido por el obtentor de tal circunstancia; en este sentido, la LPOV, establece en su artículo 22.2.º, que se presume la existencia de dolo a partir del momento en que el infractor haya sido advertido por el titular del título de obtención vegetal y requerido para que cese en la vio-

lación del derecho del obtentor. Por ello, este tipo penal tampoco resultaría aplicable al supuesto de autos.

En conclusión, y teniendo en cuenta todos los anteriores argumentos, el primer motivo del recurso debe ser estimado, procediendo la revocación de la sentencia apelada, debiendo dictarse un fallo absolutorio, lo que conlleva que se haga innecesario entrar a analizar el resto de las alegaciones del recurso interpuesto.

Sentencia 95/2006, AP CÁCERES, Sec. 2.ª, de 18 de mayo de 2006

PROHIBICIÓN DE ACERCARSE A LA VÍCTIMA. INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN “PODRÁN IMPONERSE” REFERIDA A LA COMISIÓN DE FALTAS

Art. 57.3 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Valetín Pérez Aparicio

SÍNTESIS

En los casos de violencia contra la mujer, el art. 57.3 afirma que, en caso de falta, “podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el art. 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses”; frente a la interpretación del recurrente en el sentido de que se trata de una facultad que la ley confiere al prudente arbitrio judicial, la Sala entiende que se trata de una autorización para imponer una prohibición necesariamente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Es objeto de recurso únicamente la pena de prohibición de acercarse a la víctima a menos de 200 metros impuesta por la juzgadora de instancia por una falta del artículo 620.2 del Código Penal cometida por el denunciado frente a quien fue su

compañera sentimental en un incidente ocurrido entre ambos tras el desarrollo de una visita del recurrente a su hijo común. Se argumenta la existencia de infracción del artículo 57 del Código Penal por no reflejar la sentencia las concretas razones de peligrosidad o necesidad de protección de la víctima que justificarían la imposición.

Segundo.—La imposición de las prohibiciones reguladas en el artículo 48 del Código Penal en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico es potestativa en el n.º 1 del artículo 57, y debe imponerse atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente.

Por el contrario, la imposición de la medida es imperativa en caso de delito cuando se trate de víctimas unidas por las relaciones descritas en el apartado 2.º del artículo 57; entre ellas, la persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad a la del matrimonio. Sobre el carácter imperativo de su imposición en estos casos se ha pronunciado la Sala en varias ocasiones, la última en sentencia de 9/5/2006.

En relación con las faltas, el apartado tercero del artículo 57 establece que “También

podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el art. 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses”.

Esta Sala entiende que la expresión “podrán imponerse” no supone una potestad del órgano de enjuiciamiento sujeta al cumplimiento de unos requisitos o de unos fines como pretende el recurrente, sino que representa simplemente una “autorización” para imponer, también ante infracciones leves, las prohibiciones del artículo 48, con la única limitación de que, en este caso, la duración de las medidas no podrá exceder de seis meses. Los requisitos son los mismos que en los apartados 1.º y 2.º del precepto: Frente a determinadas personas especialmente protegidas (57.2) la imposición será imperativa, como ocurría en el supuesto enjuiciado, sin perjuicio de que deba valorarse la extensión de la medida atendiendo a las circunstancias del caso (motivación de la pena concretamente impuesta); frente a otras personas (57.1) únicamente puede imponerse atendiendo a la gravedad del hechos o a la peligrosidad del delincuente.

Sentencia 23/2006, AP PONTEVEDRA, Sec. 5.ª, de 24 de mayo de 2006

DILACIÓN INDEBIDA DEL PROCEDIMIENTO: CRITERIO PARA SU DETERMINACIÓN Y TRATAMIENTO PROCESAL

Arts. 24 CE; 21.6.º Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Victoria Eugenia Fariña Conde**

SÍNTESIS

Recoge la sentencia los criterios para apreciar si, en el caso concreto que caiga en consideración, se puede afirmar que la dilación del proceso ha sido o no “indebida”, precisando a este respecto que no basta con que se rebasen los plazos procesales en las actuaciones, sino que es necesario

que exista un retraso injustificado y de importancia en relación a la complejidad de la causa y que no sea imputable al recurrente.

Por otra parte, se describe el cambio de respuesta procesal al problema de las dilaciones indebidas: indulto, resarcimiento indemnizatorio, atenuación proporcional de la pena, etc.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) En cuanto a las condiciones para que se produzcan dilaciones indebidas, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que no basta que se rebasen los plazos procesales en las actuaciones, sino que es necesario que exista un retraso injustificado y de importancia en relación a la complejidad de la causa y desde luego no imputable al recurrente.

En cuanto a la forma de reparar la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ha sido doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional que el cauce para compensar la vulneración es el indulto, con las posibilidades de la suspensión de la ejecución de la pena mientras se tramitaba la solicitud de la medida de gracia según prevé el art. 4 ap. 4 del CP (dicha doctrina se reflejó en el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda de 29 de abril de 1997, en el que se llegó a la conclusión de que no había base legal para aplicar una atenuante al acusado, con apoyo en la vulneración de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 15 de julio de 1982, dictada en el caso *Eckle* ha admitido la compensación de la lesión sufrida en el derecho fundamental mediante una atenuación proporcional de la pena, y ha considerado que era una forma adecuada de reparar la vulneración del derecho del acusado a ser juzgado en un plazo razonable.

En el Pleno de esta Sala Segunda celebrado el 21 de mayo de 1999, se cambió el cri-

terio del Pleno anterior, llegándose al acuerdo de que “la solución jurisdiccional a la lesión producida por la existencia de un proceso con dilaciones indebidas era la de compensarla con la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación del art. 21.6 del CP”. (...)

Sin embargo, tampoco en estos casos debe perderse de vista el criterio de la proporcionalidad de la pena en relación con la conducta punible correspondiente. Es poco frecuente en las sentencias de esta sala apreciar como muy cualificada esta clase particular de circunstancia atenuante analógica, probablemente porque la causa de su apreciación no se encuentra en el mismo hecho delictivo, sino en una razón procesal con relación a sucesos acaecidos en un tiempo muy posterior a aquel otro en que el suceso punible tuvo lugar.

Sólo unas importantes dilaciones indebidas pueden justificar la apreciación de esta atenuante como muy cualificada. Nuestra jurisprudencia ha apreciado en casos de transcurso de nueve años de duración del proceso penal (Sentencias 655/2003, de 8 de mayo, y 506/2002, de 21 de marzo) que correspondía la aplicación de una atenuante analógica con el carácter de muy cualificada, para reparar en términos penológicos la excesiva duración del proceso; también se ha apreciado como muy cualificada en la Sentencia 291/2003, de 3 de marzo, por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001. En definitiva tal doctrina resulta, entre otras, de la Sentencia 2250/2001, de 13 de marzo de 2002, de la Sentencia 32/2004, de 22 de enero (duración del proceso: 14 años), en sentencia de

11 de noviembre de 2004 (por un retraso de más de 8 años), y 27 de diciembre de 2004 (de casi 5 años).

En el presente supuesto habiéndose iniciado el procedimiento penal por auto de 21-3-2003, en el mismo se acuerda remitir exhorto al Juzgado de lo social n.º 5 de Vigo solicitándose la remisión de un testimonio de particulares. Devuelto el exhorto el 12-7-2003 al 15-7 se libra nuevo exhorto a dicho Juzgado a fin de que remitan testimonio del documento al que se hace referencia en la confesión judicial, constando diligencia de constancia de septiembre de 2003 indicando la imposibilidad de cumplimentar el exhorto ya que el documento había sido desglosado y entregado el 24-7-2003 a la letrado de la actora. El 26-2-2004 comparece ante el Juzgado n.º 7 la citada letrado haciendo entrega del documento. El 15-3-2004 se acuerda librar exhorto para tomar declaración como imputada a la Sra. María Esther, lo que se lleva a cabo el 5-5-2004 y por resolución de 21-5-2004 se acuerda la transformación de las D.P. en P.A. y dar traslado a las acusaciones. El 27-5-2004 la Fiscal solicita diligencias complementarias y por resolución de 27-5-2004 se acuerda citar al gerente de Serca para recibirle declaración testifical, lo que se lleva a cabo el 25-6-2004 acordando por resolución de 25-6-2004, remitir de nuevo las actuaciones al Ministerio Fiscal a fin de que solicite la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, quien solicita en escrito de 9-7-2004 nuevas diligencias complementarias que se practican el día 28-9-2004 y el 5-10-2004, se pasan de nuevo las actuaciones al Ministerio Fiscal que formula escrito de acusación el 27-10-2004, dándose traslado el 27-10-2004 a la acusación particular que los presente el 16-11-2004 y ese mismo día se

dicta auto de apertura del juicio oral ante el juzgado de lo Penal y acordando dar traslado a la acusada librándose exhorto a Redondela que se devuelve con una diligencia de constancia en la que el hijo de la acusada hacia constar que ésta residía en Lanzarote y la dirección, acordándose el 3-12-2004 librar exhorto a Lanzarote, que se devuelve sin cumplimentar al no haber comparecido D.ª María Esther tal y como se hace constar en diligencia de ordenación de 4-4-2005. El 27-4-2005 se remite comunicación al Colegio de Procuradores para nombramiento de Abogado y Procuradora a D.ª María Esther, lo que se lleva a cabo en mayo de 2005, acordándose darles traslado de las actuaciones para la presentación de escrito de defensa el 11-5-2005, presentándolo el 20-09-2005, acordando remitir las actuaciones al juzgado de lo penal el 2-11-2005 que el 23-11-2005 acordó oír al Ministerio Fiscal a los efectos del art. 759, 2.º LECrim., acordando dar el traslado el 30-11-2005, dictándose informe el 9-12-2005 acordando remitir las actuaciones a esta Audiencia para que resuelva sobre competencia, acusándose recibo el 23-12-2005, dictándose auto el 7-2-2006 declarando la competencia de esta Audiencia y el 15-2-2006 dictándose auto señalando para el día 22-5-2006 el comienzo de las sesiones del juicio oral.

Por ello no se aprecian en la tramitación del presente procedimiento dilaciones indebidas, no habiendo permanecido el procedimiento paralizado en ningún momento durante un período significativo y habiendo sido causada la dilación mayor precisamente por haber la acusada cambiado su domicilio sin notificarlo y no haber comparecido pese a haber sido citada cuando se libro exhorto a Lanzarote.

Auto 303/2006, AP PALMA DE MALLORCA, Sec. 1.ª, de 29 de mayo de 2006

CONSIDERACIÓN COMO DOMICILIO DE UNA FRANJA DE TERRENO:
¿ALLANAMIENTO DE MORADA POR LA ADMINISTRACIÓN EN UNA EXPROPIACIÓN FORZOSA?

Arts. 18 CE; 91.2 LOPJ; 8.5 LJCA

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Aleis López**

SÍNTESIS

La presente resolución recoge un supuesto límite: se trata de unas diligencias penales incoadas contra las personas que actúan por la Administración en un procedimiento de expropiación forzosa por, indiciariamente, haber entrado en domicilio sin consentimiento del titular o autorización judicial. A mayor abundamiento, el domicilio en este caso es una franja de terreno. Existe un voto particular del magistrado discrepante, que transcribimos.

EXTRACTOS DEL AUTO

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—El titular del Juzgado de Instrucción número Cuatro de Ibiza dictó Auto el pasado día 25 de marzo de 2006 en el que, entre otros pronunciamientos, se acordaba requerir a la Conselleria de Obras Públicas del Gobierno de las Islas Baleares, para que con carácter cautelarísimo y solo en el caso de que estuviera previsto dentro de la ejecución de las expropiaciones vinculadas al proyecto de nuevo acceso al aeropuerto de Ibiza, suspendiera toda actuación o entrada en las fincas que se refieren en la misma.

Segundo.—Tras la estimación parcial de los recursos de reforma formulados contra dicha decisión por la representación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y por la entidad “UTE accesos Ibiza, SA”, se admitieron a trámite los recursos de apelación interpuestos de modo subsidiario, a los que se ha dado la tramitación legalmente

prevista, elevándose testimonio de particulares ante esta alzada para su resolución.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La medida cautelar impugnada, en los términos en que ha quedado fijada tras su minoración por la estimación parcial de los recursos de reforma planteados contra la inicialmente acordada, comporta la suspensión de cualquier actuación ejecutiva de la expropiación vinculada al proyecto de nuevo acceso al aeropuerto de Ibiza que pudiera afectar a las fincas 80-80T pertenecientes a D. Ildelfonso, supeditando dicha suspensión a la falta de autorización judicial exigida por el artículo 91.2 de la LOPJ y 8.5 de la LJCA, con alzamiento automático una vez se obtenga dicho pronunciamiento en su caso, sin perjuicio de solicitar resolución expresa del Juzgado de Instrucción. (...)

Segundo.—No discuten los recurrentes el sustrato fáctico de la resolución apelada, sus-

tancialmente pacífico, sino su potencial encaje típico y con ello el fundamento y necesidad de la suspensión cautelar combatida.

Tanto el Ministerio Fiscal, como el Juez Instructor defienden que los hechos investigados pudieran ser indiciariamente constitutivos del delito previsto en el artículo 204 del CP, precepto que castiga a la autoridad o funcionario público que fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito cometiera cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, preceptos que se refieren al allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público. La propia estructura del tipo penal examinado remite a la normativa extrapeenal, ya que solo en el caso de que el acto realizado por el funcionario careciese de amparo legal suficiente, tendría relevancia típica. Tal consideración, en el caso de autos, nos lleva al estudio del artículo 51 de la Ley de Expropiación Forzosa, que es la norma que entienden vulnerada los denunciantes y que afecta a la actividad suspendida.

Según el artículo 51 de la Ley de Expropiación forzosa “a los efectos de lo dispuesto en el art. 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, únicamente tendrán la consideración de lugares cuyo acceso depende del consentimiento del titular, en relación con la ocupación de los bienes inmuebles expropiados, además del domicilio de las personas físicas y jurídicas en los términos del art. 18.2 de la Constitución Española, los locales cerrados sin acceso al público.

Respecto de los demás inmuebles o partes de los mismos en los que no concurren las condiciones expresadas en el párrafo anterior, la Administración expropiante podrá entrar y tomar posesión directamente de ellos, una vez cumplidas las formalidades establecidas en esta Ley, recabando del Delegado del Gobierno, si fuera preciso, el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para proceder a su ocupación.”

En el caso de autos la discusión se centra en la consideración o no como domicilio de la franja de terreno ocupada en la finca n.º 80, perteneciente a Ildefonso, única respecto de la que se mantiene la medida suspensiva adoptada por el Juez “a quo”, discrepando los recurrentes que pueda ostentar tal condición a los efectos previstos en el precepto transcrito y que por tanto fuera preciso obtener previa autorización judicial para proceder a su ocupación.

La delimitación del concepto constitucional de domicilio corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional como intérprete auténtico de los preceptos constitucionales y de los derechos fundamentales que reconocen, entre los que indiscutiblemente se encuentra el de la inviolabilidad del domicilio recogido en el artículo 18 de la Carta Magna, vinculando sus resoluciones a los Jueces y Tribunales en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en todo tipo de procesos, como expresamente prevé el artículo 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Constitución no ofrece una definición expresa del domicilio como objeto de protección del art. 18.2 CE pero el Tribunal Constitucional ha ido perfilando una noción de domicilio de la persona física cuyo rasgo esencial reside en constituir un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada, principalmente definido por su función de proteger la vida personal y familiar de sus titulares, partiendo de 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). Como señala la STC 10/2002, de 17 de enero, que aborda en profundidad este tema, 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, resaltado que el concepto constitucional de domicilio tiene mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo. Además, en una delimitación negativa de las características que ha

de tener cualquier espacio para ser considerado domicilio, el Tribunal ha 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. También el Tribunal Supremo sigue un criterio similar a la hora de definir lo que debe entenderse como domicilio, como no podía ser de otra forma, merced a cita expresa la Sentencia de fecha 4 de noviembre de 2002, aludida por el Ministerio Fiscal en su informe, en la que, aplicando el concepto constitucional del domicilio, dice expresamente que “el jardín circundante a un chalé debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo”, añadiendo que, en cualquier caso, las dudas deben ser interpretadas en beneficio de los acusados con la finalidad de dar una mayor protección constitucional al concepto de domicilio.

En la STC 50/1995, de 23 de febrero, partiendo de que este derecho fundamental no es absoluto y limita con los demás derechos y los derechos de los demás (SSTC 15/1993 y 170/1994), se recuerda que su protección constitucional puede ceder en determinadas circunstancias como son el consentimiento del titular, estar cometiéndose un delito flagrante y la autorización judicial, a guisa de garantía. Esta autorización, vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o ese mandamiento para quien ha de sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de este, con la limitación consiguiente del derecho fundamental. En el caso de ejecución forzosa de actos de la Administración, se extiende el concepto de domicilio no solo a la vivienda en sentido estricto sino también a los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del titular. Este precepto pretende conciliar la inviolabilidad del domicilio y la eficacia de la actividad de la Administración, exigible

también constitucionalmente (art. 103). El Juez, por otra parte, actúa no para controlar la legalidad y ejecutividad del acto administrativo, bastando la mera apariencia de tal, sino de la entrada domiciliaria, excepción de la inviolabilidad, para lo cual ha de comprobar que se identifica al sujeto pasivo de la medida, así como que la entrada es realmente necesaria para la efectividad de la ejecución forzosa de la decisión administrativa una vez hecho lo cual ha de adoptar las medidas precautorias imprescindibles a fin de garantizar que la irrupción se produzca sin más menoscabo de la inviolabilidad que el estrictamente conducente a su finalidad. La autorización judicial no es, por tanto, automática y exige un análisis de las circunstancias ya mencionadas, habiendo de ser motivado no solo como carga inherente a su propia naturaleza formal sino a su contenido, consistente en la limitación de un derecho fundamental. Lo dicho resume en lo esencial, la doctrina previa del Tribunal (SSTC 137/1985 y 144/1987, entre otras).

De acuerdo con todo ello, no reputamos irrazonable o arbitrario el razonamiento que sigue el Juzgador “a quo” cuando estima que la franja de terreno ocupada en la finca n.º 80 perteneciente a D. Ildefonso, en los términos que se ha descrito, pudiera ser calificada como domicilio, en su sentido constitucional, que es al que alude el artículo 51 de la LEF, de lo que se colige que, con ocasión de la ocupación de la finca expropiada, la administración expropiante pudiera haber invadido el domicilio de éste sin su consentimiento y sin la previa y preceptiva autorización judicial, de lo que a su vez se desprende que los ocupantes pudieran haber incurrido en el comportamiento típico previsto en el artículo 204 del CP, al menos en su vertiente objetiva. (...)

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL
MAGISTRADO DON JULIO ÁLVAREZ MERINO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—Una vez efectuada la revisión de las actuaciones, considero que el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción

número 4 de Ibiza debe ser revocado, porque no concurren ninguno de los requisitos comúnmente exigidos para la adopción de cualquier medida cautelar: ni “*fumus boni iuris*” ni “*periculum in mora*”; de modo que el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no resulta de aplicación al caso.

Con carácter previo procede recordar que dicho precepto incluye entre las primeras diligencias a practicar por el Juez de Instrucción la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto medidas cautelares.

Segundo.—En lo que hace a la inexistencia del primero de dichos requisitos, a la luz del mandato del citado precepto se observa que el Instructor de las diligencias ha dedicado todo su esfuerzo inicial a la tramitación de las medidas cautelarísimas objeto de controversia, olvidando aspectos previos tan sustanciales como la identificación de los denunciados y la comprobación de su conducta supuestamente infractora, mediante su interrogatorio judicial. Con ello llegamos a la primera paradoja del Auto impugnado: los destinatarios de la medida cautelar adoptada no son los imputados por el delito de allanamiento de morada, sino los responsables civiles del hecho punible (la Comunidad Autónoma y la empresa contratista de las obras). Es llano, pues, que el Auto no sirve al propósito de proteger a las víctimas de la acción de sus ofensores, sino que obedece a otros fines ajenos a esta jurisdicción penal, como más tarde explicaré.

Conviene subrayar también que los hechos denunciados consisten en el derribo del cerramiento y en la ocupación de un jardín propiedad de los denunciantes, jardín anexo a la vivienda habitada por estos últimos. Desde este planteamiento, la identificación de los denunciados es extremadamente fácil, pues se trata de los operarios de la em-

presa contratista que ejecutaron tales actos; por lo que la primera providencia debe consistir en tomarles declaración, a fin de apreciar (siquiera a nivel indiciario) si su conducta es subsumible en el tipo penal del artículo 204 del Código (allanamiento de morada cometido por funcionario público) invocado por el Ministerio Fiscal; y ello porque son verdaderamente infrecuentes los supuestos de albañiles que por desarrollar su trabajo sobre un terreno expropiado comparezcan ante un Juez de lo Penal acusados de tal delito. Como bien dice el Instructor en el Fundamento Jurídico Primero de su Auto de 25-03-2006, es necesario aclarar la concurrencia de los elementos subjetivos del delito de allanamiento de morada. En mi criterio, esa aclaración era lo más urgente en la instrucción de la causa, y por supuesto antecedía a la adopción de cualquier medida cautelar.

Tercero.—Como ya he dicho, tampoco concurre al caso el exigido peligro en la demora, según se desprende de la lectura del Auto objeto de impugnación. Y ello porque la paralización de las obras sobre el jardín de anterior referencia está sujeta en su duración a un período muy breve, pues cesará cuando la jurisdicción contencioso-administrativa dicte resolución declarando que la autorización judicial exigida por el artículo 51 de la Ley de Expropiación Forzosa para ejecutar las obras no es necesaria, o bien otorgándola en el supuesto de serlo.

Por consecuencia, el Auto impugnado infringe el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues no tiene por finalidad proteger a la víctima frente al potencial delictivo de los denunciados durante la sustanciación de la causa. Antes bien, asistimos a la reacción de una jurisdicción incompetente (la Justicia penal) ante la supuesta ausencia de un requisito legal omitido por parte de la Administración en un expediente de expropiación forzosa. Por consecuencia, para justificar la medida cautelar adoptada era obligado elevar artificiosamente la omisión de la citada autorización a la categoría de delito, como así ha ocurrido en el planteamiento de los denunciantes.

Ocorre, sin embargo, que el artículo 30 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa regula expresamente el procedimiento que deben promover los afectados frente a la vía de hecho supuestamente seguida por la Comunidad Autónoma, por lo que compete a dicha jurisdicción decidir la medida cautelar que nos ocupa, cuya adopción o desestimación aparece obviamente ligada a la necesidad o no de la discutida autorización del artículo 51 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Cuarto.—Al hilo de esto último, la instrucción de la causa penal se asienta en el discutible aserto jurídico de que la Comunidad Autónoma precisa de la meritada autorización, sin contemplar la hipótesis de que la jurisdicción contenciosa declare la innecesariedad de la misma. Pero si este último pronunciamiento judicial acaece, resultará que los operarios denunciados entraron en el jardín litigioso con todas las bendiciones administrativas, por lo que ningún delito les podrá ser imputado. No es extraño, pues, que el Instructor afirme en el Fundamento Jurídico Segundo de su Auto de fecha 25-03-2006 que la medida cautelar adoptada no debe per-

der de vista el horizonte posible del sobreseimiento o la absolucón.

Pues bien, en base a esta última hipótesis lo que efectivamente no puede perderse de vista es la necesidad imperiosa de imponer una medida de aseguramiento a los denunciados, en forma de caución para hacer frente a los daños y perjuicios que su petición de paralización de las obras causará a la Administración Pública y/o a la empresa contratista en el supuesto de sobreseimiento o absolucón. Sorprendentemente, el Auto impugnado olvida dicho elemento esencial en la medida cautelar que nos ocupa, y accede a la pretensión de los denunciados sin obligarles a depositar fianza previa. Como es obvio, con esta gratuidad se incentiva la utilización espuria del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para una finalidad diferente a la pretendida por dicho precepto, como ocurre en el caso analizado.

Razones todas ellas por las que considero que deberían estimarse los recursos de apelación interpuestos, revocándose los Autos objeto de impugnación y dejando sin efecto la medida cautelar adoptada por el Instructor.

Sentencia 66/2006, AP MURCIA, Sec. 5.^a, de 14 de junio de 2006

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS EN MOTO DE POLICÍA LOCAL CAUSADOS EN LA HUÍDA DE VEHÍCULO SUSTRÁIDO

Arts. 19 y 76 Ley de Contrato de Seguro; 117 Código Penal; 3.3 Real Decreto 7/2001, de 12 de enero

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Nicolás Manzanares**

SÍNTESIS

Solo quedan excluidos de la obligación de indemnizar por el Consorcio los perjuicios dimanantes de un delito cometido con dolo directo, es decir, cuando el vehículo se utilice exclusivamente como instrumento de un delito doloso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) “el seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor no constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados. En consecuencia se trata de amparar a las víctimas frente al riesgo generado por la circulación de vehículos de motor, dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposo o doloso, siempre que el daño se haya cometido con un vehículo de motor y con motivo de la circulación. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 1.º y 2.º de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (con anterioridad al 8 de noviembre de 1995, la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor) conforme a los cuales el Seguro Obligatorio cubre, dentro de los límites establecidos y con las exclusiones que la propia ley prevé “los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación”. Se entendía de esta forma que lo que excluye el artículo 19 de la ley de Contrato de Seguro es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado los daños resultantes de su conducta dolosa, pero no indemnizar los causados a terceros, sin perjuicio del derecho de repetición, al que se hace referencia en otros preceptos”. Re-

cuerda también la referida sentencia que la expresión “con motivo de la circulación” permite excluir determinados eventos dolosos en los que el vehículo de motor es un simple instrumento del delito, para cuyos supuestos «la solución puede obtenerse aplicando el criterio recogido en la ‘Convención Europea sobre la Responsabilidad Civil en caso de daños causados por los vehículos automóviles’, del Consejo de Europa (1973), cuyo art. 11 define las excepciones a la aplicación de la Convención, y se dispone que la cobertura del seguro quedaría excluida cuando se utiliza un vehículo ‘exclusivamente’ como instrumento del delito, pero no cuando utilizándose el vehículo como medio de transporte, es decir para desplazarse o circular por vías públicas o privadas abiertas a la circulación, se aprovecha para ocasionar deliberadamente un daño a un tercero, mientras se circula”. En este sentido se ha entendido que solo quedan excluidos del concepto de daños ocasionados con motivo de la circulación aquellos que hayan sido causados utilizando el vehículo como un instrumento no circulante (STS núm. 612/2002), y así fue entendido también por esta Sala en un supuesto de atropellos cometidos dolosamente para facilitar la fuga del autor (STS núm. 770/1997). Quedarán incluidos por el contrario todos aquellos causados dolosamente aprovechando o utilizando para ello la circulación del vehículo».

Sentencia 242/2006, AP PALMA DE MALLORCA, Sec. 2.^a, de 18 de julio de 2006

INDEMNIZACIÓN EN ACCIDENTE ES DEUDA DE VALOR Y APLICACIÓN DE FACTOR DE CORRECCIÓN DE TABLA V DEL BAREMO

Arts. 621 Código Penal; Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: Ilmo. Sr. D. Diego Jesús Gómez-Reino Delgado

SÍNTESIS

Esta Audiencia asume el criterio mayoritario de consideración de la indemnización por lesiones y secuelas causadas en accidente de tráfico como deuda de valor y entiende que para aplicar el factor de corrección por secuelas de la tabla IV basta acreditar que la víctima se halla en edad laboral, mientras que el de la tabla V por incapacidad temporal requiere acreditar que esta persona disponía al momento del accidente de trabajo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) El anterior criterio ha sido ratificado por la propia Audiencia Provincial en el Pleno celebrado el pasado día 6 de abril de 2006, en el cual y por unanimidad de sus miembros acordó mantener el criterio del carácter de deuda de valor de las indemnizaciones que nos ocupan que, por otra parte, es el que sostiene mayoritariamente la Doctrina (...)

Segundo.—(...) la interpretación que cabe hacer a la aplicación de factor corrector por perjuicios económicos sobre las indemnizaciones por incapacidades temporales, que contempla la Tabla V del apartado B del baremo que incorpora el Texto Refundido de la Ley Sobre Responsabilidad Civil tras el dictado de la Sentencia del TC de 29 de junio de 2000, no es precisamente que dichos factores resultan inaplicables, por ser nulos y que habrá que estar a los perjuicios

económicos que el perjudicado alegue y efectivamente acredite en el proceso, pues no obstante la Doctrina que expresa la citada Sentencia, en las modificaciones ulteriores al baremo se han seguido manteniendo la aplicación de este factor por perjuicios económicos e incluso el relativo al porcentaje de aumento de hasta un 10%, empero a diferencia del factor por perjuicios económicos aplicable a la indemnización por secuelas, en donde no es necesario justificar los ingresos y basta que la víctima se halle en edad laboral, en las indemnizaciones por incapacidad temporal se hace necesario que la víctima acredite, siquiera, que en el momento de los hechos dispone de trabajo o empleo, de manera que cualesquiera que sean los emolumentos que percibe, se haya ya incluido en la primera escala o categoría de ingresos netos anuales, para tener derecho a la bonificación de aumento de hasta el 10% sobre la indemnización por lesiones temporales.

Sentencia 635/2006, AP MADRID, Sec. 17.^a, de 27 de julio de 2006

EL “PERJUICIO DE TERCERO” EN EL TIPO DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

Art. 197 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Orteu Cebrián**

SÍNTESIS

Entre otras muchas consideraciones, estudia la sentencia la interpretación que debe darse a la expresión “en perjuicio de tercero” que utiliza el art. 197 del CP, ante la alegación de las defensas de que el suministro de datos de personas por parte de funcionarios de la Seguridad Social no había llegado a causar daño a nadie, por lo que la conducta sería atípica.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto. Calificación jurídica de los hechos.—1. (...), los hechos declarados probados constituyen un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.2 y 6 CP, en grado de tentativa (art. 16.1 CP).

(...) Por lo que respecta al delito de descubrimiento y revelación de secretos, el suministro de datos de la Seguridad Social que son reservados para terceros, pudiendo exclusivamente emplearse para los fines propios de la Seguridad Social o del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y respecto de los cuales deben guardar el más estricto y completo sigilo los funcionarios (art. 36.6 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), constituye la conducta típica del delito de revelación de secretos aplicado al concreto supuesto examinado.

El artículo 197, contempla el tipo del delito de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a

la intimidad personal —que es el bien jurídico protegido—, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española —derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen—, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código Penal derogado, artículo 497.

El elemento objetivo del artículo 197.2, se integra por la siguiente conducta típica:

“...al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”.

A su vez, los apartados 3, 4 y 6 del art. 197 CP establecen:

“3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años”.

Mención especial ha de hacerse respecto a la necesidad o no de ocasionamiento de “perjuicio a tercero”, pues alguna de las defensas alegado la atipicidad de las conductas enjuiciadas al no haberse acreditado perjuicio alguno a tercero, debiendo significarse que el óbice alegado ha de ser rechazado a la vista de la doctrina contenida en la STS 1146/2001, de 11 de julio (RJ 2003\1056) y que por su interés se transcribe literalmente:

“Esta Sala en la Sentencia de 18 de febrero de 1999 (RJ 1999\510), a propósito de este tema, ya llegó a la conclusión de que no debía conceptuarse la expresión ‘en perjuicio de tercero’, como un ánimo específico de perjudicar (elemento subjetivo del injusto) cuya ausencia convertiría en impunes,

conductas que habían puesto al descubierto la intimidad de otro, atacando abiertamente el ‘habeas data’. De no entenderlo así quedaría desprotegido el bien jurídico que se trata de tutelar, haciendo ilusoria la previsión punitiva. La sentencia colacionada, concluyó que nos hallamos ante un delito doloso, pero no de tendencia.

No sería disparatado entender que el legislador al incorporar este elemento tipológico, pretendiera exclusivamente reservar la incriminación típica para las conductas de dolo directo, con exclusión de las de dolo eventual.

Pero el problema sigue en pie, a pesar de la interpretación ensayada por la mentada sentencia de 1999.

La pregunta es la siguiente: la expresión ‘en perjuicio de tercero’, ¿debe interpretarse como un plus, en la lesión del bien jurídico protegido? Esta Sala entiende que existen argumentos para responder negativamente al interrogante. Véanse:

a) Si el ámbito de la intimidad protegida se restringe mucho, se produce el efecto de asimilar el perjuicio a la parte más básica de tal intimidad (‘núcleo duro de la privacidad’: salud, ideología, vida sexual, creencias, etc.), que ya se castiga como subtipo agravado en el núm. 5 del mismo art. 197, lo que conllevaría la inaplicación del art. 197.2.^º

b) De la Sentencia de 18-2-1999, parece colegirse que ese posible mayor perjuicio proviene y se traduce en el desvelamiento de un dato personal o familiar, exclusivamente.

c) La conducta se consuma, sin necesidad de que un ulterior perjuicio se produzca. La sentencia de esta Sala, tantas veces referida expresa textualmente: ‘el delito se consuma tan pronto el sujeto activo accede a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, pues sólo con eso se ha quebrantado, la reserva que los cubre’.

d) Derivada de la anterior afirmación, hemos de entender que si el perjuicio se materializa, habría que acudir a un concurso medial de infracciones penales.

e) El precepto analizado tutela o protege exclusivamente la intimidad, y no contempla con tal previsión penal la lesión de otros bienes jurídicos. En realidad, se trata de poner freno a los abusos informáticos contra la intimidad, es decir, contra aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento queda reservado a su titular.

f) En una interpretación sistemática, si quisiéramos establecer una simetría con las descripciones típicas contenidas en el art. 197.1.º, y referidas al aspecto subjetivo del tipo, advertiríamos que en esta figura delictiva, la acción típica se dirige a ‘descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro’, que en cierto modo estaría sustituida por la

frase ‘en perjuicio de otro’ contenida en el tipo legal previsto en el art. 197.2.º, habida cuenta de que ambas infracciones penales, tratan de proteger idénticos bienes jurídicos.

4. Trasladando tales consideraciones al caso enjuiciado, es incontestable que el sujeto activo del delito desveló unos datos, secretos o reservados, a los que no tenía acceso, poniendo al descubierto aspectos personales del sujeto afectado, sin su consentimiento, y con el daño consiguiente de su derecho a mantenerlos ocultos (intimidad), lo que integra el ‘perjuicio’ exigido. En el término ‘tercero’ debe incluirse al afectado en su intimidad, sujeto pasivo, que es al que esencialmente se refiere el tipo.”

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

**INSTRUCCIÓN 5/2006, DE 20 DE DICIEMBRE, SOBRE
LOS EFECTOS DE LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 4
DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO,
REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL
DE LOS MENORES, PREVISTA POR LEY ORGÁNICA
8/2006, DE 4 DE DICIEMBRE**

I. INTRODUCCIÓN

La próxima entrada en vigor, el 5 de febrero de 2007, de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, acarrea un problema aplicativo al que es preciso dar respuesta antes de esa fecha, con el fin de asegurar la actuación uniforme del Ministerio Fiscal en el marco del principio de legalidad. Sin perjuicio, por supuesto, de cualquier ulterior reflexión acerca de cualesquiera otras precisiones interpretativas que pueda reclamar la reforma operada por dicha Ley Orgánica.

De acuerdo con la disposición final de la citada Ley Orgánica 8/2006, ésta entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, con excepción de la disposición final primera, que lo hará al día siguiente de dicha publicación. Dado que tal publicación oficial se produjo el día 5 de diciembre de 2006 (BOE núm. 290), la entrada en vigor se hará efectiva, como se ha anticipado, el próximo día 5 de febrero de 2007, salvo lo dispuesto para la indicada disposición final primera, cuestión ésta última que no interesa al objeto de la presente Instrucción.

El problema surge en relación con el artículo 4 de la ahora parcialmente derogada Ley Orgánica 5/2000 (en lo sucesivo, LORPM). Como es sabido, dicha norma desarrollaba el artículo 69 del Código Penal vigente (LO 10/1995, de 23 de noviembre) en los siguientes términos:

“Artículo 4. Régimen de los mayores de dieciocho años.

1. De conformidad con lo establecido en el art. 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el art. 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto.

2. Serán condiciones necesarias para la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior las siguientes:

1.^a Que el imputado hubiere cometido una falta, o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

2.^a Que no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos o faltas imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o que debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 del Código Penal.

3.^a Que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe.

3. Contra el auto que resuelva lo indicado en los apartados anteriores, cabrá recurso de apelación en el plazo de tres días, del que conocerá la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, sin previo recurso de reforma. La apelación se sustanciará conforme al régimen general establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Del mencionado auto, una vez firme, se dará traslado al Ministerio Fiscal para la tramitación del procedimiento previsto en la presente Ley.”

La entrada en vigor de dicho artículo 4 LORPM, como también es conocido, fue suspendida por el propio Legislador en dos ocasiones consecutivas. La primera, por un plazo de dos años, mediante la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre Medidas Urgentes para la agilización de la Administración de Justicia. Y la segunda a través de la disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de Modificación del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores, que establecía textualmente: *Se suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, hasta el 1 de enero de 2007.*

Por su parte, la nueva Ley Orgánica 8/2006 deroga definitivamente la norma, sustituyendo la redacción del artículo 4 que se ha transcrito por otra que nada tiene que ver con su anterior contenido. En consecuencia, la posibilidad de aplicación de la LORPM a delitos o faltas cometidos por mayores de edad desaparece por completo de su texto. La Exposición de Motivos confirma el sentido de la decisión del Legislador, al expresar de manera categórica que (...) *se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años.*

El mero cotejo de las fechas apuntadas pone de manifiesto la naturaleza del conflicto interpretativo: mientras que la Ley Orgánica 8/2006 entrará formalmente en vigor el próximo 5 de febrero, la moratoria de la vigencia del artículo 4, en su anterior redacción dos veces suspendida, concluirá antes, el 1 de enero. Se trata por tanto de determinar si durante el período que media entre ambas fechas —poco más de un mes— podría haber lugar a la aplicación efectiva, transitoria o incluso retroactiva, de la redacción original del citado artículo, y por tanto a la extensión de los efectos de la LORPM a delitos y faltas cometidos por jóvenes de entre 18 y 21 años.

En una primera aproximación, resulta cuando menos llamativo que un precepto legal que nunca ha llegado a entrar en vigor, siendo dos veces suspendida su aplicación por el Poder Legislativo, y cuya expulsión del ordenamiento jurídico ha sido decidida *definitivamente* por el propio Legislador mediante Ley Orgánica sancionada y promulgada, pueda sin embargo producir efectos durante el período de *vacatio legis* de la propia Ley que lo deroga.

Prescindiendo, por ello, de cualquier otra apreciación o valoración acerca de los motivos o circunstancias determinantes de tal situación, la contradicción palmaria entre la voluntad declarada en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2006, concordante con sus disposiciones sustantivas, y una aplicación mecánica de lo dispuesto de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2002, exige un análisis interpretativo más profundo que el circunscrito a la mera gramaticalidad de los preceptos en conflicto.

Análisis que, naturalmente, ha de efectuarse a la luz de los criterios legales de interpretación de las normas jurídicas que enumera el artículo 3.1 del Código Civil.

II. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS EN CONFLICTO

En el plano lógico y sistemático, se acaban de subrayar los términos de una contradicción aparentemente insalvable. La nueva redacción del artículo 4 LORPM, dada por la Ley Orgánica 8/2006, y su disposición derogatoria, que, con la fórmula habitual, declara excluidas del ordenamiento jurídico todas las normas que se opongan a dicha Ley, resultan incompatibles, en términos de

lógica y congruencia, con la aplicación, aun meramente temporal, de una de las normas que precisamente se derogan.

Una interpretación que intentase conciliar ambos propósitos tan sólo pondría de manifiesto una irresoluble antinomia entre la Disposición Derogatoria citada y la Disposición Final de la propia Ley Orgánica 8/2006. La derogación normativa que la primera *definitivamente* pretende quedaría excepcionada de manera temporal, sin motivo aparente, por la segunda.

En ese terreno de la lógica, resultaría completamente absurdo que, cuando se trata de pasar de la inaplicación provisional de una norma a su inaplicación definitiva (por derogación), tal norma se aplique durante un mes. Al menos, a falta de alguna razón fundada que pudiera justificar tan extraño proceder del Legislador. Y es claro que tal razón no existe. No hay en la Ley Orgánica 8/2006 explicación lógica alguna capaz de justificar la vigencia temporal del artículo 4 LORPM. La única explicación de su aparente pervivencia es la existencia (pública y notoria) de un mero error material ocurrido en el proceso normativo. Error que, además, carece de solución viable en el mismo plano legislativo, dado el rango de Ley Orgánica de la norma y la premura de su plazo de entrada en vigor, ya que tal solución sólo podría venir dada por la tramitación, aprobación y publicación de otra ley de igual rango.

Ése precisamente, el de la existencia de un craso error material, es el dato que se desprende tanto del contexto como de los antecedentes históricos y legislativos a los que, en auxilio de la lógica, ordena remitirse el citado artículo 3.1 del Código Civil. Las vicisitudes del trámite parlamentario, cuyo examen o crítica no procede hacer aquí, condujeron a que una Ley que declara de manera terminante la voluntad de derogar una norma, y de hecho la deroga, no haya cuidado el mecanismo formal específico para evitar una anómala —en tanto que no prevista ni deseada— aplicación temporal de la misma.

Sobre ese aspecto contextual e histórico no cabe duda.

Por lo que hace al contexto, en ninguna de las dos ocasiones más arriba citadas, en que se suspendió la entrada en vigor del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, se explicitó en el texto de la Ley el motivo de tal decisión moratoria; pero es notorio que tuvo que ver con la insuficiencia de recursos para hacer frente al reto de reconsiderar en bloque el tratamiento jurídico aplicable a una porción importante de las conductas delictivas que se dan en nuestra sociedad.

Pues bien, la situación y las razones que justificaron esos dos aplazamientos, en 2000 y 2002, no han variado sustancialmente, desde el momento en que no consta que se haya llevado a cabo ninguna actuación legislativa, ni de ninguna otra clase, que se haya presentado o pueda interpretarse como dirigida a remover los obstáculos que, en aquellas dos ocasiones, impidieron la vigencia de la norma.

Resultaría en verdad paradójico que la aplicación de la Ley que por dos veces se evitó se produzca ahora, cuando, precisamente por subsistir la misma situación y las mismas razones, se ha decidido derogar el precepto con carácter definitivo.

En cuanto a los antecedentes legislativos, basta seguir los trabajos parlamentarios para comprobar que la cuestión de fondo, esto es, la posibilidad de aplicar o no la LORPM a los jóvenes de 18 a 21 años, ha constituido uno de los objetos principales del debate suscitado por el Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados y el Senado. Debate tras el cual existió una decisión explícita de las Cortes Generales, en los términos previstos en la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras, que conduce, como se ha dicho, a derogar *definitivamente* el texto originario del artículo 4 LORPM. En ninguno de esos debates se planteó —como es lógico, dadas las circunstancias—, una vigencia temporal del precepto con la perspectiva de su ulterior derogación. No hay, por tanto, duda alguna acerca de la *voluntas legislatoris*, que en este caso no podría obviarse a la hora de indagar la *voluntas legis*. La Ley ha pretendido que *definitivamente* quede inaplicada la norma. Es decir, algo radicalmente incompatible con su aplicación temporal, una vez decidida su desaparición.

Siguiendo la pauta del citado artículo 3.1 CC, el examen de la cuestión desde el punto de vista teleológico arroja resultados similares.

Que la finalidad de la Ley Orgánica 8/2006 es la inaplicación definitiva del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000 parece, a la vista del precedente análisis, un hecho incontrovertiblemente constatado.

Que su posible conflicto con los fines inherentes a la LORPM en su redacción originaria permitan, o incluso exijan, contrariar la actual y evidente *voluntas legis*, forzando una aplicación temporal no deseada de una norma cuya derogación ha querido y acordado el Parlamento, podría a lo sumo buscar apoyo en el argumento de una eventual vulneración de los derechos fundamentales de los posibles afectados, al tratarse de una Ley penal más favorable. Pero tal argumento adolece de una sensible falta de consistencia.

Primero, porque de conformidad con lo que se ha argumentado en las páginas anteriores, no nos hallamos ante una sucesión de leyes penales de sentido contrario o distinto, sino ante un mero error material en la sucesión cronológica de dos leyes penales que determinan, por voluntad del Legislador, exactamente el mismo régimen jurídico para los potenciales afectados por su aplicación.

Segundo, porque el derogado artículo 4 LORPM contenía un mecanismo de aplicación facultativa, basado en una previa valoración técnica y judicial, que por tanto no es susceptible de generar expectativas jurídicas materialmente equiparables, en términos de certeza, y por tanto a efectos de protección, al

derecho fundamental a obtener la aplicación de una norma penal efectivamente más favorable (artículos 9.3 y 25.1 CE).

En este sentido, es importante tener en cuenta que la inaplicación de la controvertida norma en ningún caso ha generado la desconsideración de la situación peculiar de los denominados “jóvenes”, comprendidos en la franja de los dieciocho a los veintiún años. Las circunstancias contempladas en dicho precepto, relativas a su personalidad, en particular su falta de madurez, han tenido durante la época de suspensión de la vigencia del mentado artículo 4 y siguen teniendo su propio y específico cauce de valoración y tratamiento dentro del Código Penal, así como en la legislación penitenciaria. Aparte del régimen jurídico propio del error de hecho o de prohibición, las atenuantes o eximentes relacionadas con la imputabilidad del sujeto no sólo toman en cuenta esos factores personales a la hora de individualizar, o incluso excluir la pena, sino que también posibilitan la adopción, en el ámbito penitenciario o extrapenitenciario, de medidas de carácter reeducativo y/o terapéutico materialmente análogas a las contempladas en la LORPM.

Y tercero, porque, al hilo de esta última apreciación, cabe añadir que el principio de protección del interés superior del menor, que podría traerse a colación para inclinar la postura hermenéutica del Fiscal hacia la aplicación temporal de la norma cuestionada, tampoco resulta invocable, teniendo en cuenta que los destinatarios de la referida norma no son, en ningún caso, menores de edad, sino mayores. La remisión legal del tratamiento de determinado tipo de delincuentes a las normas previstas para los menores, basándose en que ciertas características de su personalidad aconsejan soluciones análogas, no puede confundirse con una ficción —y menos aún, con una realidad— jurídica que convierta en menores de edad a quienes legal y constitucionalmente no lo son. A salvo, claro está, de la especial consideración, ya mencionada, que los citados *jóvenes* merecen y reciben en la legislación penal y penitenciaria, de acuerdo con los instrumentos internacionales aplicables.

Ese principio del interés superior del menor, como concreción específica del interés público tutelado por la Ley, cuya defensa le atribuye al Fiscal el artículo 124 de la Constitución, sí es determinante, sin embargo, a la hora de asegurar la aplicación de la LORPM a sus genuinos y esenciales destinatarios: los menores de edad. En este punto, conviene subrayar que una hipotética aplicación imprevista —en todos los sentidos— del derogado artículo 4 LORPM, comportaría probablemente la derivación de importantes recursos que son imprescindibles, y con frecuencia insuficientes, para el funcionamiento ordinario del sistema. En particular, afectaría al trabajo de los equipos técnicos, cuyo informe exige preceptivamente el precepto que se deroga.

No se olvide, a la hora de valorar esta hipótesis aplicativa, que, como antes se apuntó, el posible colapso de los medios humanos y materiales disponibles ha sido una de las razones fundamentales del aplazamiento reiterado de la

vigencia del citado artículo. La realidad social a la que ha de aplicarse la norma es el elemento final para su interpretación, de acuerdo con el invocado artículo 3.1 del Código Civil.

Quede claro que este dato relativo a la dificultad material de aplicación del precepto no pretende —ni podría— hacer por sí mismo obstáculo a la entrada en vigor de una norma de derecho positivo.

Pero aparte de ese valor interpretativo a la hora de determinar la *voluntas legis*, los problemas materiales de aplicación no pueden dejar de ser tomados en cuenta por el Ministerio Fiscal al definir, en la tesitura de responder a una situación legislativa como mínimo dudosa, qué ha de entenderse exactamente por *interés superior del menor*. No lo protegería el Fiscal, desde luego, instando o admitiendo, al hilo de un mero error formal, la artificiosa aplicación de un artículo dos veces suspendido y materialmente derogado, cuando de ella puede derivar la paralización o la dilación de su intervención en aquellos supuestos para los que inequívocamente la Ley fue concebida, a los que ha venido siendo aplicada, y para cuyo tratamiento el Legislador acaba de introducir reformas que naturalmente valora como mejoras. Se trata, por tanto, de evitar responsablemente que la verdadera protección del interés superior del menor quede preterida tras una visión exclusivamente formalista, fragmentaria o incluso entusiasta, de los supuestos y fugaces efectos positivos del error padecido por el Legislador.

Por todo ello, una lectura reflexiva y ajustada a los examinados criterios legales de interpretación del Derecho, conduce directamente a concluir que existe una contradicción material insoslayable entre la norma sustantiva que ordena la derogación del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, esto es, la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 8/2006, en relación con el nuevo texto de dicho artículo, y, por otro lado, la disposición final de la misma, en relación con la disposición transitoria de la Ley Orgánica 9/2002. Tal contradicción sólo puede resolverse en el sentido de entender que la norma derogatoria excluye lógica, sistemática, contextual, histórica y teleológicamente el efecto formal involuntariamente derivado del mantenimiento, por olvido del Legislador, de dicha disposición transitoria.

La derogación legal del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000 no puede generar una mera expectativa temporalmente eludible. La decisión de suprimir dicha norma ha sido aprobada por el Parlamento, sancionada y publicada en forma de Ley Orgánica; todos están sujetos a ella y conocen su contenido. Esa decisión convalida y confirma la inaplicabilidad derivada de la previa suspensión, por dos veces, de la vigencia del precepto que se suprime. La disposición derogatoria de la Ley Orgánica 8/2006 no puede, por tanto, pese a las omisiones que contenga, interpretarse de otro modo o producir otro efecto que no sea el de la *tácita reconducción* de la suspensión previamente acordada, hasta que la inaplicación del precepto devenga, como ha querido el Legislador, *definitiva*.

En consecuencia, la norma jurídica cuestionada, es decir, el artículo 4 LORMP, en su redacción original dada por Ley Orgánica 5/2000, no puede ni podrá entenderse vigente, ni por tanto aplicable en ningún momento ni a ningún hecho, sea anterior o posterior al 1 de enero de 2007.

Tal aplicación no podría llevarse a cabo sin incurrir directamente en el supuesto contemplado en el artículo 6.4 del Código Civil, que, como es sabido, sanciona los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o sean contrarios a él, estableciendo que tales actos no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Dentro de esas coordenadas, es evidente que la defectuosa regulación instrumental de la entrada en vigor de una Ley no autoriza a eludir la decisión sustantiva, explícita e inequívoca, de expulsar *definitivamente* una norma del ordenamiento jurídico. El subterfugio de una aplicación temporal, imprevista y contraria a la evidente *voluntas legis*, en conflicto frontal con el sentido y fin de la propia Ley, ha de ser evitado y rechazado, en un recto entendimiento del principio de legalidad.

Por consiguiente, el Ministerio Fiscal deberá oponerse en todo caso, en los momentos y a través de los cauces procesales oportunos, a la aplicación del citado artículo 4 LORPM, informando negativamente los traslados que se le confieran en orden a dicha aplicación, y recurriendo consecuentemente las resoluciones judiciales que pudieran llevarla a cabo. En este último aspecto, conviene recordar que el recurso de apelación contra el Auto del Juez de Instrucción previsto en el derogado artículo 4.3 LORPM se sustancia en ambos efectos, y por tanto tiene carácter suspensivo.

En virtud de todo lo expuesto, y a modo de recapitulación, cabe establecer las siguientes

III. CONCLUSIONES

1.^a La derogación del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, mediante Ley Orgánica 8/2006, excluye su aplicación en todo caso, tanto a hechos anteriores como posteriores al 1 de enero de 2007, fecha en que concluye la suspensión de su entrada en vigor que dispuso la Ley Orgánica 9/2002. A tal efecto, dicha suspensión ha de entenderse tácitamente prorrogada hasta que gane vigencia formal la nueva norma.

2.^a La definitiva inaplicación de la norma derogada no impide el adecuado tratamiento de las circunstancias personales, en particular la inmadurez, de los jóvenes afectados, en el marco del Derecho Penal, la legislación penitenciaria y los instrumentos internacionales aplicables.

3.^a Por el contrario, la aplicación aún ocasional, del derogado artículo 4 LORPM, además de resultar contraria a la interpretación lógica, sistemática, histórica y teleológica de las normas jurídicas concernidas, produciría efectos no previstos ni deseados por el Legislador, que, tras evitarlos en sucesivas ocasiones, ha dispuesto la definitiva exclusión de la norma de nuestro ordenamiento jurídico. En la medida en que tales efectos puedan afectar al correcto funcionamiento de la Justicia de menores, dificultando o demorando la atención a sus genuinos destinatarios, la citada aplicación de la norma resultaría contraria al principio del interés superior del menor.

4.^a En consecuencia, las Ilmas. e Ilmos. Sras. y Sres. Fiscales, en virtud de los razonamientos expuestos en la presente Instrucción, se opondrán en todo caso a la aplicación de dicho artículo 4 LORPM, en su redacción derogada, informando negativamente los traslados que a tal efecto se les confieran, e interpondrán los recursos oportunos contra las resoluciones judiciales que lo apliquen. En este sentido, se recuerda que el recurso de apelación previsto en el apartado 3 de la citada norma ha de sustanciarse en ambos efectos.

En razón de todo lo expuesto, las Sras. y Sres. Fiscales se atenderán, en lo sucesivo, a las prescripciones de la presente Instrucción.

CONSULTA 3/2006, DE 29 DE NOVIEMBRE, SOBRE DETERMINADAS CUESTIONES RESPECTO DE LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

I. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

El artículo 189 del Código Penal castiga en su apartado primero dos conductas: en la letra a) sanciona al que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.

En la letra b) sanciona al que *producjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.*

El mismo precepto castiga en su apartado segundo al que *para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces.*

Los tres tipos arrancan de un común presupuesto: conforme a nuestro Derecho, los menores de dieciocho años siempre están protegidos frente a su utilización por terceras personas con fines pornográficos, por lo que se parte de la irrelevancia del consentimiento de los menores para intervenir en la producción de este material, aun cuando tal consentimiento pudiera haberse reputado válido para la práctica, en su caso, de las relaciones sexuales subyacentes.

Se elevan dos consultas por sendas Fiscalías en relación con los delitos de pornografía infantil, parcialmente coincidentes en su objeto y radicalmente discrepantes en la solución propuesta.

Una de las Fiscalías consultantes plantea cuál ha de ser la calificación jurídica de las conductas tipificadas en el artículo 189.1 en sus letras a) o b) y en el

artículo 189.2 cuando las mismas se refieren a varios menores. Esta Fiscalía se inclina por entender que en todos estos casos se cometerá un solo delito independientemente del número de menores o incapaces que se vean afectados por la conducta del sujeto activo, con posibilidad de apreciar continuidad delictiva, y sin perjuicio de aplicar en concurso los delitos de violación, agresión o abuso sexual que, en su caso, se cometan para la creación del material pornográfico. Para alcanzar tal interpretación se entiende que este tipo protege la libertad e indemnidad sexual de forma abstracta “no referida a personas concretas cuya libertad e indemnidad sexual ya se protege a través de otras figuras delictivas compatibles con la que nos ocupa”. Esta conclusión la hace extensiva al tipo sancionado en el apartado segundo, en el que al igual que en el artículo 189.1.b) *los autores no realizan ningún ataque directo a los menores o incapaces que ya han sido ofendidos por el que creó el material pornográfico*. Se añade que los verbos rectores de estos tipos describen conductas que *parecen significar actos no individualizados por cada una de las personas objeto del material pornográfico*.

La otra Fiscalía ciñe su consulta respecto de los supuestos de distribución o difusión de material pornográfico en cuanto a si han de reputarse cometidos tantos delitos del artículo 189.1.b) como menores de edad o incapaces aparezcan en las imágenes o, por el contrario, debe considerarse toda la transmisión “*material pornográfico*”, y mantenerse entonces que se ha cometido un único delito con independencia del número de menores o incapaces que aparezcan en las imágenes.

Esta Fiscalía, tras analizar los argumentos que pudieran sostener la tesis del concurso ideal de delitos o de la comisión de un único delito, se decanta por la solución de apreciar en estos supuestos un concurso real de delitos, en base a los siguientes razonamientos extractados: 1.^º) el carácter personalísimo del bien jurídico protegido en este tipo de conductas, la indemnidad sexual, la libertad sexual, el derecho a la intimidad y a la propia imagen, la dignidad del menor y, finalmente, el derecho que todo menor (o incapaz) tiene a no sufrir ningún tipo de explotación de carácter sexual. 2.^º) El objeto material de este delito es la imagen del menor y no el soporte que la contenga. El objeto material se ve aumentado en función del número de menores que aparecen en las imágenes difundidas. Con la imagen de un solo menor cabe ya hablar de *material pornográfico*. 3.^º) En las conductas incluidas en la letra a) existirán tantos delitos como sujetos pasivos menores o incapaces se hayan empleado. Al margen de la libertad e indemnidad sexual del menor (o incapaz), se está salvaguardando, sobre todo, al menor mismo para que, en la línea trazada por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, no sea objeto de explotación. La Fiscalía consultante entiende que esta interpretación es la seguida por los Tribunales de Justicia, citando a estos efectos la STS de 24 de octubre de 2000, la STS de 20 de octubre de 2003 y la SAP de Valladolid de 30 de noviembre de 2002. 4.^º) Otro argumento

se encuentra en la interpretación del tipo penal resultante de la resolución del concurso de normas susceptible de producirse con ocasión del tráfico de imágenes. En concreto, si las imágenes de carácter pornográfico fueron tomadas sin conocimiento del menor, la calificación jurídica del hecho concreto de su posterior difusión dependerá, en ciertas hipótesis fácticas, de la resolución del concurso de normas entre el artículo 189.1.b) y el artículo 197 del Código Penal. En los supuestos en que se optara por la aplicación de este último tipo no habría duda en afirmar que por mor del bien jurídico protegido existirán tantos delitos del aludido artículo 197 como imágenes de menores, cuya intimidad se ha vulnerado, aparezcan. 5.^o) Tampoco —se afirma— encuentra escollo la línea interpretativa expuesta a la hora de analizar la penalidad a imponer: la afirmación de que existirán tantos delitos del artículo 189.1.b) como menores aparezcan en las imágenes se verá acompañada, en cuanto a la pena, por la limitación del artículo 76 del Código Penal.

Esta Fiscalía, pues, no somete a consulta el supuesto previsto en el artículo 189.1.a), para el que considera pacífico que se cometerán tantos delitos como menores afectados, y tampoco somete a consulta el tipo del artículo 189.2 relativo a la simple posesión de pornografía infantil, respecto del que no realiza ningún pronunciamiento.

[...]

X. CONCLUSIONES

1.^a En el tipo de utilización de menores para elaboración de material pornográfico [artículo 189.1.a)], en tanto la conducta incide sobre menores directamente, y en cuanto ello supone un ataque a bienes personalísimos, en especial a la indemnidad sexual de los mismos, los Sres. Fiscales apreciarán tantos delitos cuantos menores fueren afectados, en régimen de concurso real.

2.^a En el tipo de utilización de menores para elaboración de material pornográfico [artículo 189.1.a)] concurriendo los requisitos del artículo 74 del Código Penal, cuando se repitan los hechos en el tiempo con el mismo sujeto pasivo, no existen obstáculos para que los hechos puedan calificarse y valorarse a través del expediente del delito continuado.

3.^a Los tipos de los artículos 189.1.b) y 189.2, a diferencia del tipo del artículo 189.1.a) protegen la indemnidad, la seguridad y la dignidad de la infancia en abstracto, adelantando 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 ac-

túa sobre un material ya elaborado, no ataca el bien jurídico individual libertad/indemnidad sexual de los menores afectados, por lo que los Sres. Fiscales partirán 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 antijuridicidad de conductas en las que el material pornográfico incautado tenga especial entidad podría encontrarse, en su caso, en la aplicación del subtipo agravado del artículo 189.3.c) (cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico).

5.^a Podrán los Sres. Fiscales, 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 artículo 66 del Código Penal, conforme a la que *cuando no concurran 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*.

6.^a Cuando exista prueba de que el imputado hace acopio de material pornográfico y comparte el mismo con otras personas, los Sres. Fiscales deberán calificar tal conducta conforme al tipo del artículo 189.1.b), pues la misma rebasa la limitada antijuridicidad de la mera posesión.

7.^a Cuando la operación de captación de la imagen se hubiera llevado a cabo de manera subrepticia, de modo que el menor no hubiera sido consciente de la filmación o grabación, al no resultar lesionada la indemnidad sexual habrán de calificarse los hechos conforme al artículo 197.1 del Código Penal, al resultar típicamente lesionada la intimidad y la propia imagen y no conforme al artículo 189.1.a).

8.^a Sin embargo, una eventual distribución o exhibición del material pornográfico subrepticamente obtenido daría lugar a la aplicación, además del delito del artículo 197.1, 3 y 5 del Código Penal, a la del previsto en el artículo 189.1.b) del Código Penal en régimen de concurso ideal, pues a la lesión típica de la intimidad y propia imagen se acumularía la puesta en peligro de la indemnidad de los menores en general como bien jurídico protegido por el tipo de distribución de pornografía infantil.

9.^a En relación a la conducta del que no habiendo participado en la fase de elaboración interviene *a posteriori* difundiendo el material pornográfico,

cuando los menores que aparezcan en dicho material sean personas perfectamente identificadas y quede acreditado que su imagen fue captada subrepticamente, devendrá aplicable, además del delito de distribución de pornografía infantil, el del artículo 197.3 del Código Penal párrafo segundo (difusión de imágenes atentatorias contra la intimidad). Para ello será necesario que el distribuidor aún no habiendo participado previamente en la filmación o elaboración de imágenes, hubiera tenido conocimiento de las circunstancias en que fueron llevadas a cabo. En estos supuestos, en tanto se lesiona la intimidad del menor y simultáneamente se ataca al bien jurídico protegido por el tipo del artículo 189.1.b), para abarcar la total antijuridicidad del hecho deberá acudirse a la calificación conforme a ambos tipos en régimen de concurso ideal.

10.^a En relación con el tipo previsto en el artículo 189.1.a), si además de la utilización del menor para elaborar material pornográfico, los actos grabados, filmados o fotografiados son en sí constitutivos de abuso sexual o agresión sexual, también deberán ser aplicados estos tipos en régimen de concurso real.

**CONSULTA 4/2006, DE 30 DE NOVIEMBRE,
SOBRE CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL
DE LA INTERCEPTACIÓN EN RECINTOS ADUANEROS
DE PUERTOS MARÍTIMOS ESPAÑOLES
DE VEHÍCULOS SUSTRÁIDOS EN TERRITORIO
DE LA COMUNIDAD EUROPEA CON DESTINO
A PAISES NO COMUNITARIOS**

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA CONSULTA

La Consulta elevada al Fiscal General del Estado por una Fiscalía de Audiencia Provincial está motivada por la necesidad de resolver la cuestión relativa a la calificación jurídico-penal que resulta procedente respecto de una modalidad delictiva que de una manera expansiva se está produciendo en el ámbito de la Fiscalía consultante, pero que igualmente se produce en el de otras Fiscales de Audiencias Provinciales en las que existe puerto marítimo que permite la salida de personas y mercancías hacia países de fuera del territorio de la Comunidad Europea.

En concreto, la conducta delictiva respecto de la que se plantea el problema de su tipificación penal, es la relativa a la interceptación en la aduana del puerto español de personas conduciendo vehículos que han sido sustraídos en algún otro país de la Unión Europea y que tratan de sacar hacia terceros países (principalmente Marruecos y Argelia), embarcándoles en alguno de los buques comerciales que operan en el puerto con destino a los mismos, presentando normalmente esos vehículos sus documentos identificativos, tales como placas de matrícula, número de bastidor o permiso de circulación, alterados o sustituidos.

El motivo principal que ha determinado la presentación de la Consulta es la disparidad de criterio entre la Fiscalía y la Audiencia Provincial respectiva sobre la calificación jurídica de la referida conducta como delito de receptación competencia de los tribunales españoles. La Audiencia Provincial se apartó del

criterio anteriormente sostenido, el cual era coincidente con el del Ministerio Fiscal, a partir de una sentencia de 7 de octubre de 1998. Dicha Audiencia Provincial mantiene actualmente y de manera unánime por todas sus Secciones que la conducta del extranjero que trasporta el vehículo sustraído en otro país de la UE y trata de embarcarlo en un puerto español en un buque comercial con destino a un país extracomunitario, no puede ser enjuiciada de conformidad con lo previsto en el artículo 23.3 de la LOPJ por los tribunales españoles como delito de receptación del artículo 298 del Código Penal, dado que el delito se habría consumado en el país comunitario de procedencia del vehículo, donde el responsable de la supuesta receptación habría adquirido o recibido el bien de los autores de la sustracción para su transporte a países de fuera de la UE donde poder traficar con ellos con mayor beneficio económico.

Por la Fiscalía se expone además que el criterio sostenido por su respectiva Audiencia Provincial difiere del criterio mantenido por otra Audiencia de la misma Comunidad Autónoma, respecto del mismo supuesto de hecho, la cual admite que la conducta de quien trasporta los vehículos sustraídos en otro país comunitario y trata de embarcarlos en puerto marítimo español con destino a terceros países, es un delito de receptación cometido en territorio español, y por tanto, competencia de los tribunales españoles.

En este sentido se expone la preocupación por la vulneración del principio de igualdad y seguridad jurídica en la aplicación de la norma penal, al estar dándose respecto de iguales conductas diferente tratamiento o respuesta en función del órgano judicial de enjuiciamiento.

En relación con este diferente tratamiento en la calificación jurídico penal de las conductas referidas, la Consulta aborda igualmente la cuestión relativa a la tipificación de las mismas además de cómo delito de receptación como delito de contrabando y uso de documento falso. Es respecto de la calificación jurídica de contrabando donde igualmente se producen las discrepancias, en este caso no entre la Fiscalía consultante y su respectiva Audiencia Provincial, que coinciden en considerar procedente la apreciación del delito de contrabando, sino entre la Fiscalía consultante y la otra Fiscalía de la misma Comunidad Autónoma, pues mientras que en la primera se formula acusación por contrabando, en la segunda no se califican las citadas conductas conforme a este tipo delictivo.

La Fiscalía consultante propone como tipificación penal de las conductas de transporte de los vehículos sustraídos y su salida del territorio aduanero comunitario a través de puerto marítimo español con destino a terceros países la siguiente:

1.º Formular acusación por delito de receptación del artículo 301.1 del Código Penal y alternativamente conforme al artículo 298.1, calificación jurídico penal que determinaría la competencia para el enjuiciamiento y fallo por la Audiencia Provincial dada la pena señalada por el artículo 301.1, lo que permi-

tiría interponer recurso de casación y obtener la fijación de doctrina por el Tribunal Supremo.

2.^º Formular acusación por delito de contrabando conforme al artículo 2.3 letra a) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Contrabando, basada en la consideración de los hechos como exportación de un vehículo cuya tenencia constituye delito (precisamente el de receptación).

3.^º Formular acusación por delito de uso de documento falso conforme al artículo 393 del Código Penal.

[...]

VI. CONCLUSIONES

1.^a La conducta de auxilio a los responsables del delito previo de hurto o robo del vehículo, consistente en el transporte del vehículo embarcándolo en puerto marítimo español en líneas comerciales con destino a países extracomunitarios (normalmente de África), debe ser calificada de receptación del artículo 298.1 del Código Penal, si no concurren otros elementos que permitan estimar acreditado que el transporte se integra en una actividad desarrollada por criminalidad organizada de la que el transportista es parte y orientada primordialmente a traficar con los vehículos robados canalizándolos e integrándolos en el mercado de esos países no comunitarios.

2.^a La anterior conducta de auxilio a los responsables de un delito previo contra el patrimonio para que se aprovechen de sus efectos, debe entenderse realizada en España y es competencia de los Tribunales españoles de conformidad con el artículo 23.1 de la LOPJ.

3.^a Debe valorarse e investigarse la posible concurrencia en cada caso concreto de indicios que permitan acreditar que la actividad de transporte rebasa una conducta aislada de auxilio a los responsables de un delito previo contra el patrimonio, y reúne las circunstancias que la cualifican como modalidad de blanqueo, al constituir parte de una actividad de criminalidad organizada dirigida a canalizar e introducir en el mercado de países no comunitarios los vehículos previamente sustraídos para traficar con ellos en esos mercados.

4.^a De acreditarse que el transporte se integra en la actividad más amplia de una organización criminal, que introduce y trafica en el mercado de terceros países con los coches sustraídos en países comunitarios, la calificación que merecerá la conducta del transporte del vehículo será la de blanqueo del artículo 301.1, directamente o de manera alternativa con la receptación, en función de que los indicios concurrentes permitan o no delimitar claramente ambas modalidades.

5.^a No cabe calificar de contrabando la conducta del que intenta sacar el vehículo previamente sustraído de territorio comunitario a través de puerto marítimo español, ni de conformidad con el art. 2.1.a) o g) de la Ley Orgánica 12/1995, de Contrabando, ni tampoco de conformidad con el artículo 2.3.a) de dicha norma. En el caso del artículo 2.1.a) o g), por falta de jurisdicción de los Tribunales españoles; en el supuesto del artículo 2.3.a) porque la referencia a *cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito*, que contiene este precepto debe entenderse hecha sólo a bienes que por su propia naturaleza o índole su tenencia sea constitutiva de delito, sin perjuicio, de que en cualquier caso, la conducta receptadora abarca la antijuricidad de no presentar a despacho el vehículo a las autoridades aduaneras, actuando el tipo de receptación del artículo 298.1 como *lex consumens* respecto del tipo de contrabando del artículo 2.3 de la Ley Orgánica 12/1995.

6.^a En el supuesto de que el transportista del vehículo lleve los documentos de identificación del mismo alterados y no conste su intervención en la falsificación material de aquellos, procederá la calificación de uso de documentos falsos del artículo 393 del Código Penal, concurriendo los elementos subjetivos del conocimiento de su falsedad y ánimo de perjuicio de tercero.

CRÓNICA LEGISLATIVA

NOVIEMBRE

- ❑ Corrección de errores (BOE de 8 de noviembre) del Real Decreto 889/2006, de 21 de julio, por el que se regula el control metrológico del Estado sobre instrumentos de medida.
- ❑ Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre (BOE del 22), de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte.
 - ✓ Añade el artículo 361 bis del Código Penal para castigar al entorno del deportista y preservar la salud pública del suministro y comercialización de productos dopantes.
 - ✓ Añade las letras p) y q) al artículo 23 y modifica el artículo 24 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, con el objeto de calificar como infracciones muy graves, entre otras, el depósito, distribución e incitación al consumo en establecimientos deportivos de sustancias dopantes.
- ❑ Ley 36/2006, de 29 de noviembre (BOE del 30), de medidas para la prevención del fraude fiscal.
 - ✓ Responde a la necesidad de modificar la normativa para la aplicación del Plan de Prevención del Fraude Fiscal, elaborado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que persigue el fortalecimiento del control y la prevención del fraude fiscal.
 - ✓ Recoge un conjunto de medidas tendentes a potenciar las facultades de actuación de los órganos de control; otro conjunto de medidas van a permitir una mejora sustancial de la información de que dispone la Administración tributaria. También es objetivo de esta norma garantizar de forma más eficaz el ingreso efectivo de las deudas tributarias.
 - ✓ Modifica el artículo 2 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.
 - ✓ Recoge también modificaciones sobre el régimen del Impuesto sobre el Valor Añadido, así como del Impuesto General Indirecto Canario, al

igual que sobre el sector del transporte, el inmobiliario y sobre los llamados “paraísos fiscales”. También modifica la Ley 58/2003 General Tributaria y el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

DICIEMBRE

- ❑ Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre (BOE del 5), por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
 - ✓ Responde a la previsión de la disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 5/2000, que establece que el Gobierno impulsará las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos que, aun siendo cometidos por menores, revistan especial gravedad.
 - ✓ Las modificaciones incluidas en la Ley Orgánica 5/2000 comprenden:
 - Ampliación de supuestos en los que se imponen medidas de internamiento en régimen cerrado a los menores.
 - Adecuación del tiempo de duración de las medidas a la entidad de los delitos y la edad de los menores (suprimiendo la aplicación de esta Ley entre los 18 y 21 años) e incorporación de la medida de prohibición de aproximación del menor a la víctima.
 - Se faculta al juez para acordar que el menor que cumpla 18 años sin terminar de cumplir la medida de internamiento sea trasladado a un centro penitenciario. Igualmente se conceden al juez amplias facultades para la imposición, refundición y ejecución de las medidas.
 - Se refuerza la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y perjudicados.
 - ✓ Se modifican los artículos 448 y 707 de la LECr para dotar de mayor protección a los menores víctimas de determinados delitos.
- ❑ Orden ITC/3699/2006, de 22 de noviembre (BOE de 6 de diciembre), por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la velocidad de circulación de vehículos a motor.

- ✓ Deroga la anterior Orden de 11 de febrero de 1994, por la que se regulan los cinemómetros destinados a medir la velocidad de circulación de vehículos a motor.
- ❑ Orden ITC/3707/2006, de 22 de noviembre (BOE de 7 de diciembre, corrección de erratas BOE de 3 de enero de 2007), por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado.
 - ✓ Deroga la anterior Orden de 27 de julio de 1994, por la que se regula el control metrológico del Estado para los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado.
- ❑ Ley 40/2006, de 14 de diciembre (BOE del 15, corrección de errores BOE de 5 de febrero de 2007), del Estatuto de la ciudadanía Española en el exterior.
 - ✓ Pretende garantizar a la ciudadanía española residente en el exterior el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales en igualdad con los españoles residentes en España, así como facilitar el retorno y promover el asociacionismo de españoles en el exterior.
- ❑ Instrumento de ratificación de España al Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005 (BOE de 25 de diciembre de 2006).
 - ✓ Pretende conseguir el máximo nivel posible de cooperación potenciando el intercambio de información, especialmente en las mencionadas materias, respetando los derechos y libertades fundamentales y la normativa, nacional e internacional, existente sobre protección de datos de carácter personal.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, tomo X, vol. II, Edersa, Madrid, 2006.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), *Práctica jurisprudencial del Código penal*, 4 tomos, Bosch, Barcelona, 2006.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2006.

RUBIO LARA, P.A., *Parte especial del derecho penal económico español*, Dykinson, Madrid, 2006.

SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal. Parte especial*, 11.^a ed., Dykinson, Madrid, 2006.

SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal*, tomo I “Parte general”, tomo II “Parte especial”, 4.^a ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2006.

II. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2 vols., Edisofer, Madrid, 2006.

CANO PAÑOS, M.A., *El futuro del derecho penal juvenil europeo*, Atelier, Barcelona, 2006.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E., *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, Granada, 2006.

GARCÍA ESPAÑA, E., *El premio a la colaboración con la justicia*, Comares, Granada, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

GÓMEZ TOMILLO, M., *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, 2.^a ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

JAKOBS, G., *La pena estatal. Significado y finalidad*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2006.

LLORIA GARCÍA, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006.

LOPERA MESA, G.P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, 2006.

PALERMO, O., *La legítima defensa. Una revisión normativa*, Atelier, Barcelona, 2006.

RÍOS MARTÍN/SEGOVIA BERNABÉ, *Las penas y su aplicación. Contenido legal, doctrinal y jurisprudencial*, Colex, Madrid, 2006.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

AA. VV., *Tutela penal y tutela jurídica frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

GARCÍA ARÁN, M. (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006.

GARCÍA GARCÍA, C.J., *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Ceura, Madrid, 2006.

GARCÍA MOSQUERA, M., *La estafa de seguro*, La Ley, Madrid, 2006.

MARTOS NUÑEZ, J.A., *Derecho penal ambiental*, (ex libris), Madrid, 2006.

ORÉ SOSA, E., *La protección penal de la marca en el derecho español*, Salamanca, 2006.

REBOLLO DELGADO/SERRANO PÉREZ, *Introducción a la protección de datos*, Dykinson, Sevilla, 2006.

REQUEJO NAVEROS, M.T., *El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética*, Colex, Madrid, 2006.

RÍO MONTESDEOCA, L., *Responsabilidades penales en los técnicos de prevención de riesgos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2006.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Comares, Granada, 2006.

ROMEO CASABONA, C. (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos penales. Nuevas respuestas político criminales*, Comares, Granada, 2006.

SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos societarios y conductas afines*, 2.^a ed., La Ley, Madrid, 2006.

IV. DERECHO PENITENCIARIO

RÍOS MARTÍN/PASCUAL/BIBIANO GUILLÉN, *La mediación penal y penitenciaria*, Colex, Madrid, 2006.

V. CRIMINOLOGÍA

AA. VV., *Principios de criminología*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. et al., *Penas alternativas a la prisión y reincidencia. Un estudio empírico*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

AA. VV., *Hacia un nuevo proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial (Colección Manuales de Formación Continuada, núm. 32), Madrid, 2006.

AA. VV., *Memento Procesal 2007-2008*, Francis Lefebvre, Madrid, 2007.

COBO DEL ROSAL, M.; QUINTANAR DÍEZ, M., y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Derecho procesal penal española*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2006.

GIMENO SENDRA, V. y otros, *Practicum de Derecho Procesal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.

MAGRO SERVET, V., *Manual práctico de actuación policial-judicial en medidas de limitación de derechos fundamentales*, La Ley, Madrid, 2006.

MONTERO AROCA, J.; FLORS MATÍES, J., y LÓPEZ EBRI, G., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

II. MONOGRAFÍAS

AA. VV., *El Juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial (Colección Estudios de Derecho Judicial, núm. 84), Madrid, 2006.

AA. VV., *El procedimiento de la ley del jurado*, Sepin, Madrid, 2006.

ALVARADO BELLOSO, A., *La prueba judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARÍN, A. (Dirs.), *La orden de detención y entrega europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

CUCARELLA GALIANA, L.A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Thompson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

HERRERA ABIÁN, *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Comares, Granada, 2006.

GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales*, Comares, Granada, 2006.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., y SANZ HERMIDA, A., *Investigación y prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 2006.

GUARAGLIA, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

MARTÍN GARCÍA, P., *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

MORENO CATENA, V., y ARROYO ZAPATERO, L. (coords.), *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Thompson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

OVEJERO PUENTE, A., *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PEITEADO MARISCAL, P., *El reconocimiento mutuo de resoluciones penales definitivas en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2006.

REBATO PEÑA, M.E., *La detención desde la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

TOMÉ GARCÍA, J.A., *Intervención del Juez penal en la expulsión de los extranjeros*, Colex, Madrid, 2006.

VALLINES GARCÍA, E., *Los equipos conjuntos de investigación penal*, Colex, Madrid, 2007.

VÉLEZ RODRÍGUEZ, E., *La motivación y racionalidad del veredicto en el derecho español y en el derecho norteamericano*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2006.

III. OTROS

ARMENTA DEU, T., *Justicia de proximidad*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

CUENCA GARCÍA, M.J., *La función de abogados y procuradores y los intereses de los clientes*, Thompson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

DAMIÁN MORENO, J.; MORENO CATENA, V.; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.; ORTÍZ ÚRCULO, J.C.; SUANCES PÉREZ, F.; ALONSO CRESPO, E.; GARCÍA GARCÍA, L., y ORTÍZ GONZÁLEZ, A.L., *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, Thompson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

SÁNCHEZ BLANCO, A.; CONDE DÍEZ, R.; LESMES SERRANO, C.; LORCA NAVARRETE, A.M.; MEDINA GARCÍA, D.; SAN JOSÉ CORS, A.T.; y MENÉNDEZ GONZÁLEZ-PALENZUELA, L., *La nueva regulación de la oficina judicial*, Thompson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

**TÍTULO: LOS JURADOS EN USA Y EN ESPAÑA: DOS CONTENIDOS DISTINTOS
DE UNA MISMA EXPRESIÓN**

Autora: Beatriz Sanjurjo Rebollo.

Ed. Dyckinson, SL, ISBN 84-9772-537-9, 607 páginas.

Tenemos a nuestra disposición una de las obras más completas que se ha escrito sobre una de las problemáticas más actuales, la del Tribunal del Jurado. Su autora consigue situarnos de forma magistral, con este novísimo y valioso trabajo, en los orígenes de esta institución y en su problemática actual.

La obra realiza un examen exhaustivo del jurado en los ordenamientos español y americano e intenta plantear una panorámica actualizada de la situación real y de la posible modificación de esa opción inicial, que en su momento fue por un sistema puro anglosajón semejante al de USA, orientándonos hacia un sistema más cercano al modelo escabinado.

Desde que la Constitución de 1978 fija el derecho de participación ciudadana en la administración de la justicia a través de la institución del Jurado; pasarían 17 años hasta que fuese elaborada y aprobada la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, y casi 20 años para que se pusiese en marcha esta institución, la obra que ahora tenemos en nuestras manos relata este camino de forma minuciosa.

Es de destacar la importancia de este trabajo a la hora de tratar los temas más actuales y candentes como son la publicidad que cobran los juicios a través de los medios de comunicación, la influencia que esto adquiere en el veredicto del jurado a la hora de la imparcialidad que el mismo debe tener, las técnicas de selección para lograr la imparcialidad, la incomunicación del jurado o las estrategias de los letrados sobre el mismo.

Las dudas sobre el juicio paralelo de los medios de comunicación y de la responsabilidad de los mismos a la hora de verter sus opiniones y la fácil manipulación del jurado por la opinión que se publica es uno de los escollos más difíciles de solucionar; la publicidad, contradicción y crítica de los medios son verdaderos límites a la labor objetiva del jurado.

Me gustaría destacar la especial dedicación a uno de los capítulos que considero de mayor relieve: La justicia negociada, las referencias al *plea bargaining* estadounidense y su comparación con la conformidad en nuestro sistema.

Son importantes las referencias, para hacer un estudio del panorama actual y de las propuestas de futuro, a los informes del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado y el abanico de interesantes propuestas con el que la propia autora culmina su trabajo.

El jurado es una institución cuestionada social y políticamente, una institución actual. Esta obra permite, de forma brillante, acercarla no sólo a la comunidad científica y a los profesionales del derecho sino a cualquier persona que pueda llegar a ser parte del jurado. Se intenta encauzar el proceso para que sea el más adecuado para la obtención del resultado siendo la justicia siempre el principal objetivo, como dice la autora el fin será alcanzar la flexibilidad del sistema norteamericano, la evolución hacia el escabinato, alcanzando la participación ciudadana plena en la Administración de Justicia pero siempre de forma que se obtengan los resultados óptimos para la justicia.

María Luisa García Martín

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas.
Agobada.