

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Estudio sobre los delitos de peligro. *Enrique del Castillo Codes* . 11

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- ¿Las Comunidades Europeas tienen competencia en materia penal? La sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005. *José Manuel Sánchez Patrón* 43

DERECHO COMPARADO

- Dos problemas de aplicación retroactiva de la Ley Penal favorable en el Derecho y la Justicia de Chile. *Jean Pierre Matus Acuña* ... 59

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 101
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 109
- **Sentencia 45/2006 (Sala 2.ª), de 13 de febrero:** Juez imparcial. Modificación del objeto de la demanda de amparo 109
- **Sentencia 89/2006 (Sala 1.ª), de 27 de marzo:** Derechos Humanos. Derecho a la intimidad, al honor y a la dignidad. Entrada y registro en lugar cerrado. Domicilio 113

	Página
— Sentencia 116/2006 (Sala 1.ª), de 24 de abril: Doble grado de Jurisdicción. Recurso de casación	118
— Sentencia 145/2006 (Sala 2.ª), de 8 de mayo: Penas privativas de libertad. Sustitución	128
— Sentencia 169/2006 (Sala 1.ª), de 5 de junio: Habeas Corpus. Internamiento de extranjeros	131
— Sentencia 177/2006 (Sala 2.ª), de 5 de junio: Principio <i>non bis in idem</i> . Extradición. Causas. Denegación. Orden europea de detención y entrega	133
 TRIBUNAL SUPREMO	 143
— Acuerdos de 25 de abril de 2006	143
— Acuerdo de 30 de mayo de 2006	143
— Acuerdos de 18 de julio de 2006	144
— Sentencia 1621/2005, de 29 de diciembre: Asesinato. Principio acusatorio. Encubrimiento. Delitos. Prescripción	144
— Sentencia 146/2006, de 10 de febrero: Penas. Multas. Cuotas	146
— Sentencia 179/2006, de 14 de febrero: Prueba pericial (ADN)	149
— Sentencia 180/2006, de 16 de febrero: Eximentes. Miedo insuperable	153
— Sentencia 164/2006, de 22 de febrero: Principio acusatorio	156
— Sentencia 166/2006, de 22 de febrero: Prueba anticipada. Concentración	158
— Sentencia 172/2006, de 22 de febrero: Malversación. Responsabilidad civil. Restitución	161
— Sentencia 280/2006, de 2 de marzo: Agravantes (reincidencia). Atenuantes (adicción)	163
— Sentencia 318/2006, de 6 de marzo: Falso testimonio	165
— Sentencia 302/2006, de 10 de marzo: Defraudación. Estafa	168
— Sentencia 330/2006, de 10 de marzo: Cuestiones previas	171
— Sentencia 16/2006, de 13 de marzo: Defraudación. Estafa	173

	Página
— Sentencia 307/2006, de 13 de marzo: Homicidio imprudente. Imprudencia profesional	177
— Sentencia 396/2006, de 13 de marzo: Penas privativas de libertad. Cómputo	181
— Sentencia 332/2006, de 14 de marzo: Prueba testifical indirecta. Testigo de referencia	184
— Sentencia 305/2006, de 15 de marzo: Coacción	188
— Sentencia 321/2006, de 22 de marzo: Sentencia. Falta de motivación	190
— Sentencia 331/2006, de 24 de marzo: Delitos. Prescripción ..	195
— Sentencia 354/2006, de 24 de marzo: Medidas de seguridad. Aplicación	198
— Sentencia 394/2006, de 29 de marzo: Detención ilegal por autoridad o funcionario	200
— Sentencia 440/2006, de 7 de abril: Delitos. Conspiración ...	202
— Sentencia 411/2006, de 18 de abril: Error invencible	204
— Sentencia 415/2006, de 18 de abril: Intervenciones telefónicas. Diligencias indeterminadas	208
— Sentencia 442/2006, de 18 de abril: Eximentes. Legítima defensa	210
— Sentencia 571/2006, de 21 de abril: Retroactividad	212
— Sentencia 479/2006, de 28 de abril: Delitos contra los derechos de ciudadanos extranjeros	214
— Sentencia 475/2006, de 2 de mayo: Informe pericial	217
— Sentencia 493/2006, de 4 de mayo: Presunción de inocencia. Declaración de la víctima	220
— Sentencia 513/2006, de 5 de mayo: Penas. Aplicación. Concurso ideal de delitos	224
— Sentencia 511/2006, de 9 de mayo: Homicidio. Encubrimiento. Principio acusatorio	225
— Sentencia 567/2006, de 9 de mayo: Falsificación. Medios utilizados	227
— Sentencia 523/2006, de 19 de mayo: Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social	229

	Página
AUDIENCIAS PROVINCIALES	233
— Sentencia 9/2006, de 17 de enero (AP Palencia): Absolución por lesiones. Falta de prueba	233
— Sentencia 6/2006, de 17 de enero (AP Valladolid): Negativa a realizar pruebas de detección alcohólica	235
— Sentencia 34/2006, de 19 de enero (AP Alicante): Valor probatorio del informe médico-forense. Indemnización	236
— Auto 36/2006, de 19 de enero (AP Madrid): Extensión de la prohibición de acciones entre cónyuges	237
— Sentencia 9/2006, de 23 de enero (AP Jaén): Lesionar a otro utilizando sosa cáustica. Ensañamiento	238
— Auto 9/2006, de 23 de enero (AP Logroño): Auto de conclusión de diligencias previas y transformación en procedimiento abreviado: necesidad de motivación cuando ha precedido petición de sobreseimiento	240
— Sentencia 3/2006, de 30 de enero (AP Castellón): La prescripción en los delitos de construcciones ilegales	241
— Sentencia 6/2006, de 30 de enero (AP Salamanca): Interpretación de “se acordará en todo caso”. La prohibición de aproximarse a la víctima en los casos de violencia familiar y asimilados ...	244
— Sentencia 174/2006, de 14 de febrero (AP Barcelona): Expulsión de extranjeros: automatismo de medida acordada “inaudita parte”	245
— Sentencia 83/2006, de 14 de febrero (AP Madrid): Uso de información privilegiada de la Bolsa: “dies a quo” del plazo de prescripción del delito	250
— Sentencia 16/2006, de 23 de febrero (AP Salamanca): Grados de ejecución en el tipo de simulación de delito	256
— Auto 35/2006, de 2 de marzo (AP Segovia): Derecho penitenciario: la medida de internamiento en módulo de aislamiento como sanción encubierta	258
— Sentencia 72/2006, de 15 de marzo (AP Palma de Mallorca): ¿Puede ser considerado animal feroz o dañino un perro doméstico?	261

	Página
— Sentencia 70/2006, de 20 de marzo (AP Jaén): Delitos contra el medio ambiente: ruidos de bar musical. Sanciones penales y administrativas	262
— Sentencia 19/2006, de 29 de marzo (AP Málaga): Coacciones: cambio de cerradura del local de negocio por parte de una de las copropietarias	264
— Sentencia 51/2006, de 25 de abril (AP Navarra): Malversación del depositario de bienes embargados: sus relaciones con el alzamiento de bienes y la apropiación indebida	265

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

— Circular 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España	269
— Consulta 2/2006, de 10 de julio, sobre la prisión preventiva acordada en supuestos de malos tratos del artículo 153 del Código Penal. Límite de su duración	315

CRÓNICA LEGISLATIVA

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

BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal	329
— Derecho Procesal Penal	331

ARTÍCULOS DOCTRINALES

ESTUDIO SOBRE LOS DELITOS DE PELIGRO

ENRIQUE DEL CASTILLO CODES

Doctor en Derecho Penal

SUMARIO

I. PELIGRO Y PELIGROSIDAD COMO ELEMENTOS INDEPENDIENTES.

- 1. Estado general de la cuestión.**
- 2. Posturas discrepantes.**
- 3. Toma de posición.**

II. LA VERTIENTE SUBJETIVA DEL PELIGRO.

- 1. Planteamiento.**
- 2. Peligro y bienes individuales.**
- 3. Dolo de peligro y de lesión.**

III. REFLEXIÓN FINAL.

Frente al Derecho Penal tradicional, centrado fundamentalmente en la efectiva lesión de bienes jurídicos individuales, en el actual panorama jurídico-penal merecen cada vez mayor atención, por parte del legislador, conductas que no llegan a producir un menoscabo efectivo a tales bienes, y ni siquiera aparecen referidas a ellos, sino que se enuncian como conductas con una posibilidad general de lesionar objetos que, en principio, se encuentran indeterminados.

Este fenómeno, auspiciado por el implacable avance científico y tecnológico que pone en marcha actividades generadoras de nuevos riesgos, ha provoca-

do una importante discusión doctrinal en la que se plantean los límites del Derecho Penal para regular dichas conductas, así como la posibilidad de admitir que, junto a los bienes jurídicos tradicionales de tipo individual —vida, integridad, libertad—, puedan existir otros de índole colectiva, como la salud pública, el medio ambiente o la seguridad de los trabajadores.

La resolución de estos interrogantes precisa un análisis de la estructura de los delitos de peligro, y por tanto, una investigación sobre sus elementos objetivos y subjetivos, que es lo que se pretende en el presente trabajo.

I. PELIGRO Y PELIGROSIDAD COMO ELEMENTOS INDEPENDIENTES

1. Estado general de la cuestión

En el estudio de los delitos de peligro, parece existir amplio consenso doctrinal acerca de la clara delimitación entre los llamados delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto, en el sentido de que en estos últimos es perfectamente dissociable la acción respecto de un resultado posterior, mientras que, distintamente, aquéllos se agotarían en la realización de una conducta, generalmente calificada como peligrosa, pero sin necesidad de requerir nada más, por lo que se incluirían entre los delitos de simple actividad.

De acuerdo con ello, los delitos de peligro concreto serían auténticos ilícitos de resultado⁽¹⁾, y por tanto, integrados por dos estados de cosas diferentes —acción y resultado— ligados por medio de la causalidad⁽²⁾, lo que significa que, al menos desde una perspectiva lógico-conceptual, tienen que ser verificados de forma independiente⁽³⁾ con lo cual el resultado de peligro y la acción

(1) HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, p. 7; JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1995 (traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), p. 206; ROXIN, *Derecho Penal, Parte General I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997 (traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), p. 404; FEIJOO, “Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999)”, *La Ley*, 1999, p. 1886.

(2) LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 1995, parágrafo 315 c), núm. 27.

(3) HORN, *Konkrete*, *op. cit.*, pp. 7-9; Riz, “Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa”, *L'Indice Penale* 3, 1983, pp. 503-506; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, 1997, p. 53.

nunca podrían coincidir en el tiempo sino que ésta siempre precede a aquél⁽⁴⁾. Según esta orientación, es preciso distinguir entre el *peligro* como estado, apreciable cuando un objeto queda insertado dentro del radio de acción de un determinado proceso causal con posibilidad de resultar lesionado, y la *peligrosidad* de la conducta, que vendría en consideración cuando una determinada actuación conlleva la posibilidad de lesionar un objeto. De este modo, frente al peligro concebido como elemento posterior y separable de la acción, la peligrosidad sería una simple característica de la misma que estará presente con independencia de que en realidad un objeto haya sido realmente amenazado⁽⁵⁾.

El peligro, como atributo de la conducta, se determinaría según ello desde una perspectiva *ex ante*⁽⁶⁾, a partir de la cual se tendrían en cuenta las circunstancias concurrentes durante toda la fase de ejecución de la acción, es decir, desde su inicio hasta su finalización⁽⁷⁾, especialmente, la aptitud y medida de los medios empleados así como la presencia y situación del objeto de ataque, y todo ello conforme a los conocimientos medios de un espectador objetivo además de los que posea, en el caso particular, el actuante⁽⁸⁾. En cambio, el peligro como estado posterior, supone que la conducta ejecutada ha generado una efectiva amenaza para un determinado objeto, y por ello, para su apreciación es preciso tomar en consideración todas las circunstancias que efectivamente con-

(4) HORN, *Konkrete*, *op. cit.*, p. 14; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 213-214.

(5) HIRSCH, "Peligro y peligrosidad" (traducido por Esteban Sola Reche), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (en adelante *ADPCP*) 1996, p. 513; ROMEO CASABONA, "Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal", en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED 2001, pp. 91-92; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 54; TORÍO LÓPEZ, "Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", *ADPCP*, 1981, pp. 827 y 843; RODRÍGUEZ RAMOS, "El «resultado» en la teoría jurídica del delito", *Cuadernos de Política Criminal* (en adelante, *CPC*) 1977, p. 55.

(6) *Cfr.* WELZEL, *Derecho Penal Alemán* (traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), 1969, p. 55; ROXIN, *Derecho Penal I*, *op. cit.*, p. 404; RIZ, *L'Indice Penale* 3, 1983, *op. cit.*, pp. 501-502.

(7) MAQUEDA ABREU, "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992", *Actualidad Penal* (en adelante, *AP*) 26/27, 1994, p. 489.

(8) ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 235.

currieron y que son independientes de la acción, aunque no fuesen conocidas en el momento de su emprendimiento⁽⁹⁾.

Con base en esta concepción se distinguen, por una parte, los delitos de *peligro abstracto*, consistentes en la realización de una conducta que, desde un punto de vista *ex ante*, lleva aparejada una peligrosidad de lesión genérica, no concretable en un objeto individualizado, y por otra, los delitos de *peligro concreto*, en los que aparte de la ejecución de una acción generalmente peligrosa, es necesario que un determinado objeto se haya visto seriamente amenazado.

A su vez, los delitos de peligro abstracto se desdoblarían en otras dos subespecies: en primer lugar, los llamados delitos de *peligrosidad concreta*, en los que aun no siendo necesario que un objeto específico haya sido afectado —y por eso serían delitos de peligro abstracto—, sin embargo el tipo penal exige expresamente que la conducta se lleve a cabo en circunstancias tales que, en el caso concreto, sea susceptible de lesionar un determinado objeto material; y en segundo lugar, los delitos de *peligrosidad abstracta*, en los que es suficiente con que la conducta lleve aparejado un riesgo genérico, sin necesidad de que concurren circunstancias que, en el caso particular, determinen la posibilidad de afectar a un determinado bien⁽¹⁰⁾.

En el primer caso —peligrosidad concreta—, la conducta genera un estado “concretamente peligroso causal”, que constituye el primer peldaño del peligro concreto⁽¹¹⁾, y aunque como antes se indicó son delitos de peligro abstracto, toda vez que el riesgo no aparece concretado en uno o varios objetos determinados o determinables, sin embargo el tipo requiere la comprobación de que la conducta, en el caso particular, era idónea para generar una situación de amena-

(9) WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, *op. cit.*, pp. 164-165; ROXIN, *Derecho Penal I*, *op. cit.*, p. 404; MAQUEDA ABREU, *AP 26/27*, 1994, *op. cit.*, p. 490: “Por consiguiente, ese análisis *ex post* sólo recae sobre elementos ajenos, externos a la acción peligrosa misma, con ayuda de los cuales se pretende verificar la concreción de aquel riesgo genérico creado por la acción en su resultado de peligro efectivo para bienes jurídicos de determinada especie” (subrayados en el texto original).

(10) *Cfr.* HIRSCH, *ADPCP*, 1996, *op. cit.*, p. 523; ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, 1998, p. 52; KINDHÄUSER, *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Universidad Externado de Colombia (traducido por Claudia López Díaz), 1996, p. 98; ROMEO CASABONA, *Aportaciones*, *op. cit.*, p. 92; FEIJOO, *La Ley*, 1999, *op. cit.*, p. 1885.

(11) ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, *op. cit.*, p. 66; MAQUEDA ABREU, *AP 26/27*, 1994, *op. cit.*, pp. 486-487.

za para el bien ⁽¹²⁾, y por tanto es admisible la prueba de que la acción era inocua en el supuesto concreto ⁽¹³⁾. Así, por ejemplo, en el tipo de publicidad engañosa previsto en el art. 282 del Código Penal, se requiere que dicha actuación pueda “causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores”, o en los casos de establecimiento de depósitos o vertederos tóxicos o peligrosos (art. 328 del Código Penal), es necesario que a consecuencia de ello se pueda “perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas”. En tales supuestos, pues, no basta con que se haga una publicidad falsa o se establezca un depósito de sustancias tóxicas, sino que es preciso que, en el caso particular y por las concretas circunstancias concurrentes, tales conductas puedan, respectivamente, perjudicar gravemente a los consumidores, a los sistemas naturales o a la salud de las personas, de manera que si se acredita la falta de aptitud de las citadas actuaciones para causar tales quebrantos, la conducta sería atípica ⁽¹⁴⁾.

Distintamente, en los de peligrosidad abstracta la conducta incriminada viene legalmente descrita sin posibilidad de valorar si, en el caso concreto, la misma era idónea para lesionar un determinado objeto, pues en estos casos el legislador ha presumido, de forma irrefutable, su peligrosidad ⁽¹⁵⁾, sobre la base de que, desde el punto de vista estadístico, conductas como la tipificada conllevan una peligrosidad con independencia de que, en el supuesto individual, resulte inocua, de manera que en tales casos el peligro no constituye un elemento del tipo, sino sólo un motivo del legislador para incriminar una determinada conducta ⁽¹⁶⁾. Así, en el delito de conducción etílica del art. 379 del Código Penal, bastaría con demostrar que el conductor pilota un vehículo bajo la influencia de las bebidas alcohólicas, sin necesidad de acreditar, además, que en

(12) FIORE, *Diritto Penale. Parte Generale I*, 1995, p. 186; TORÍO, *ADPCP*, 1981, *op. cit.*, p. 828.

(13) TORÍO, *ADPCP*, 1981, *op. cit.*, p. 838.

(14) En relación con el delito contra el medio ambiente, del art. 325 del Código Penal, la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) 1-4-2003 (Repertorio de Jurisprudencia El Derecho, en adelante ED 25312), declara que se trata de un delito de peligro hipotético, pues “no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro”.

(15) FIORE, *Diritto Penale I*, *op. cit.*, p. 187.

(16) MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, *op. cit.*, p. 53. En cuanto a la diferencia entre peligrosidad objetiva *ex ante* y peligrosidad estadística, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, p. 235.

ese caso particular su conducta era susceptible de crear un perjuicio para los demás; del mismo modo, la tenencia de un arma de fuego sin la pertinente autorización (art. 563 del Código Penal), sería típica aun cuando el arma en concreto, dadas sus características, careciese de potencialidad lesiva.

2. Posturas discrepantes

Lo anteriormente expuesto representa, como se dijo, el parecer doctrinal mayoritario sobre la problemática en examen, pero no faltan algunas opiniones que, frente al esquema desarrollado, no ven tan diáfana la línea divisoria entre la peligrosidad, como atributo de la acción, y el peligro como estado posterior.

Así, por un lado, se estima que si en los delitos de peligro debe concurrir, necesariamente, una conducta peligrosa básica y que por tal debe entenderse aquella que, según un juicio de probabilidad, se muestra idónea para lesionar un determinado objeto, ello supone que la acción misma contiene ya todos los elementos necesarios para emitir un juicio de peligro como estado de amenaza real, con lo cual se produciría una unificación entre acción y peligro, con la consecuencia de que únicamente existirían delitos de peligro concreto, y por tanto, la producción del peligro no tendría que presumirse, ya que en tal caso habría acontecido realmente⁽¹⁷⁾. Dicho con otras palabras, si el juicio de peligro implica la existencia de un objeto susceptible de ser amenazado por la conducta, su mera realización supondría un peligro concreto.

Asimismo, se pone de manifiesto que la lesión o destrucción de un determinado objeto es, evidentemente, algo más dramático que el peligro, pues en este último caso todo ha quedado en algo meramente episódico, sin consecuencias dañosas de índole material⁽¹⁸⁾, por lo que el peligro no tendría una relevancia real sino simplemente posible o probable y, en consecuencia, la relación de causalidad carecería de relevancia en tales casos, pues la misma sólo puede concurrir cuando una acción produce una modificación efectiva en el mundo exterior, pero no cuando todo ha quedado en un susto⁽¹⁹⁾. De ello se deduce, ante todo, que los delitos de peligro concreto no pueden ser considerados como de resultado y, en consecuencia, que no sería posible una disociación entre la peligrosidad de la acción y el peligro para el objeto, pues definido el peligro como la probabilidad de un daño a consecuencia de la realización de una con-

(17) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 1965, pp. 368 y ss.

(18) KORIATH, "Zum Streit um die Gefährdungsdelikte", *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (en adelante *GA*) 2/2001, p. 58.

(19) KORIATH, *GA* 2/2001, *op. cit.*, pp. 58-59.

ducta, si en el caso concreto la lesión del bien estaba totalmente descartada, tampoco la acción podría calificarse como peligrosa⁽²⁰⁾.

Las anteriores consideraciones vienen a cuestionar, pues, la aparente claridad que, a simple vista, muestra la tajante separación entre conducta peligrosa y estado de peligro posterior ya que, efectivamente, si se afirma que una determinada conducta es peligrosa, tal aseveración necesariamente deberá implicar una referencia a los objetos que, en su caso, pudieran verse afectados por dicha acción, con lo cual los citados objetos y las circunstancias en las que se encuentran, sirven al mismo tiempo para determinar la peligrosidad de la acción y la situación de peligro posterior, de modo que ambos elementos tienden a unificarse. Es necesario, pues, aclarar esta cuestión.

3. Toma de posición

Para dar respuesta a la problemática en examen es preciso preguntarse, ante todo, sobre los fines del Derecho Penal y los medios a través de los cuales deben alcanzarse los mismos. Al respecto, soy de la opinión de que el objetivo prioritario de esta rama del ordenamiento jurídico no es la protección de los bienes jurídicos, pues los mismos son diariamente lesionados por causas diversas al comportamiento humano, y por tanto, el que tales bienes queden incólumes no puede erigirse en finalidad primordial del Derecho Penal, pues cuando el mismo tuviera que intervenir llegaría demasiado tarde. Ello se confirma por el hecho de que la inmunidad de los bienes es perseguida por otros sectores del ordenamiento jurídico, como el civil o el administrativo, los cuales disponen de instrumentos normativos a través de los que se sancionan las lesiones a tales bienes, por lo que si la esencia del ordenamiento punitivo residiera en dicha protección, no podría diferenciarse de aquellas otras ramas.

En consecuencia, el Derecho Penal no puede pretender, como fin primordial, impedir la lesión de los bienes jurídicos sino únicamente determinadas formas de actuación a través de las cuales la integridad de tales bienes no puede ser racionalmente asegurada, es decir, aquellas conductas humanas que, de forma consciente, desprecian los derechos más importantes de la persona humana o bien las condiciones esenciales de la organización social⁽²¹⁾. De esta forma y en palabras de WELZEL, el Derecho Penal sanciona el “desvalor de

(20) KORIATH, *GA 2/2001, op. cit.*, p. 60.

(21) En parecidos términos, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea, op. cit.*, pp. 260-261, afirma que las conductas merecedoras de atención por parte del Derecho Penal son aquellas que, teniendo una mínima relevancia social, suponen un ataque especialmente grave a un bien jurídico que merece especial protección penal.

acto” (22), o según la expresión de JAKOBS y desde otro enfoque, aquellos comportamientos humanos mediante los que el sujeto deja clara su intención de no respetar la valoración positiva contenida en la norma (23) aun cuando, ciertamente, todo ello redunde en una protección de los bienes jurídicos que se convierten así en el sustrato material de las conminaciones contenidas en las normas penales, constituyendo el referente material para la determinación de las formas de ataque a los mismos que deben ser proscritas.

Y la citada prohibición de ataque abarca, no sólo la conducta dolosa sino, asimismo, la imprudente (24), ya que el tipo subjetivo de la imprudencia consiste en un efectivo conocimiento de que se actúa en unas circunstancias fáctico-objetivas de las que surge un riesgo no permitido para el bien jurídico (25), y en consecuencia, quien actúa imprudentemente está negando de forma consciente la incolumidad de los bienes jurídicos. Este enfoque permite concebir al Derecho Penal con sustantividad propia frente a otras ramas del ordenamiento jurídico, pues su objeto no es la protección de los bienes jurídicos respecto a cualquier tipo de agresión sino sólo respecto a determinadas formas de ataque especialmente graves (26), quedando reservadas para el derecho civil o el administrativo las actuaciones lesivas en las que el sujeto no desafía groseramente los derechos fundamentales de la persona o las condiciones elementales de la organización social.

Una vez vistos los fines del Derecho Penal, es preciso determinar la forma en que se aspira a su consecución, y en este sentido me adscribo a la opinión de

(22) *Derecho Penal Alemán*, *op. cit.*, p. 2.

(23) *Derecho Penal, Parte General*, *op. cit.*, pp. 45-46.

(24) VON HIRSCH, “Der Rechtsgutsbegriff und das «Harm Principle»”, en *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, p. 15, citando a FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law, 1980*, pone de relieve que una conducta, para ser penalmente relevante, no basta con que sea dañosa sino además “completamente errónea”, es decir, que se haya cometido dolosa o (en determinados casos) imprudentemente, con lo cual se protege igualmente la libertad del propio actuante en tanto sólo podrá ser castigado por las consecuencias lesivas de su conducta, cuando las hubiera podido evitar.

(25) STRUENSEE, “El tipo subjetivo del delito imprudente” (traducido por Joaquín Cuello Contreras), *ADPCP*, 1987, pp. 423 y ss.; “Atribución objetiva e imprudencia” (traducido por José Luis Serrano González de Murillo), *CPC*, 1991, pp. 449 y ss.

(26) VON HIRSCH, “Die Rechtsgutbegriff”, *op. cit.*, p. 20: “Los bienes jurídicos no son protegidos por regla general contra todas, sino sólo contra determinadas formas de acciones, que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico”.

HORN ⁽²⁷⁾ quien, a su vez, hace suya la propuesta de Armin KAUFMANN ⁽²⁸⁾, según la cual es preciso distinguir un triple nivel: en el primer peldaño, el legislador efectúa una valoración positiva sobre bienes jurídicos concretos, como la vida, la integridad física o el patrimonio, para a continuación, y ya en el segundo nivel, desvalorar aquellos procesos que puedan menoscabar los objetos antes mencionados. Finalmente, y en el tercer peldaño, se encontraría la conducta humana que conscientemente pone en marcha los procesos lesivos del segundo nivel.

Las normas jurídicas sólo pueden dirigirse con eficacia a este último elemento, pues únicamente la persona humana con capacidad de planear y gobernar su conducta está en condiciones de recibir el mensaje normativo ⁽²⁹⁾, de modo que el poder motivador de la norma termina allí donde la persona ha hecho todo lo que consideraba necesario para alcanzar la meta anhelada ⁽³⁰⁾, y de ello se deriva que al ilícito penal resulta ajeno todo aquello que vaya más allá de la decisión de voluntad del actuante, como el resultado externo o el movimiento corporal exitoso, ya que éstos no pueden ser asegurados por el autor en el momento de decidirse a infringir la norma ⁽³¹⁾.

De acuerdo con lo expuesto, ciertas acciones humanas se prohíben porque van referidas a los sucesos del segundo nivel y, por tanto, son acciones finales vinculadas a la lesión de los bienes jurídicos positivamente valorados en el primer nivel ⁽³²⁾. Conforme a lo dicho, en todo delito concurren, al menos, dos

(27) *Konkrete*, *op. cit.*, pp. 66-67.

(28) *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, pp. 69 y ss.

(29) ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 182-184, destaca que la perspectiva *ex ante* resulta congruente con los fines preventivos del Derecho Penal, en base a los cuales es preciso que la amenaza penal se produzca en un momento anterior a la realización de la acción, pues sólo de esta forma el sujeto está en condiciones de advertir las consecuencias lesivas de su actuación y orientar su conducta.

(30) *Konkrete*, *op. cit.*, pp. 70-71.

(31) SANCINETTI, *¿Fundamentación objetiva del ilícito en Jakobs?*, 1993, p. 17.

(32) HORN, *Konkrete*, *op. cit.*, pp. 72-73. El esquema propuesto evidencia, cómo el carácter imperativo de la norma penal no margina el aspecto valorativo, pues precisamente la prohibición de acciones finales se justifica en la valoración positiva de los bienes jurídicos que pueden ser lesionados por aquéllas. En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, 2001, p. 96, declara que “para las tesis imperativistas, pues, la referencia al valor también es fundamental, sólo que el momento valorativo en el que se decide qué es lo que hay que proteger, se sitúa en el estadio legislativo previo, cuando todavía no existe ley penal. Será más tarde cuando surja efectivamente el carácter protector de la norma jurídica al arbitrarse los medios de coacción que se aplicarán en supuestos de incumplimiento”. Sobre ello, *cfr.* MAQUEDA ABREU, *AP 26/27*, 1994, p. 487.

elementos: la *acción final*, entendida como conducta humana que se realiza conscientemente, y el *estado fáctico* que se deriva de dicha conducta. En los delitos de peligro y en la tentativa concurren ambos elementos, mientras que en los delitos de resultado está presente, además, la *modificación externa dañosa* que se deriva del estado fáctico generado por la acción.

Según el planteamiento expuesto, en los delitos que nos ocupan el adjetivo “peligrosidad” únicamente resulta aplicable al estado de hecho derivado de la conducta, pues respecto de ésta el atributo que la define es la “finalidad”, en el sentido de que debe ir dirigida, conscientemente, hacia la provocación del mencionado estado fáctico a partir del cual se puede derivar un resultado lesivo para determinados objetos.

Por tanto, el juicio de peligro deberá efectuarse sobre el estado de hecho resultante de la acción final y querido por ella. Ahora bien, partiendo de que el peligro no puede considerarse como algo ontológicamente existente, sino sólo como un enjuiciamiento cognitivo realizado sobre circunstancias reales, y referido a la posible producción futura de un daño⁽³³⁾, dicho juicio se puede efectuar desde diversas situaciones de espacio y tiempo, incluyendo más o menos elementos fácticos en las bases del mismo. De esta forma, la diferencia entre el juicio de peligro *ex ante* y *ex post*, radica en que en el primero se toman en consideración menos elementos para las bases del pronóstico ya que sólo se comprenden las circunstancias conocidas por el sujeto en el momento de emprender la acción, pero no todas las que realmente concurrían⁽³⁴⁾. O, dicho con otras palabras y de acuerdo con la posición que se mantiene, el juicio *ex ante* es el que corresponde al estado fáctico querido por el autor y con arreglo a las circunstancias existentes en el momento de actuar y conocidas por él. En cambio, el juicio *ex post*, es el que se realiza sobre el citado estado fáctico pero una vez que ha concluido totalmente la actuación del sujeto y abarcando todas las circunstancias concurrentes, incluidas las que en el momento de actuar eran desconocidas para el agente.

En consecuencia, en lugar de emplear el término peligrosidad para referirse a la potencialidad lesiva de una acción, y el de peligro para aludir a la situación de hecho surgida con posterioridad, es preferible hablar en todos los casos de juicio de peligro sobre el estado de hecho resultante de la acción, que variará en función del momento en el que se verifique y, por consiguiente, de las circunstancias fácticas que se tengan en cuenta. Así, por ejemplo, en el supuesto de un

(33) De esta afirmación se deriva, que el peligro es plenamente mensurable y graduable, tanto numérica como estadísticamente, oscilando entre “una posibilidad lejana hasta la seguridad casi absoluta, pasando por probabilidades más o menos elevadas”, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 398-399.

(34) ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 208-210.

conductor que realiza un adelantamiento a la entrada de una curva sin visibilidad, el estado fáctico derivado de la acción —presencia del coche en el carril contrario en la citada zona de carretera—, enjuiciado desde una perspectiva *ex ante* y a partir de las circunstancias en ese momento conocidas, entre las que se debe incluir la incertidumbre sobre la presencia de vehículos en dirección contraria, arrojará una conclusión de peligro evidente, mientras que si, realmente, en ese momento no circulaba en dirección opuesta conductor alguno, un enjuiciamiento sobre el peligro *ex post* arrojará una conclusión negativa.

De la tesis asumida se deriva, como consecuencia necesaria, que en todos los delitos de peligro —abstracto y concreto— concurre un “resultado”, posterior a la acción y perfectamente dissociado de ella, consistente en el estado fáctico que genera la conducta final. Si hemos dicho que el peligro no es una realidad ontológicamente existente, sino un mero juicio de probabilidad, el peligro abstracto participará del carácter de resultado en la misma medida que el peligro concreto, pues lo único que les diferencia es la intensidad de la amenaza que representan para los objetos individuales⁽³⁵⁾.

En base a ello, tanto en los delitos de peligro abstracto como en los de peligro concreto, concurre un sustrato fáctico causalmente vinculado a la acción y del que se deriva —al menos, *ex ante*— un riesgo para ciertos bienes, por lo que la disociación espacio-temporal entre acción y resultado es también posible en los delitos de peligro abstracto siendo, en consecuencia, posible, que la acción final descrita en ellos no genere, en el caso particular y por las circunstancias que sean, un estado fáctico de peligro real, en cuyo caso deberá negarse la presencia del delito de peligro abstracto⁽³⁶⁾. Así, por ejemplo, quien se apodera de material radiactivo pero tomando las oportunas precauciones de manera que el mismo resulta incapaz de producir efectos nocivos, no realiza el tipo descrito en el art. 345 del Código Penal. De esta forma, el peligro abstracto no es un simple motivo del legislador sino, además, un elemento material del tipo aunque no descrito en él⁽³⁷⁾.

En lo que respecta a la clasificación tripartita antes mencionada —peligrosidad abstracta, peligrosidad concreta y peligro concreto—, de acuerdo con el planteamiento esbozado según el cual en todo delito de peligro debe concurrir, necesariamente, un sustrato fáctico distinto de la acción susceptible de dañar bienes, es evidente que no existe diferencia material entre la peligrosidad abs-

(35) HEINRICH, “Der Erfolgsort beim abstrakter Gefährungsdelikt”, *GA*, 1999, p. 78.

(36) HEINRICH, *GA*, 1999, *op. cit.*, p. 79.

(37) HEINRICH, *GA*, 1999, *op. cit.*, p. 80.

tracta y concreta, pues en ambas se debe generar un estado de hecho con potencialidad lesiva, aun cuando no existan objetos lo suficientemente próximos como para que resulten seriamente amenazados, residiendo la única particularidad en que, en la peligrosidad concreta, el tipo establece de forma expresa la necesidad de que, en el caso individual, la acción resulte adecuada para lesionar algún bien, a diferencia de lo que sucede con la peligrosidad abstracta, donde el tipo omite tal referencia. No obstante, se trata de un matiz puramente semántico y redundante, pues también en los delitos de peligrosidad abstracta es imprescindible que el estado fáctico generado conlleve un riesgo. En cuanto a los delitos de peligro concreto, se caracterizan porque en el estado de hecho generado existen objetos muy próximos cuya indemnidad no puede ser racionalmente asegurada.

Queda de esta forma, pues, claramente delimitada la vertiente objetiva del peligro. Sin embargo, para alcanzar una visión completa de esta modalidad delictiva, se hace necesario abordar otra importante cuestión, relativa a su configuración subjetiva, y muy especialmente, a los problemas que se plantean en relación con los límites entre el delito de peligro y la tentativa del delito de lesión. A tal fin, dedicamos las consideraciones que siguen.

II. LA VERTIENTE SUBJETIVA DEL PELIGRO

1. Planteamiento

La problemática que se pretende exponer se refiere a la caracterización subjetiva de los delitos de peligro, y más en concreto, a qué referencia de tal índole debe existir entre el sujeto actuante y los objetos que, en su caso, pueden verse afectados por su actuación lo que nos lleva, inevitablemente, a la necesidad de distinguir entre el dolo de peligro y el dolo de lesión. Pero con carácter previo a ello, se hace preciso determinar si la tipificación de conductas peligrosas sirve, en todos los casos, a la preservación de concretos bienes individuales o, en cambio, se tiende a proteger a la colectividad en general, pues si se admite esta última opción, sería claramente distinguible un dolo de peligro, que sería propio de aquellas actuaciones que conllevan un riesgo genérico, no concretable —al menos, *ex ante*— para un bien determinado, y un dolo de lesión, que estaría presente cuando, en el momento de actuar, se ponga de manifiesto una situación de peligro real y no dominable para un objeto individualizado. Distintamente, si se mantiene que la tipificación de los delitos de riesgo sirve, en todos los casos, a la evitación de lesiones a bienes concretos, resulta mucho más problemática tal distinción, por cuanto en todo delito de peligro tendría que establecerse una vinculación subjetiva entre el actuante y el bien amenazado, exigencia que igualmente concurre en la tentativa dolosa de lesión.

2. Peligro y bienes individuales

A favor de considerar que los delitos de peligro no van referidos, directamente, a un objeto concreto, destaca la opinión de KINDHÄUSER, quien comienza su argumentación afirmando que, si bien el fin que guía la prohibición de un delito de peligro abstracto no puede desvincularse completamente de los objetivos que persiguen otros tipos —peligro concreto y lesión—, sin embargo tales fines no son idénticos y por ello es posible establecer un tipo intermedio cuya vulneración muestra un contenido disvalioso autónomo, constituyendo un daño que legitima, por sí mismo, la conminación punitiva⁽³⁸⁾. Conforme a ello, las normas de los delitos de peligro abstracto se conciben como prohibiciones de perjudicar condiciones de seguridad heterónomas con motivo de la disposición descuidada de bienes⁽³⁹⁾, y se trata de un peligro abstracto porque no se refiere a la concreta y accidental incapacidad de protección de una condición con relevancia lesiva, “sino al perjuicio de una típica y más o menos compleja concepción de protección, cuya eficacia tiene una decisiva importancia en la disposición racional sobre bienes”⁽⁴⁰⁾. En este contexto, el concepto de seguridad es definido como “la certeza sobre la ausencia de peligros futuros en el sentido de una convicción suficiente por una disposición racional del bien a partir de la ausencia de condiciones relevantes para el daño y la ausencia de preocupación basada en esta certeza. Seguridad es con otras palabras la expectativa objetivamente fundamentada para un sujeto racional, de poder establecer bienes no peligrosos en la realización de determinados fines. O más breve: seguridad es ausencia de preocupación en la disposición sobre bienes”⁽⁴¹⁾.

Pues bien, mediante la conducta peligrosa el agente elimina la expectativa sobre la disposición no peligrosa de bienes, y por ello, si bien a través de una acción abstractamente peligrosa se lesiona la seguridad normativamente garan-

(38) *Gefährdung*, *op. cit.*, p. 227.

(39) *Derecho Penal de la culpabilidad*, *op. cit.*, p. 80.

(40) *Gefährdung*, *op. cit.*, p. 280; *Derecho Penal de la culpabilidad*, *op. cit.*, pp. 81-82, donde pone de manifiesto que el peligro abstracto no afecta al bien jurídico en sí mismo, en su forma o sustancia, sino a la seguridad con la que el titular puede disponer de él, ya que sin tal seguridad el valor del bien puede quedar disminuido o, incluso, llegar a la completa inutilidad.

(41) *Gefährdung*, *op. cit.*, p. 282.

tizada, no constituye una forma de ataque a los bienes jurídicos ⁽⁴²⁾, como lo demostraría el supuesto del adelantamiento en una curva sin visibilidad, donde únicamente se podría causar un accidente con resultado lesivo cuando viniese otro coche en sentido contrario, pero cuando dicha circunstancia esté ausente “no se puede decir que el adelantamiento haya tenido relevancia lesiva, independientemente de que el hecho del adelantamiento pertenezca a una clase de conductas que estadísticamente muestran consecuencias lesivas. La conducta no llega a tener relevancia debido a que al autor se le puede reprochar que él ha generado un riesgo y actuado de forma especialmente “irresponsable”. Semerjantes reflexiones pueden tener importancia bajo el aspecto de seguridad referido al sujeto; deducciones sobre un posible perjuicio de la integridad del bien no se permiten frente a ello de ninguna manera” ⁽⁴³⁾. Por consiguiente, en este caso no se le reprocha al conductor que la acción ejecutada posee relevancia lesiva, sino simplemente que ha colocado una condición —adelantamiento en curva— sobre cuya ausencia tiene que poder confiar un participante racional en el tráfico, y la circunstancia de que, en ese caso concreto, la conducta no haya sido peligrosa, es una simple casualidad y las casualidades no constituyen un fundamento sobre el que se pueda apoyar la disposición racional de los bienes ⁽⁴⁴⁾.

De acuerdo con esta concepción, en el caso del incendio en una casa habitada —parágrafo 306,2 StGB—, lo que se pretende con su tipificación es que el morador no tenga que preocuparse de ser afectado por un incendio, por lo que su ausencia en el momento del incendio no afecta al carácter típico de la conducta, ya que ello es algo meramente casual e irrelevante ⁽⁴⁵⁾. Del mismo modo, en la conducción de un vehículo de motor bajo los efectos de las bebidas alcohólicas, el sujeto “lesiona una cualidad a través de la cual es definida la seguridad del tráfico. Si los participantes en el tráfico no pudieran confiar recíprocamente en que ellos no han desplazado su respectiva capacidad para la segura conducción de su vehículo, no sería posible una participación en el tráfico viario sobre la base de una disposición racional de bienes. Por eso la prohibi-

⁽⁴²⁾ *Derecho Penal de la culpabilidad, op. cit.*, p. 84, define el peligro abstracto “como menoscabo de las condiciones en la disposición descuidada de los bienes. El peligro es abstracto, porque no se trata de la desprotección actual del bien, sino de intervenciones en las disposiciones garantizadas legalmente para su desarrollo seguro. El peligro abstracto es perjudicial porque un bien sobre el cual no se puede disponer tranquilamente no es utilizable completa y racionalmente”.

⁽⁴³⁾ *Gefährdung, op. cit.*, p. 290.

⁽⁴⁴⁾ *Gefährdung, op. cit.*, pp. 292-293.

⁽⁴⁵⁾ *Gefährdung, op. cit.*, pp. 296-297; KORIATH, *GA 2/2001, op. cit.*, p. 70.

ción de embriaguez en el tráfico viario según el parágrafo 316 es una norma de peligro abstracto” (46).

La argumentación expuesta no parece defendible, pues si, como se indicó anteriormente, el Derecho Penal dirige sus conminaciones frente a determinadas formas de ataque especialmente graves a los bienes jurídicos, para que la conducta tenga relevancia penal es necesario que muestre una real capacidad lesiva respecto a objetos determinados, aun cuando éstos no se encuentren, en una perspectiva *ex ante*, concretados. Es por ello, que todas las conductas peligrosas pertenecientes a la esfera penal deben ir referidas a bienes concretos sin que pueda admitirse, como hace el autor antes mencionado, que la seguridad, por sí sola, merezca protección penal (47), ya que el hecho de que una determinada conducta genere inseguridad, no implica sólo por eso que constituya una forma de ataque especialmente grave, lo que sólo ocurrirá cuando la misma genere un estado fáctico a partir del cual surja un riesgo intolerable de lesión.

De ello se deriva, como consecuencia inmediata, que no puede admitirse la existencia de bienes jurídicos colectivos, tales como la salud pública, la seguridad del tráfico o el medio ambiente, totalmente desvinculados de los individuales (48), sino que aquéllos sirven, en todo caso, a la protección anticipada de estos últimos (49). Por consiguiente, la seguridad colectiva, en sí misma conside-

(46) *Gefährdung, op. cit.*, pp. 312-313. En el mismo sentido, FIORE, *Diritto Penale, op. cit.*, p. 184, refiriéndose al tráfico viario afirma que la exigencia de que todos los conductores posean el correspondiente permiso, es un presupuesto mínimo para la seguridad del tráfico y, por tanto, la necesidad de demostrar que, en cada caso particular, el conductor carente de permiso ha creado un peligro concreto, frustraría los fines de tutela. Del mismo modo y en referencia a las conductas de contaminación, requerir la verificación de que se ha puesto en peligro el medio ambiente constituye un objetivo de difícil realización, aparte de que los daños en tales casos se producen por efecto acumulativo, es decir, a través de numerosas conductas lesivas.

(47) En este sentido, MENDOZA BUERGO, *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, 2001, pp. 174-175, considera que la protección penal de la seguridad no puede derivarse, sin más, de las condiciones de la vida humana, ello aparte de que el menoscabo de la seguridad para los bienes jurídicos no implica todavía su lesión.

(48) FIORE, *Diritto Penale, op. cit.*, p. 181, llama la atención acerca de que caracterizar como delitos de peligro todos aquellos supuestos en los que el objeto de la agresión es un bien de naturaleza “ideal”, carente de un sustrato material, como por ejemplo el “orden público”, lleva a la creación de puros delitos formales en los que se omite toda comprobación sobre el carácter agresivo del hecho en relación al bien protegido por la norma, produciendo una desmesurada ampliación de este tipo de delitos.

(49) HASSEMER, “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno” (traducido por Elena Larrauri), *ADPCP 1992*, p. 248, considera que el Derecho Penal no debe renunciar a los bienes jurídicos colectivos, si bien éstos deben ser descritos de forma precisa y funcionalizados en atención a los de carácter individual.

rada y sin referencia a los bienes jurídicos de los que son portadores los individuos, es un concepto vacío de contenido, pues para la constatación de que una conducta ha lesionado la seguridad colectiva es imprescindible, previamente, determinar el peligro que conlleva para bienes jurídicos individuales, como la vida o la integridad personal, aun cuando éstos no se encuentren concretados en el momento de actuar, por lo que no se puede comprender cabalmente el bien colectivo sin acudir al individual⁽⁵⁰⁾. En consecuencia, la salud pública o la seguridad del tráfico, por ejemplo, no serían bienes jurídicos autónomos sino bienes instrumentales para la protección de la vida o integridad de las personas individuales⁽⁵¹⁾, de manera que los delitos de peligro responden a la naturaleza complementaria de los bienes jurídicos colectivos y, por lo general, ceden cuando el peligro se transforma en lesión⁽⁵²⁾.

3. Dolo de peligro y de lesión

Asumido, pues, que el delito de peligro debe mostrar una referencia a objetos individuales se plantea el problema, aludido anteriormente, de deslindar la citada modalidad delictiva del correspondiente delito de lesión, al existir

(50) HERNÁNDEZ PLASENCIA, “Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?”, *ADPCP*, 1994, *op. cit.*, p. 114, nota 7. En una posición más abierta, HORN, *Konkrete*, *op. cit.*, pp. 91-92, admitiendo en general la existencia de bienes jurídicos colectivos, niega que la seguridad del tráfico sea uno de ellos, por entender que el afectado por tales conductas es únicamente el individuo y “no una colectividad amorfa”, por lo que tales tipos protegen la vida, la integridad y los bienes de las personas individuales. También HIRSCH, “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico” (traducido por Daniel R. Pastor), pp. 382-383, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, 2001, pone de relieve que la seguridad del tráfico no es un bien jurídico autónomo, ya que el objeto de protección no es la seguridad en sí misma sino los participantes en el tránsito rodado, es decir, su vida, integridad física y propiedad, por lo que tales delitos son de peligro abstracto respecto a esos bienes individuales, y el que los citados ilícitos penales consistan en acciones contra la generalidad, no implica una traslación del objeto de protección, sino sólo que, a diferencia de lo que ocurre con los delitos de lesión, aquéllos no se refieren a un bien concreto e individualizado, sino a un número indeterminado de objetos. De otra opinión, LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikte im Verkehrsstrafrecht*, 1967, p. 13, afirmando que los delitos relativos al tráfico viario son tipos protectores de la colectividad, mientras que la protección individual es un mero efecto concomitante.

(51) PORTILLA CONTRERAS, “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, *CPC*, 1989 (39), pp. 746-747, en relación con la seguridad de los trabajadores, el medio ambiente o los fraudes alimentarios, requiere un peligro concreto para el individuo.

(52) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *ADPCP*, 1994, *op. cit.*, p. 121.

puntos de contacto entre la conducta peligrosa y la tentativa de lesión. Así, por ejemplo, el abandono de un menor de edad o incapaz, con riesgo para su vida, puede ser configurado, bien como un delito de peligro concreto previsto en el art. 229.3 del Código Penal, pero también como una tentativa de homicidio, del mismo modo que el incendio de una vivienda que produce un peligro concreto para la vida de sus moradores, puede ser calificado como un delito contra la seguridad colectiva del art. 351 del Código Penal, pero asimismo como tentativa de homicidio respecto de las personas afectadas. En este sentido, en la regulación del delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista, previsto en el art. 576.2 del Código Penal, el legislador establece una expresa equiparación entre el peligro y la tentativa de lesión, pues en el último párrafo del citado precepto dispone una agravación de la pena sobre el tipo básico, cuando las conductas de colaboración consistentes en información o vigilancia sobre personas, generen un peligro concreto para su vida, integridad física, libertad o patrimonio, estableciendo a continuación que, en caso de que el citado riesgo se materialice en lesión, se castigará “como coautoría o complicidad, según los casos”.

Conforme a esta línea, un sector doctrinal ha llegado a identificar el peligro con la tentativa de lesión, poniendo de manifiesto que el peligro abstracto presenta una equivalencia con la tentativa inidónea, al suponer la misma igualmente un ataque al bien jurídico, pues la incolumidad de éste puede ser puesta en peligro siempre que el hombre procure su lesión, y aun cuando en un primer intento no haya tenido éxito, en una segunda ocasión puede alcanzar el resultado pretendido⁽⁵³⁾. Por tanto, la prohibición de la tentativa inidónea se basaría en la peligrosidad abstracta, toda vez que el autor ha dirigido su voluntad final hacia la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico⁽⁵⁴⁾.

Ante esta situación, se presenta sumamente problemática la distinción entre dolo de peligro y dolo de lesión, pues si se establece una identificación objetiva entre el peligro y la tentativa, se produce una unificación entre ambas formas de dolo, y por tanto, el dolo de peligro conllevará, necesariamente, un dolo de lesión. En el caso antes mencionado, de colaboración con banda armada o grupo terrorista, quien informe a los integrantes de tales organizaciones sobre determinada persona creando con ello un peligro concreto para su vida, actuará, no sólo con dolo sobre la situación de peligro sino, asimismo, sobre la posible lesión a la vida de la persona afectada.

(53) CRAMER, *Der Vollrauschatbestand als abstrakter Gefährungsdelikt*, 1962, p. 63.

(54) CRAMER, *Der Vollrauschatbestand*, op. cit., p. 64; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 276 y ss.

Respecto de ello, un importante sector doctrinal ha puesto de manifiesto la coincidencia entre ambas formas de dolo⁽⁵⁵⁾. En esta línea, HORN pone de manifiesto la existencia de supuestos en los que el sujeto puede crear de forma intencional una situación de peligro pero no proponerse, en cambio, la producción de una lesión posterior, como se evidencia en el ejemplo del conductor que, con la única finalidad de asustar a unos viandantes, dirige su vehículo hacia ellos para esquivarlos en el último momento, en cuyo caso el posible atropello derivado de tal acción no habría sido buscado de propósito por el temerario conductor, pero sí previsto como posible. Ahora bien, este autor considera que los verbos “querer” (*wollen*) y “proponerse” (*bezwecken*) no son coincidentes, puesto que se puede querer una lesión sin habérsela propuesto, lo que sucede cuando el sujeto “cuenta” con la posibilidad de lesión, y por tanto, hay que preguntarse si el dolo de peligro estará presente cuando el autor cuenta con la producción del resultado, o en cambio, es posible la concurrencia de tal modalidad de dolo cuando el sujeto, aun contando con la producción del resultado, sin embargo se atribuya una influencia sobre el estado de peligro para que no culmine en lesión, en cuyo caso sería compatible el dolo de peligro con la imprudencia de lesión⁽⁵⁶⁾.

Pues bien, según el citado autor “dolo” significa conocimiento, comprensión profana de las características del tipo objetivo, lo que implica que el autor obrará con dolo de peligro sólo cuando considere que la producción de la lesión es independiente de su querer, y ello sería totalmente coincidente con el dolo de lesión. Dice, al respecto, que si el sujeto actuante considera que puede evitar que la lesión se produzca y actúa con ese fin, no habrá dolo de lesión pero tampoco de peligro, ya que éste supone un descontrol sobre el suceso⁽⁵⁷⁾. En el ejemplo antes propuesto, si el conductor dirige su vehículo hacia unos viandantes con la sola intención de asustarlos y está convencido de que conserva el control del coche para evitar su atropello, entonces la acción, según la represen-

(55) Vid. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 97 y ss., 197 y 482, entiende que el dolo se proyecta, no sobre los elementos del tipo objetivo, sino sobre la conducta típica, por lo que en el caso del homicidio, objeto del dolo no sería la muerte de una persona sino ya la conducta que conlleva un riesgo no permitido de muerte, y para la concurrencia del dolo no sería necesaria la presencia de elemento volitivo alguno, sino únicamente el conocimiento de que se crea un riesgo no permitido. No obstante, reconoce asimismo que no toda representación de un riesgo desaprobado fundamenta dolo, siendo posible que, a pesar de tal representación, el sujeto obre imprudentemente, cuando ha confiado en un desenlace no lesivo. Defiendo también el dolo desde una perspectiva estrictamente cognitiva y proyectado sobre el peligro de lesión, LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 1999, pp. 242 y ss.

(56) *Konkrete*, op. cit., p. 207.

(57) *Konkrete*, op. cit., pp. 208-209.

tación del autor, no es “seria” aun cuando externamente lo parezca, y en consecuencia no causa un peligro real sino aparente, es decir, “el autor ni «quiere» lesionar ni poner «realmente» en peligro” (58). De acuerdo con ello, existe una absoluta identificación entre dolo de peligro y dolo de lesión, de manera que siempre que concurra el primero estará presente, también, el segundo, y viceversa (59). No habría, tampoco, diferencias entre acciones de lesión y de peligro, entre prohibiciones de lesión y de peligro, entre injusto de lesión y de peligro, entre culpabilidad de lesión y de peligro, en definitiva, entre delito de lesión y de peligro: la única diferencia entre ambos sería que, en este último, el tipo exige que se produzca un estado de peligro concreto, mientras que en el primero es necesario que se genere una efectiva lesión (60).

Frente a la precedente argumentación, se alzan otras opiniones doctrinales abiertamente favorables a la diferenciación entre el dolo de peligro y el de lesión y, consecuentemente, a la concurrencia, en un mismo supuesto, de dolo respecto a la situación de peligro e imprudencia en relación a la lesión posteriormente producida. Se aduce, en este sentido, que el dolo presenta, además de una vertiente cognitiva, otra volitiva, por lo que las diferencias entre el dolo de peligro y la imprudencia de lesión residirían en función del citado elemento, de manera que cuando el actuante es consciente de que genera una situación de peligro para un bien jurídico pero, al mismo tiempo, no desea que dicho bien resulte lesionado, no concurriría dolo de lesión, pero sí de peligro (61). Por otro lado, se aduce que la diferenciación entre ambas clases de dolo es obligada a partir de la distinción entre tentativa y delito de peligro, pues si bien en ambos casos concurre una actitud dolosa del actuante respecto a la situación de riesgo, en la tentativa el sujeto tiene, además, una voluntad de lesionar el bien jurídico, mientras en el delito de peligro, por lo general, el resultado lesivo es imputable a título de imprudencia (62).

(58) *Konkrete, op. cit.*, p. 209.

(59) De la misma opinión, KINDHÄUSER, *Gefährdung, op. cit.*, p. 215, considera superflua la distinción entre ambas modalidades de dolo, argumentando que cuando el sujeto parte de que, con su conducta, coloca al bien jurídico en una situación en la que no puede ser finalmente protegido de una lesión, debe omitir dicha actuación para evitar la lesión.

(60) *Konkrete, op. cit.*, pp. 209-210.

(61) SCHNEIDER, *Die Verwendbarkeit des Gefährdungsvorsatzes als dritter Schuldform*, 1934, p. 26; KÖNIG, “Verkehrsfeindlicher Inneingriff und Gefährdungsvorsatz”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (en adelante, *NStZ*) 4, 2004, p. 178; JAKOBS, *Derecho Penal, op. cit.*, p. 207; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, 1996, pp. 431-432.

(62) MAQUEDA ABREU, *AP 26/27, 1994, op. cit.*, p. 483; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos, op. cit.*, pp. 67-68.

Para dar respuesta a la problemática planteada, es necesario partir del esquema anteriormente desarrollado, en el que se explicaba el método empleado por el legislador para tipificar determinadas conductas, y no era otro que desvalorar determinados sucesos fácticos puestos en marcha conscientemente por el hombre, a través de los cuales surge un riesgo no permitido de lesionar objetos concretos. Por tanto, es en el plano objetivo donde, inicialmente, tiene lugar el proceso de valoración negativa efectuado por el legislador, el cual, partiendo de las múltiples situaciones de las que se pueden derivar lesiones para bienes concretos, establece cuáles de tales constelaciones debe prohibir, utilizando para ello las leyes de la experiencia y de la causalidad⁽⁶³⁾, y realizando un juicio de peligro que, al ser objetivo, le compete a él solo y al juzgador, nunca al sujeto actuante⁽⁶⁴⁾. Así pues, en la valoración de los sucesos que se desean proscribir son tenidas en cuenta, exclusivamente, circunstancias de carácter objetivo y sobre la base de la probabilidad, también objetiva, de que se produzca un resultado lesivo, por lo que es en función de la mayor o menor probabilidad lesiva por lo que ciertos sucesos externos obtienen una valoración negativa⁽⁶⁵⁾.

De esta forma, el legislador desvalora todos aquellos procesos causales de los que se puede derivar un riesgo no permitido de lesión: efectuar un adelantamiento en las proximidades de una curva sin visibilidad, manejar un arma de fuego cargada en un lugar donde se encuentran varias personas o encender fuego en un paraje seco y en día ventoso. Ahora bien, como también se dijo en su momento, el mensaje normativo que tiende a evitar que tales sucesos se produzcan se dirige hacia la persona, en el sentido de prohibirle que realice conductas que pongan en marcha, de forma deliberada, los citados procesos causales —o, en el caso de la omisión, le obliga a realizar conductas que impidan el nacimiento o continuación de tales sucesos—, es decir, lo que denominá- bamos “acción final”, definida como aquella conducta humana que se realiza

(63) STRUENSEE, *ADPCP*, 1987, *op. cit.*, p. 436; CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia*, 1990, p. 184; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, 1991, p. 208.

(64) SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría, op. cit.*, pp. 191 y 198; SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, p. 31, considera que la conducta ilícita, como manifestación de una voluntad contraria a derecho, tiene que encontrarse descrita en una norma como “conducta prohibida”, siendo dicha norma de carácter estrictamente objetivo, independiente de la voluntad del sujeto y establecida por el Estado, único competente para determinar el ámbito de lo prohibido.

(65) SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría, op. cit.*, pp. 193-194: “El juzgador, contando con los conocimientos que proporciona la experiencia sobre desarrollo de procesos causales con dosis de peligro, ha de establecer un patrón normativo, por el que puedan regirse los particulares en un ámbito de actividad más o menos amplio, y sobre la base de dichos conocimientos, establecer pronósticos de riesgo”.

con un efectivo conocimiento de que se va a dar lugar a un suceso, con potencialidad lesiva y negativamente desvalorado por el legislador.

Y es aquí donde entra en escena el aspecto subjetivo del injusto, entendido como conocimiento de que la acción emprendida va a terminar en uno de los procesos de riesgo normativamente prohibidos, lo que significa que para que una conducta tenga relevancia penal, al menos, a título de imprudencia, es preciso que el sujeto conozca un cierto número de circunstancias que componen el suceso fáctico desvalorado, de manera que si el actuante sufre un error sobre los factores objetivos tenidos en cuenta por el legislador a la hora de desvalorar un determinado proceso causal, no podrá ser hecho penalmente responsable. Es por ello, que en la valoración negativa de los procesos causales se emplean criterios exclusivamente objetivos, basados en la probabilidad lesiva de tales acontecimientos, mientras que en lo concerniente a la tipificación de conductas finales, se juega con parámetros subjetivos, pues en este ámbito interesa determinar qué segmento del proceso causal objetivo debe conocer el sujeto para hacerse merecedor de responsabilidad penal⁽⁶⁶⁾. Por tanto, el suceso objetivo acaecido en el mundo exterior constituye la referencia del tipo subjetivo, de manera que el sujeto actuará con dolo si se representa las circunstancias integrantes del tipo objetivo de una ley penal y, a pesar de ello, actúa, con lo cual se hace acreedor de, al menos, la pena de la tentativa⁽⁶⁷⁾.

De lo anterior se deriva, como ya se indicó antes, que también en la imprudencia debe concurrir, necesariamente, un efectivo conocimiento “de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable”⁽⁶⁸⁾, y por ello, la conducta imprudente es asimismo final, puesto que se dirige intencionalmente a la creación de un estado fáctico peligroso⁽⁶⁹⁾. La falta absoluta de

(66) SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría, op. cit.*, p. 197: “Si bien en el tipo subjetivo se tienen en cuenta los conocimientos del autor, para construir el tipo objetivo se adopta una medida normativa: el marco mínimo de factores de riesgo (ocasionantes del resultado) que ha de conocer el sujeto se determina de un modo objetivo. A un cierto grado de conocimiento sobre la situación arriesgada en que se actuó, el ordenamiento vincula un pronóstico de riesgo intolerable (cumplimiento del tipo imprudente)”.

(67) SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal* (Universidad Externado de Colombia), 1996, p. 115.

(68) STRUENSEE, *ADPCP*, 1987, *op. cit.*, p. 443.

(69) STRUENSEE, *ADPCP*, 1987, *op. cit.*, p. 444: “El fundamento teórico del tipo subjetivo lo proporciona una doctrina del injusto personal consecuentemente desarrollada que resuelve el conglomerado del juicio *ex ante*, haciéndolo innecesario: la finalidad de la acción anticipa ya aquello que —como se ha mostrado— resulta necesario, y —como todavía se mostrará— constituye también objeto suficiente del juicio de valor”.

conocimiento sobre los factores objetivos que van a determinar un estado fáctico peligroso determina la inexistencia de imprudencia⁽⁷⁰⁾, mientras que el conocimiento de un número de circunstancias más amplio, a partir del cual se va a generar un suceso con gran probabilidad de culminar en lesión, supondrá la concurrencia de dolo⁽⁷¹⁾.

Sentado lo que antecede, estamos ya en condiciones de abordar la cuestión relativa a la diferencia entre el dolo de peligro y el de lesión, y para ello partimos de que, según se ha manifestado, el tipo subjetivo supone conocimiento de una serie de circunstancias objetivas de las que surge un riesgo elevado de lesión, es decir, absoluta inseguridad sobre la suerte que puede correr un determinado objeto, dependiendo el título de imputación —dolo o imprudencia— de la intensidad de dicho conocimiento, el cual, por su parte, no condiciona en modo alguno que el suceso aboque hacia la lesión, pues el mismo se valora en el momento de la acción, y no después⁽⁷²⁾.

De ello resulta, con nitidez, que la imputación de un determinado resultado dañoso a título de dolo, requerirá que el sujeto haya actuado con un conocimiento propio de dicha modalidad, es decir, un conocimiento amplio de los factores de riesgo, lo que sucederá cuando el actuante es consciente de que coloca al objeto protegido en una situación de absoluta inseguridad; en cambio, la imputación de un resultado en concepto de imprudencia tendrá lugar cuando el conocimiento del sujeto sea el correspondiente a dicha forma de actuación, es decir, un conocimiento más reducido de las circunstancias fundamentadoras del peligro⁽⁷³⁾. Por tanto, cuando el proceso causal incierto concluye en lesión, el carácter doloso o imprudente de la misma dependerá de la intensidad del cono-

(70) BUSTOS, *El delito culposo*, 1995, pp. 85-86.

(71) SANCINETTI, *¿Fundamentación objetiva, op. cit.*, pp. 239-240: “Cuántas más condiciones consideradas disvaliosas por la norma sean reconocidas por el autor, y a pesar de ello, actúe, más grave será su acción, su posición ante la norma. Esto puede *no* ser así, sólo en el caso de que el conjunto de condiciones restantes, que el autor sí conoce, dé sustento a un juicio de (dis) valor (de una nueva norma flanqueante) de la misma gravedad que el del correspondiente a la norma principal, que no llega a ser infringida por falta de dolo. Para los demás casos, regirá un orden de gravedad prevaleciente del dolo de lesión (norma principal), respecto del dolo de peligro y de la imprudencia (normas flanqueantes). Ciertamente, cuanto más grave sea el síndrome de riesgo relacionado con el tipo objetivo del delito de peligro (descrito típicamente), o en el hecho base de la imprudencia, más cercana deberá ser la reacción penal”.

(72) SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Los delitos de incendio. Técnicas de tipificación del peligro en el nuevo Código Penal*, 1999, p. 46.

(73) SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Los delitos de incendio, op. cit.*, pp. 46-47.

cimiento del autor sobre las circunstancias objetivas concurrentes en el momento de culminar su acción⁽⁷⁴⁾. Si, en cambio, no resulta lesión alguna sino que todo acaba con un estado de hecho concretamente peligroso porque algún objeto ha quedado seriamente amenazado, se sigue el mismo criterio: habrá tentativa dolosa cuando el conocimiento del sujeto, en el momento de terminar su actuación, era tan amplio que la lesión aparecía como muy probable, mientras que deberá ser calificado como delito de peligro si el conocimiento era menor, propio de una conducta imprudente⁽⁷⁵⁾, por lo que el llamado “dolo de peligro” es plenamente coincidente con el tipo subjetivo de la imprudencia, y a través de los delitos de peligro se tipifican imprudencias que no culminan en lesión, ya que las conductas dolosas sin resultado lesivo se encuentran plenamente cubiertas a través de la tentativa de lesión⁽⁷⁶⁾.

De esta forma, todos los delitos de peligro —abstracto y concreto— tipificados en la Parte Especial del Código Penal, son delitos imprudentes sin resultado lesivo, por lo que en todos ellos el sujeto debe actuar con un conocimiento efectivo sobre la concurrencia de ciertos factores objetivos que, en el caso concreto, determinan que su conducta va a generar un estado de hecho a partir del cual surge un peligro no tolerado de lesión, diferenciándose ambas modalidades en que, mientras en el peligro abstracto no hay ningún objeto lo suficientemente cerca del radio de acción para ser amenazado seriamente por ella, y por tanto se trata de riesgos indefinidos que afectan a un número indeterminado de personas⁽⁷⁷⁾, en el peligro concreto sí se produce esa proximidad. Como consecuencia de ello, también en los delitos de peligro abstracto es posible la prueba en contrario de que, en el caso particular, la conducta era absolutamente incapaz

(74) SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Los delitos de incendio, op. cit.*, pp. 47-48.

(75) La STS 2-6-1999 (ED 10559), considera concurrente un delito de conducción temeraria y no una tentativa dolosa de homicidio o lesiones, en el supuesto de quien conduce un coche a gran velocidad por calle peatonal y arrolla un cochecito de una niña, que fue sacada momentos antes por su abuelo, a pesar de que en dicha resolución se reconoce que “hubo un concreto peligro de causar la muerte o lesiones graves a la niña que iba en el cochecito luego atropellado, tan próximo y cierto que muy probablemente se hubiera producido uno y otro resultado si el abuelo que la guardaba no hubiera actuado con tanta diligencia”.

(76) SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Los delitos de incendio, op. cit.*, p. 52.

(77) SSTS 12-12-1974 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, en adelante A. 5184), 18-9-1990 (ED 8357); 19-11-1994 (ED 8851), todas ellas referidas a los delitos contra la salud pública.

de crear un estado de peligro, por lo que en tales casos el peligro no constituye, simplemente, un “motivo” del legislador, sino su fundamento ⁽⁷⁸⁾.

Por consiguiente, en el delito de conducción bajo la influencia de las bebidas alcohólicas, no basta con acreditar que el sujeto ha conducido un coche por las vías públicas afectado por tales sustancias, sino que es preciso demostrar, además, que dicha conducta en ese caso particular y desde una perspectiva *ex ante* era susceptible de generar un peligro no permitido de lesión para la vida o la integridad de las personas ⁽⁷⁹⁾. Lo normal será, efectivamente, que la mera

(78) Considerando, igualmente, los delitos de peligro abstracto como imprudencias sin resultado lesivo, VOLZ, *Untrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte*, 1968, pp. 103 y ss.; BREHM, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikten*, 1973, p. 153; HORN, *Konkrete, op. cit.*, pp. 215 y ss. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2004, de 24 de febrero, dictada en Pleno, salva la constitucionalidad del art. 563 del Código Penal, referido a la tenencia ilícita de armas, considerando que el bien jurídico protegido en el mismo es “la seguridad ciudadana (y, mediatamente, la vida y la integridad física de las personas), ante el peligro que para la misma representa la tenencia incontrolada de armas” (FJ 4.º), concluyendo por ello en que “la intervención penal sólo resultaría justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso” (FJ 7.º). De esta forma se establece que, aun no exigiéndolo el tipo penal de forma expresa, la relevancia penal de la conducta precisará que, en el caso particular, resulte idónea para causar un perjuicio. Frente a ello, los votos particulares formulados a dicha resolución por parte de los Magistrados Guillermo Jiménez Sánchez, Vicente Conde Martín de Hijas, Pablo García Manzano y María Emilia Casas Baamonde, estiman que el silencio del precepto sobre las circunstancias de peligrosidad del arma en concreto determina que las mismas no puedan formar parte del tipo en cuestión, y por tanto, entienden que la interpretación mantenida por la mayoría supone reformular el precepto con arrogación de funciones propias del legislador. También respecto a la tipificación penal de la posesión de armas de fuego, en sentido crítico, *vid.* NESTLER, “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y sustancias estupefacientes” (traducido por Guillermo Benlloch Petit), en *La insostenible situación del Derecho Penal*, 2000, pp. 65 y ss.

(79) STS 14-11-1978 (A. 3651), define el delito de conducción bajo la influencia del alcohol como “delito de peligro abstracto tendente a proteger en concreto la vida, integridad o bienes de las personas”. En relación con el delito contra la salud pública, en su modalidad de venta de géneros corrompidos, la STS 29-11-1976 (A. 5067), subraya la necesidad de tomar en consideración la diversidad de víctimas puestas en peligro que habrían de sufrir lesiones y daños concretos contra la vida y la integridad corporal en su esfera individual, excluyendo así la posibilidad de apreciar delito continuado.

conducción tras el consumo abusivo de alcohol posea tales características ⁽⁸⁰⁾, pero no quedan excluidos supuestos de ausencia de peligro, como, por ejemplo, la conducción bajo la influencia del alcohol, pero a muy baja velocidad, por una carretera secundaria, recta, sin tráfico ni viandantes, y durante un corto trayecto ⁽⁸¹⁾. Del mismo modo, en el delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas, no basta con transmitir tales sustancias o favorecer su difusión, sino que es preciso que, en el caso concreto, la conducta sea susceptible de afectar a una generalidad de personas y causarles perjuicios reales, por lo que quedan fuera del tipo aquellos supuestos en los que la entrega de la droga se hace a una persona determinada, en un recinto cerrado y consumiéndola el receptor en ese momento ⁽⁸²⁾, cuando se transmite para consumirla entre varios drogodependientes ⁽⁸³⁾ o cuando se transmiten cantidades insignificantes ⁽⁸⁴⁾, pues en todos estos casos, la conducta en concreto no es susceptible de causar un daño efectivo.

En consecuencia y conforme a lo indicado, las diferencias entre el tipo subjetivo del delito de peligro y el dolo de lesión, son las mismas que entre la imprudencia y el dolo eventual, de manera que cuando la relación subjetiva entre el actuante y el resultado lesivo sea de carácter imprudente, nos encontraremos ante un delito de peligro, mientras que si dicha vinculación es propia del

(80) STS 23-3-1973 (A. 1406), califica de temeraria la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia del alcohol, porque “el conductor crea voluntariamente un estado de peligro en su manera de conducir, que ante cualquier evento que se le presente, no puede reaccionar de la manera adecuada para evitar el accidente”; la STS 21-11-1980 (ED 2508), define la conducción en tales condiciones como un supuesto de culpa consciente. Por su parte, la STS 4-2-1977 (A. 312), califica la conducción bajo los efectos del alcohol como conducta de peligro abstracto y mediato, aunque añade que si la ingestión etílica es de gran intensidad, incapacitando al conductor para conducir con seguridad, entonces la conducta es de peligro concreto y próximo, constituyendo así dicha resolución el antecedente del art. 381 del Código Penal en su actual redacción, resultante de la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, según la cual se presume, en todo caso, la temeridad y el peligro concreto para la vida o la integridad de los demás, en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre.

(81) La STS 22-2-1991 (ED 1881), declaró que si no existe peligro para los bienes jurídicos, no concurre delito de conducción bajo la influencia de las bebidas alcohólicas.

(82) SSTS 22-2-1993 (ED 1695); 25-3-1993 (ED 2937); 12-9-1994 (ED 6331); 28-10-1996 (ED 8634); 22-1-1997 (ED 1511); 11-3-1998 (ED 1291); 7-6-2001 (ED 11837).

(83) SSTS 28-3-1995 (ED 1862); 18-9-2003 (ED 110633).

(84) SSTS 11-12-2000 (ED 49871); 8-3-2002 (ED 3906); 20-5-2003 (ED 30196); 17-7-2003 (ED 80629); 5-12-2003 (ED 186726).

hecho doloso —aunque sea eventual—, nos hallaremos ante una tentativa dolosa⁽⁸⁵⁾. Y respecto a la discutida cuestión relativa al criterio que debe regir para deslindar entre imprudencia y dolo eventual, de acuerdo con la tesis aquí defendida, deberán resolverse a través de un criterio estrictamente cognitivo, ya que en la argumentación precedente hemos edificado el componente subjetivo del ilícito exclusivamente a través de la vertiente intelectual sin que, por tanto, el factor volitivo juegue papel alguno.

De lo anterior se deriva, igualmente, la posibilidad de que, ante una conducta causante de un resultado dañoso, concurra dolo respecto a la situación fáctica generadora del riesgo e imprudencia en relación al resultado lesivo finalmente producido, y ello sucederá cuando el sujeto actúa siendo plenamente consciente de que su actuación va a dar lugar a una situación de hecho que, según un juicio de pronóstico, provoca un riesgo no permitido de lesión, pero dicho riesgo no alcanza la intensidad suficiente como para imputar el resultado que el mismo provoque a título de dolo eventual. En tales casos, si el estado fáctico peligroso afecta a un solo objeto, que es el que precisamente resulta lesionado, el delito imprudente de resultado absorberá totalmente al de peligro⁽⁸⁶⁾; en cambio, si aparte del objeto que resultó quebrantado había otros que estuvieron amenazados por la acción del sujeto, la lesión imprudente no desplazará al peligro doloso, ya que con la imputación del delito de lesión no estará totalmente desvalorada la conducta, pues la misma afectó a otros bienes, respecto de los cuales se mantiene la imputación a título de imprudencia sin resultado, es decir, delito de peligro. Así, quien conduciendo de forma alocada por una calle abarrotada de viandantes, acaba atropellando a uno de ellos, se hace merecedor, aparte de una pena por homicidio imprudente, de otra por conducción temeraria, por todas las demás personas allí presentes que estuvieron seriamente amenazadas por su peligrosa forma de conducir y que tuvieron más suerte que la infortunada víctima.

(85) La STS 30-9-1978 (A. 2952), refiriéndose a los supuestos de abandono de un menor seguido de su muerte, considera que deberá apreciarse homicidio cuando el autor obre con dolo directo de causar el fallecimiento del menor, mientras que concurrirá el tipo de peligro cualificado por el resultado, previsto en el art. 488.3 del Código Penal de 1973, cuando exista “tan sólo un dolo o propósito de abandonar el niño a su suerte, sin considerar que puede morirse por falta de asistencia o por lo menos sin querer que así ocurra por tratarse solamente de un delito de peligro y no de resultado”.

(86) La STS 28-4-2001 (ED 7169), declara que en los casos de conducción bajo los efectos del alcohol y posterior resultado lesivo, hay dos delitos, uno doloso, que sería conducir el coche en tales condiciones, y otro imprudente, materializado en el resultado lesivo derivado de tal conducta, quedando absorbido el peligro por la lesión sólo cuando aquél “se haya agotado realizándose plenamente en el resultado”.

Igualmente, el delito de peligro puede cometerse por imprudencia, y ello sucederá cuando el estado fáctico del que se deriva el riesgo superior al permitido no haya sido causado de forma intencional, sino que el mismo sea consecuencia, a su vez, de otro estado de hecho que sí quiso generar el sujeto. Por ejemplo, el delito de incendio con peligro para la vida de las personas —art. 351 del Código Penal— se cometerá por imprudencia, cuando el hecho mismo de la combustión no haya sido intencionalmente provocado por el actuante, sino que el mismo es la consecuencia de otro estado de hecho —manipular cerillas en las proximidades de material altamente inflamable—. O, en el caso del delito de vertidos contaminantes susceptibles de perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales y la salud de las personas —art. 325 del Código Penal—, habrá lugar a la calificación imprudente cuando el vertido no haya sido intencional, sino sólo la consecuencia derivada de otro estado de hecho querido por el sujeto. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando en la ejecución de unas obras dirigidas a la canalización de las aguas procedentes de un pozo hacia una urbanización, pasando las conducciones cerca de una acequia de aguas residuales, por no sellar debidamente los elementos conductores se produce una penetración del agua de la acequia en el pozo, produciendo la intoxicación de los habitantes de la citada zona residencial⁽⁸⁷⁾. En este caso, el vertido de aguas fecales en el pozo de abastecimiento humano no fue intencional, pero se derivó directamente de un estado fáctico querido por los autores del hecho, consistente en la deficiente ejecución de las obras⁽⁸⁸⁾.

III. REFLEXIÓN FINAL

La definición de los delitos de peligro como imprudencias sin resultado lesivo, permite una visión congruente y unitaria de la teoría del ilícito, pues no se trata de modalidades típicas autónomas y totalmente desconectadas de las que sancionan la lesión efectiva, sino formas de proscribir determinadas conductas que, en el caso concreto, resultaban adecuadas para producir dicho resul-

(87) Supuesto de hecho planteado en la STS 14-2-1977 (A. 512).

(88) En la STS 17-11-1986 (ED 7378), se declara que habrá responsabilidad culposa en relación al delito de peligro, cuando el sujeto actúe de forma imprudente respecto de las circunstancias fundamentadoras de la situación de inseguridad. En la STS 19-10-2000 (ED 32430), en la que se enjuiciaba la muerte de un trabajador por electrocución al no haber adoptado el empresario las medidas de seguridad pertinentes, se confirma la condena de éste por un delito de peligro contra la seguridad de los trabajadores en su modalidad dolosa (art. 316), y por un homicidio imprudente (art. 142), si bien, al mismo tiempo, en dicha resolución parece negarse la concurrencia de dolo sobre la situación de peligro, cuando declara: “si no hubiera tenido error sobre la producción de una situación de riesgo para la vida de sus trabajadores, y se hubiera representado y conocido que estaba creando esa situación de riesgo, su conducta sería propia del dolo eventual”.

tado dañoso. De esta forma, los delitos de peligro y los actos preparatorios explícitamente tipificados por el legislador, constituyen valiosos instrumentos para la consecución de los fines prioritarios del Derecho Penal, que no son otros que evitar ataques especialmente graves a los bienes jurídicos.

Sin embargo, para que tales modalidades típicas no supongan una amenaza para la libertad de actuación de los ciudadanos⁽⁸⁹⁾, es preciso concebirlas como formas de actuación susceptibles de lesionar un determinado objeto merecedor de protección⁽⁹⁰⁾, por lo que es irrenunciable la exigencia de un efectivo conocimiento del sujeto actuante sobre las circunstancias fundamentadoras del peligro que se trata de evitar.

En una sociedad moderna como la nuestra, en la que es palpable la proliferación de actividades de todo tipo, susceptibles de afectar de algún modo a bienes jurídicos elementales, como la vida o la integridad física de las personas, se hace más necesario que nunca el empleo de los delitos de peligro abstracto, a través de los cuales deberán sancionarse aquellas actuaciones realizadas con conocimiento de ciertos factores, en base a los cuales la conducta resulta adecuada para lesionar aquellos bienes.

Concebido así el delito de peligro abstracto, como conocimiento efectivo de que se actúa en circunstancias susceptibles de generar un riesgo no permitido de lesión para bienes jurídicos individuales, aunque, en principio, no se encuentren concretados, dicha modalidad delictiva no constituye una mera contravención o infracción de deber⁽⁹¹⁾, permaneciendo incólume el componente psicoló-

(89) HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, 1991, pp. 54 y ss., advierte que el llamado “Derecho Penal del riesgo” puede afectar gravemente a la libertad y seguridad jurídica de los ciudadanos, que impediría una “autorregulación social”, determinando una funcionalización del Derecho Penal hacia las necesidades colectivas de seguridad, convirtiéndose en instrumento regulador frente a las preocupaciones y, consecuentemente, perdiendo su clásica y legítima función de protección de los bienes jurídicos individuales.

(90) En esta línea, ROXIN, *Derecho Penal I, op. cit.*, p. 60, considerando legítima la tipificación de conductas que no llegan a lesionar realmente el bien jurídico, como sucede en los delitos de peligro y en la tentativa, establece, sin embargo, la necesidad de que tales comportamientos presenten una tendencia objetiva o subjetiva hacia la lesión del bien jurídico.

(91) Vid. SGUBBI, *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal* (Estudio preliminar y traducción por Julio E.S. Virgolini), 1998, pp. 71-72; MÜLLER-TUCKFELD, “Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente” (traducido por Elena Iñigo Gorroza, Nuria Pastor Muñoz y Ramón Ragués i Vallés), en *La insostenible situación del Derecho Penal, op. cit.*, pp. 522-523, denuncia cómo en la actual regulación de los ilícitos medioambientales se sancionan meras contravenciones; GÜNTHER, “De la vulneración de un Derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el Derecho Penal?” (traducido por Jesús María Silva-Sánchez), en *La insostenible situación del Derecho Penal, op. cit.*, p. 500.

gico del ilícito penal, entendido como representación de un daño ⁽⁹²⁾, con lo cual el Derecho Penal reafirma su carácter autónomo frente al Derecho Administrativo sancionador o el Derecho Civil.

⁽⁹²⁾ Cfr. SGUBBI, *El delito*, *op. cit.*, pp. 109 y 112.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

¿LAS COMUNIDADES EUROPEAS TIENEN COMPETENCIA EN MATERIA PENAL? LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2005 (*)

JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ PATRÓN

*Profesor del Departamento de Derecho Internacional “Adolfo Miaja de la Muela”
de la Universidad de Valencia
Doctor en Derecho*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. CONTRIBUCIÓN DE LA SENTENCIA.
 - 1. Resolutiva.**
 - 2. Prescriptiva.**
 - III. REPERCUSIÓN DE LA SENTENCIA.
 - 1. Normativa.**
 - 2. Institucional.**
 - IV. CONCLUSIONES.
-

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea pretende llevar a cabo su construcción a través de dos grandes marcos institucionales y jurídicos, que pese a estar relacionados entre

(*) El presente trabajo científico ha sido elaborado en el marco del Proyecto de I+D SEJ2004-01613/JURI subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

sí, presentan diferencias tanto normativas como funcionales. El primero de estos marcos es el de la integración, en el que rige el método comunitario. El segundo es el de la cooperación y rige el método intergubernamental. La diferencia principal que existe entre uno y otro estriba en la mayor intensidad del compromiso asumido por los Estados miembros en el primer caso. En efecto, los Estados miembros —en el supuesto de la integración— ceden competencias nacionales a favor de una organización internacional que se encarga de gestionarlas en su nombre. Por el contrario, en el caso de la cooperación, los Estados miembros no ceden competencias nacionales, sino que las coordinan en el seno de una organización internacional que facilita la colaboración estatal. Precisamente, la Unión Europea acoge tanto la integración como la cooperación, reservando el primero de los marcos para el llamado “primer pilar” o pilar comunitario. Asimismo, el marco de la cooperación es en el que se insertan los denominados “segundo” y “tercer pilar”, respectivamente, o también pilares intergubernamentales.

La división anterior, basada, insistimos, en la mayor o menor implicación internacional de los Estados afectados, repercute en las facultades que éstos ostentan en el ámbito penal. Como sabemos, la competencia estatal en este terreno constituye una de las áreas estatales más exclusivas, lo que hace que la disposición de los Estados a limitarla o, menos aun, a cederla, sea excepcional⁽¹⁾. Así se explica que desde que el entonces Presidente de la República francesa, Valéry Giscard d’Estaing, propuso la constitución de un espacio judicial europeo en 1977, sólo en 1999, coincidiendo con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, se ha conseguido que los Estados acuerden auxiliarse en materia penal. Pero, eso sí, únicamente en el marco de la cooperación; concretamente, procediendo a su incorporación al llamado “tercer pilar”, que recibe hoy en día el nombre de: “ámbito de cooperación policial y judicial en materia penal”⁽²⁾.

El celo de los Estados comunitarios a preservar sus facultades en materia penal, no les impide cooperar en esta área, razón por la cual existe con este propósito el compromiso de intensificar la colaboración estatal en los próximos

(1) No obstante, España ha cedido competencias en este ámbito a favor de una institución internacional al ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Prueba de ello es que la tramitación interna del consentimiento español para obligarse por este tratado internacional se ha efectuado por la vía del artículo 93 de la Constitución española; precepto que, como es sabido, está previsto para la “cesión” de competencias estatales a favor de organizaciones internacionales o instituciones internacionales.

(2) Ver: Assemblée Nationale française. Rapport d’information n.º 1730 sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l’exécution des sanctions pénales dans l’Union européenne, 13 de julio de 2004, p. 9.

años⁽³⁾. Ahora bien, este compromiso no permite que las instituciones comunitarias puedan tipificar un comportamiento atribuible a una persona física o jurídica, a la vez que tampoco admite que puedan exigírseles las consecuencias penales correspondientes. Así, el *ius puniendi* sigue estando en manos de los Estados, lo que explica que una entidad internacional instituida a partir de las competencias cedidas por sus miembros, no pueda arrogarse lo que no le ha sido transferido. Sin embargo, ello no obsta para que el Estado miembro, a la vista de los actos adoptados por la entidad internacional, decida garantizar el cumplimiento interno de los mismos recurriendo para ello a medidas de carácter penal⁽⁴⁾.

Partiendo de la base apuntada, la facultad estatal —discrecional en principio— ¿podría acabar siendo forzada por las instituciones comunitarias? Y, caso de así fuera, ¿cuál sería la base jurídica que permitiría dirigirle al Estado tal obligación punitiva?

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, Tribunal de Justicia) de 13 de septiembre de 2005 ha dado respuesta a estas preguntas, poniendo fin a una larga controversia jurídica suscitada entre las propias instituciones comunitarias⁽⁵⁾. Además, la solución adoptada tiene im-

(3) El Consejo Europeo de Tampere celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999 definió los cuatro grandes objetivos a alcanzar con vistas a la construcción del futuro espacio judicial europeo: a) el desarrollo del principio de reconocimiento de decisiones judiciales; b) la aproximación progresiva de las legislaciones penales de los Estados miembros, tanto de carácter material como procesal; c) la creación de agencias de cooperación europea en el dominio policial (Europol) y judicial (Eurojust), y d) la intensificación de las relaciones de la Unión Europea con los países no miembros y las organizaciones internacionales con competencia en materia penal. Ver: DO de 25 de febrero de 2000, C54, pp. 93 y 94. También, ver: Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo-Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones. Documento COM(2004)401 final de 2 de junio de 2004.

(4) Acerca de la relación entre la Unión Europea y el Derecho penal, pueden consultarse las contribuciones, entre otras, de: DELMAS-MARTY, M., “Union Européenne et Droit pénal”, en *Cahiers de Droit Européenne*, n.º 5 y 6, 1997, pp. 607-653; BURGORGUE-LARSEN, L., “Les infractions communautaire”, en *Droit international pénal* (ASCENSIO, H., DECAUX, E., PELLET, A.), Pedone, París, 2000, pp. 611 y ss.; PRADEL, J., CORSTENS, G., *Droit pénal européen*, 2.ª, 2002, Dalloz, París, 2002, pp. 439 y ss.; LABAYLLE, H., “Entre désir et réalités: quelle voie pour une répression pénale des violations du Droit communautaire?”, en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 468, mayo 2003, pp. 293-303.

(5) TJ. Sentencia “Comisión c. Consejo” de 13 de septiembre de 2005, as. C-176/03.

portantes repercusiones tanto jurídicas como institucionales, lo que convierte a la misma en una decisión clave en la materia⁽⁶⁾.

II. CONTRIBUCIÓN DE LA SENTENCIA

1. Resolutiva

La Sentencia del Tribunal de Justicia estuvo precedida por una controversia institucional entre los propios órganos comunitarios. Para el Consejo —que no olvidemos, representa a los Estados nacionales—, la obligación de establecer medidas legislativas de carácter penal con las que asegurar el cumplimiento de la normativa comunitaria, no le es exigible a los Estados miembros. Aunque la materia concreta que se pretende proteger sí forma parte de las competencias de la entidad europea, la tipificación de infracciones y el establecimiento de penas, no constituye, expresamente como tal, una competencia comunitaria⁽⁷⁾. Al contrario, la Comisión considera que:

“(e)n lo que concierne a las sanciones penales, la Comunidad no puede pretender actuar en el sector criminal de forma aislada —dado que no existe una competencia comunitaria substancial en relación con la materia penal en cuanto tal—. No obstante, en la medida en la que es necesario para la realización de los objetivos comunitarios, la Comunidad puede obligar a los Estados miembros a prever sanciones penales (...)”⁽⁸⁾.

Esto quiere decir que aunque el Derecho penal no constituya en sí una competencia comunitaria, cuando la materia en cuestión —por ejemplo, el mercado único o el medio ambiente—, quiere protegerse a través de medidas de carácter penal, resulta justificado el recurso a este sector del Derecho nacional.

⁽⁶⁾ Sobre esta sentencia del Tribunal de Justicia, pueden consultarse los comentarios, entre otros, de: VERCHER NOGUERA, A., “Una nueva vuelta de tuerca en pro de la protección penal ambiental en la UE: la sentencia de 13 de septiembre de 2005”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 687, 2005, pp. 6-10; CEBADA ROMERO, “La competencia penal de la CE en materia de protección del medio ambiente: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de septiembre de 2005, C-176/03 Comisión c. Consejo”, en *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 9, 2006.

⁽⁷⁾ Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo de 27 de enero de 2003 relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, considerando 7.º DO de 5 de febrero de 2003, L29, p. 55.

⁽⁸⁾ Establecimiento de un acervo sobre las sanciones penales contra las infracciones medioambientales. Documento SEC(2001)227 de 7 de febrero de 2001, p. 3.

Así, los Estados miembros pueden ser obligados a tipificar determinados comportamientos activos u omisivos y prever las penas correspondientes que serían de aplicación en estos casos concretos⁽⁹⁾.

Precisamente, una propuesta de directiva presentada por la Comisión que tenía como finalidad la protección del medio ambiente en los términos anteriores, fue rechazada por el Consejo por los motivos antes señalados⁽¹⁰⁾. La práctica de este órgano comunitario demuestra que siempre que se le ha presentado cualquier propuesta que se encuentre vinculada al Derecho penal, el Consejo la ha reconducido al marco de la cooperación; en particular, al ámbito del “tercer pilar”: el de la actual “cooperación policial y judicial en materia penal”. Así, la propuesta de directiva referida, presentada por la Comisión, fue tramitada por el Consejo como un acto intergubernamental, que no comunitario; esto es, acabó convirtiéndose en la Decisión marco 2003/80/JAI de 27 de enero de 2000 relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal. Al respecto,

“(e)l Consejo (...) llegó a la conclusión de que (...) debido a que la mayoría consideraba que esta propuesta superaba las competencias que el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea otorga a la Comunidad y que los objetivos pueden alcanzarse mediante la adopción de una Decisión marco basada en el Título VI del Tratado de la Unión Europea”⁽¹¹⁾.

Como contrapunto, la Comisión se mostró disconforme con el cauce por el que el Consejo había tramitado su propuesta, considerando que ésta debía adoptarse en el marco comunitario. Por tal motivo, el órgano comisario sometió la legalidad del acto intergubernamental al Tribunal de Justicia⁽¹²⁾. La presenta-

(9) La Comisión presentó, por primera vez, en 1990 un acto institucional en el que obligaba a los Estados miembros a incriminar ciertos comportamientos en su derecho interno. Ver: Propuesta de directiva sobre la prevención de la utilización del sistema financiero a los fines del blanqueo de capitales. Documento COM(1990)106 final de 21 de marzo de 1990. El Consejo adoptó formalmente la directiva el 10 de junio de 1991. DO de 28 de junio de 1991, L166, p. 77.

(10) Documentos COM(2001)139 final de 13 de marzo de 2001 y COM(2002)544 final de 30 de septiembre de 2002.

(11) Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo de 27 de enero de 2003 relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, considerando 7.º DO de 5 de febrero de 2003, L29, p. 55.

(12) Recurso interpuesto el 15 de abril de 2003 contra el Consejo de la Unión Europea por la Comisión de las Comunidades Europeas, as. C-176/03.

ción del recurso fue apoyada por el Parlamento Europeo⁽¹³⁾, al que se unió también el Comité Económico y Social⁽¹⁴⁾.

A la vista de lo anterior, el Tribunal de Justicia se pronunció a favor de las tesis de la Comisión en su Sentencia de 13 de septiembre de 2005, determinando que, en principio,

“(...) la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal”⁽¹⁵⁾.

Sin embargo, ello no es un impedimento para que pueda obligarse a los Estados miembros a adoptar medidas en este terreno jurídico, siempre y cuando la finalidad de las mismas esté encaminada a la protección de una materia —en este caso, el medio ambiente— que sí forma parte de las competencias comunitarias. En efecto, el Tribunal de Justicia señaló que:

“(...) el legislador comunitario (puede) adopt(ar) medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituy(an) una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente”⁽¹⁶⁾.

Con este pronunciamiento, el Tribunal de Justicia resuelve la controversia que enfrentaba a las instituciones comunitarias —principalmente, al Consejo y la Comisión—, a favor de las tesis del órgano comisario que, como es sabido, es el encargado de velar por los intereses comunitarios —contrariamente a lo que ocurre con el Consejo que, como decimos, es un órgano en el que están presentes los intereses nacionales de cada uno de los Estados miembros—. Sin embargo, la decisión del Tribunal de Justicia no sólo iba a zanjar un enfrentamiento jurídico entre las dos instituciones europeas, sino que también contribuiría a la determinación de un nuevo principio comunitario.

(13) Ver: Recomendación del Parlamento Europeo sobre las sanciones penales y el Derecho comunitario de 15 de noviembre de 2001, en DO de 13 de junio de 2002, C140E, p. 20. También, Resolución del Parlamento Europeo sobre los fundamentos jurídicos y el respeto del Derecho comunitario de 3 de septiembre de 2003, en DO de 25 de marzo de 2004, C76E, p. 224.

(14) El Comité Económico y Social pretendió apoyar las pretensiones de la Comisión, si bien el Presidente del Tribunal de Justicia acabó desestimando su demanda de intervención en el procedimiento judicial mediante auto de 17 de marzo de 2004.

(15) TJ. Sentencia “Comisión c. Consejo” de 13 de septiembre de 2005, *ibid.*, párr. 47.

(16) *Ibid.*, párr. 48.

2. Prescriptiva

Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia había eludido pronunciarse acerca de la posibilidad de que un acto comunitario pudiese obligar a los Estados miembros a adoptar medidas nacionales de carácter penal que asegurasen su aplicación efectiva. Esta falta de definición jurisprudencial, unida a la ausencia de una competencia expresa relativa a la imposición de sanciones penales en el sector comunitario, explica la creencia de que el acto jurídico propuesto tendría un mejor acomodo en el marco intergubernamental de la “cooperación policial y judicial en materia penal”.

Cierto es que el Tribunal de Justicia llegó a establecer en su jurisprudencia que, independientemente de los casos en los que las propias instituciones comunitarias pudiesen imponer sanciones de naturaleza civil o administrativa, los Estados miembros podía decidir la aplicación de sanciones penales para asegurar el cumplimiento de la normativa comunitaria. Esta dejación se explica por el hecho de que las instituciones comunitarias no pueden establecerlas por falta de competencia en la materia ⁽¹⁷⁾. Ahora bien, el Tribunal de Justicia advirtió que la imposición de sanciones penales por el Estado miembro para asegurar el cumplimiento del Derecho comunitario, deberían ser análogas a las previstas para infracciones similares en el Derecho interno (principio de similitud); e, igualmente, “efectivas, proporcionadas y disuasorias” (principio de eficacia) a fin de que la norma comunitaria implicada pudiese alcanzar una aplicación efectiva, dejando a salvo la uniformidad del Derecho comunitario ⁽¹⁸⁾. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no llegó a reconocer de forma explícita la posibilidad de obligar a los Estados miembros a imponer sanciones penales en incidentes judiciales posteriores ⁽¹⁹⁾. Precisamente, uno de sus Abogados Generales constató que:

“(e)n resumen, no le falta razón al Consejo ni a quienes lo apoyan cuando alegan que la jurisprudencia no reconoce, de forma explícita, ninguna potestad comunitaria para exhortar a los Estados miembros a tipificar las conductas que obstaculicen la realización de los objetivos marcados en los Tratados” ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ TJ. Sentencia “Amsterdam Bulb B.V c. Produktschap loor Siergewassen” de 2 de febrero de 1977, as. 50/76, Rec. 1977, párrs. 32 y 33.

⁽¹⁸⁾ TJ. Sentencia “Comisión c. Grecia” de 21 de septiembre de 1989, as. 68/88, Rec. 1989, párrs. 23 y 24.

⁽¹⁹⁾ Ver: TJ. Auto “Zwartveld y otros” de 13 de julio de 1990, as. 2/88-IMM, Rec. 1990, párr. 17 y sentencia “Amélia Nunes y Evangelina de Matos” de 8 de julio de 1999, as. C-186/98, Rec. 1999, párrs. 12 y 14.

⁽²⁰⁾ Conclusiones del Abogado General de 26 de mayo de 2005 a la sentencia “Comisión c. Consejo”, *ibid.*, párr. 38.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005 admite expresamente lo que había conseguido sortear hasta entonces: la posibilidad de que las instituciones comunitarias obligasen a los Estados miembros a adoptar medidas de carácter penal para asegurar el cumplimiento de la normativa comunitaria. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no sólo llega a manifestarse acerca de una cuestión que llevaba años eludiendo, sino que con su pronunciamiento acaba determinando un nuevo principio comunitario que resulta de obligado cumplimiento: el que establece que las instituciones comunitarias pueden obligar a los Estados miembros a servirse de su Derecho penal para garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario.

El establecimiento de tal principio jurídico por parte del Tribunal de Justicia no debe resultar sorprendente. Cualquier conocedor del Derecho comunitario es sabedor de que la formulación de los grandes principios jurídicos que han contribuido decisivamente al desarrollo del ordenamiento comunitario es obra del Tribunal de Justicia. Precisamente, este *arrêt de principe* —denominación que los juristas franceses reservan para aquellas decisiones judiciales que constituyen un hito jurisprudencial— no sólo merece esta consideración por su contribución a la mejora de las garantías disponibles; esto es, la posibilidad de recurrir al Derecho penal —tipificando y reprimiendo conductas— para asegurar la aplicación efectiva de la normativa comunitaria, sino por las consecuencias jurídicas e instituciones que de él derivan.

III. REPERCUSIÓN DE LA SENTENCIA

1. Normativa

La primera consecuencia normativa que se deriva del fallo del Tribunal de Justicia es que cualquier acto institucional que incida en el Derecho penal, no debe ser, sólo por ello, reconducido necesariamente al marco de la cooperación y, más concretamente, al sector intergubernamental de “la cooperación policial y judicial en materia penal”. Cuando el cumplimiento de las políticas comunitarias así lo requiera, puede exigirse a los Estados miembros la adopción de medidas nacionales de carácter penal. Ello presupone que existe una materia que entra dentro de las competencias comunitarias —el mercado único, el medio ambiente, etc.— que está llamada a ser protegida con el mayor grado de protección posible; esto es, el que otorga el Derecho penal. Y el hecho de que esta rama jurídica no sea una materia comunitaria en sí, no es un obstáculo para que pueda exigirse su empleo. A nuestro modo de ver, este planteamiento presupone una concepción más instrumental que sustantiva del Derecho penal. No se pretende *legislar* en esta área jurídica, sino recurrir a ella para alcanzar una finalidad concreta, que no es otra que asegurar el cumplimiento efectivo de los

actos normativos adoptados por las instituciones comunitarias respecto de las materias que si son de su competencia. Digamos que, aquí, resultaría aplicable la máxima *maquiavélica* de que el fin (el cumplimiento efectivo de la normativa comunitaria) justifica los medios (el recurso al derecho penal como garantía de eficiencia). Precisamente, la Comisión considera conveniente el empleo del Derecho penal para garantizar el cumplimiento de la normativa comunitaria referida al medio ambiente; materia específica sobre la que se pronuncia el Tribunal de Justicia en el caso que comentamos. Según el órgano comisario:

“(1) a experiencia ha mostrado que las sanciones establecidas actualmente por los Estados miembros no son suficientes para hacer cumplir en su totalidad el Derecho comunitario. No todos los Estados miembros prevén sanciones penales contra las infracciones más graves del Derecho comunitario de protección del medio ambiente. Hay aún muchos casos de grave inobservancia del Derecho comunitario relativo a la protección del medio ambiente que no están sujetos a penas suficientemente disuasorias y efectivas” (21).

Por tanto, el recurso al Derecho penal se concibe como una medida necesaria para garantizar un cumplimiento efectivo de lo preceptuado por los actos comunitarios.

Una segunda consecuencia normativa también puede extraerse de la Sentencia de referencia. La Comisión ya cuenta con el aval jurídico que necesitaba para presentar —dado que constituye el órgano competente que tiene atribuida la facultad de presentar con carácter general las proposiciones normativas en el proceso legislativo comunitario— propuestas jurídicas en las que establezca la obligación de los Estados miembros de recurrir al Derecho penal a fin de proteger las materias sobre las que se pretende legislar. Ahora bien, su propuesta no podrá ir más allá del establecimiento de dicha obligación, sin que llegue a tipificar conductas o imponer sanciones, debido, como decimos, a la falta de una competencia penal por parte de la organización europea (22). Por esta razón, la Comisión propondrá directivas comunitarias, como el instrumento jurídico más idóneo, a partir del cual establecer este tipo de obligaciones destinadas a los Estados miembros. Luego, los Estados miembros serán los que tipifiquen y castiguen por medio de su legislación interna y *en concreto* las conductas y las penas objeto de regulación por el Derecho penal. La directiva comunitaria establecerá las exigencias básicas y mínimas a las que los Estados miembros deberán atender, pero serán estos últimos los que realmente lleven a cabo la determi-

(21) COM(2001)139 final de 13 de marzo de 2001.

(22) Al respecto, ver: Resolución del Parlamento Europeo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005 (Asunto C-176/03 Comisión c. Consejo) de 14 de junio de 2006, párr. 16.

nación de las medidas penales a imponer en cada uno de sus respectivos ordenamientos internos. Las directivas comunitarias servirán para que la Comisión europea alcance el objetivo de proteger penalmente materias de interés, obligando a los Estados miembros a contribuir a la consecución de esta finalidad. Sin embargo, no debemos olvidar que, pese a ello, los Estados miembros destinatarios de la directiva comunitaria, aún, gozarán de un margen más o menos amplio —dependiendo del grado de precisión de la directiva comunitaria concreta— de actuación legislativa. Ello les permitirá gozar de un cierto grado de flexibilidad en la tipificación de las conductas y en la imposición de las sanciones. Así, lo anterior permite que se alcance la finalidad comunitaria, dejando que los Estados puedan seguir gozando del recurso al *ius puniendi*, a la vez que se consigue, asimismo, una cierta armonización en la protección penal de las materias comunitarias ⁽²³⁾.

2. Institucional

Este reconocimiento proclamado por la Sentencia objeto de nuestro trabajo, no sólo abre la puerta a la conformación de un futuro Derecho penal comunitario a partir de la cooperación *leal* de los Estados miembros con las instituciones comunitarias, sino que deja sin argumento al Consejo en su pretensión de encauzar todas las propuestas ligadas al ámbito penal por la vía de la cooperación intergubernamental, en aras —según las tesis del órgano comunitario— de una pretendida corrección jurídica. *Legislar* en este marco jurídico deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros que además de escudarse en la necesidad de que los actos jurídicos propuestos tengan que estar sometidos a la regla de la unanimidad con carácter general, el contenido de los mismos es mucho más flexible y menos exigente con los Estados miembros, que conservan así la facultad de elegir el modo y los medios a través de los cuales hacer efectivo su cumplimiento. Esto último explica que los actos jurídicos adoptados en el marco de la cooperación intergubernamental no tengan un efecto directo —predicable sólo de los actos comunitarios—, concediendo a los Estados miembros también un margen temporal amplio para su aplicación interna ⁽²⁴⁾. Aparte de ello, el control judicial de los actos jurídicos adoptados en este sector de la cooperación intergubernamental está considerablemente minorado, si bien el Tribunal de Justicia puede llegar a examinar la conformidad de

(23) Ver: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión c. Consejo). Documento COM (2005) 583 final de 23 de noviembre de 2005, párrs. 6-10.

(24) Art. 34.2.b) del Tratado UE.

las medidas nacionales adoptadas por los Estados concernidos con el objetivo de hacer efectiva el acto jurídico aprobado ⁽²⁵⁾.

Todas las ventajas apuntadas explican la resistencia del Consejo a adoptar actos jurídicos en el ámbito comunitario, máxime cuando se trata de materias tan apegadas a la soberanía estatal como es el caso del Derecho penal. Así, la Decisión marco constituye el instrumento jurídico idóneo para alcanzar un propósito común (la protección del medio ambiente) haciendo uso de medios propios (el recurso al Derecho penal) sin comprometer en demasía competencias estatales genuinas. Sin embargo, el punto de inflexión forzado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 13 de septiembre de 2005, lleva a que el Consejo se vea privado del margen de discrecionalidad del que gozaba en relación con el resto de los órganos comunitarios, lo que acarrea toda una serie de consecuencias en el plano institucional de interés.

Al margen del malestar que la decisión del Tribunal de Justicia ha generado entre una buena parte de los Estados miembros ⁽²⁶⁾, la primera consecuencia institucional que se deriva de aquélla, comporta que la previsible adopción de medidas de carácter penal, incorporadas a los instrumentos jurídicos comunitarios, no estará ya monopolizada por el Consejo, sino que tendrá que ser compartida con el Parlamento europeo, lo que conlleva una pérdida considerable de peso del Consejo en el *iter* decisorio ⁽²⁷⁾. Las posibles directivas comunitarias tendrán efecto directo sobre los Estados miembros a los que están dirigidas, lo que sin duda otorga un margen menor de discrecionalidad que el que les otorgan las Decisiones marco para su aplicación interna.

La segunda consecuencia institucional radica en el mayor control judicial por parte del Tribunal de Justicia. Este control judicial no sólo se ejercerá respecto del contenido de la directiva comunitaria en cuestión sino del grado de cumplimiento de las mismas por los Estados miembros obligados por aquella normativa jurídica.

Aunque la Comisión ya disponía de una capacidad de iniciativa legislativa en el marco de cooperación gubernamental, lo tenía que compartir con los Estados miembros. Ahora, la Sentencia del Tribunal de Justicia refuerza su posición —fuera parte de la victoria institucional cosechada respecto del Con-

(25) TJ. Sentencia “María Pupino” de 16 de junio de 2005, as. C-105/03, párr. 43.

(26) Nota de prensa de la Presidencia de la Unión Europea (Austria) de 13 de enero de 2006. También, ver: *Assemblée Nationale française. Rapport d’information n.º 2829 sur les conséquences de l’arrêt de la Cour de Justice du 13 septembre 2005 sur les compétences pénales de la Communauté européenne [COM(2005) 583 final/n.º E 3022]* de 25 de enero de 2006, pp. 13-15.

(27) Ver: MANGAS MARTÍN, A., LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5.ª edición, Tecnos, Madrid, pp. 730 y ss.

sejo ⁽²⁸⁾— no sólo por la justificación jurídica que le concede para exigir que todas las propuestas institucionales vinculadas con el Derecho penal y que hayan sido tramitadas en el marco de la cooperación sean redirigidas al ámbito comunitario ⁽²⁹⁾, sino por el aval jurídico que le otorga para que pueda impugnarlas ante el Tribunal de Justicia ⁽³⁰⁾, tal y como ya ha sucedido en la práctica ⁽³¹⁾. Aparte de ello y *ad futurum*, tampoco debe olvidarse la ventaja que le supone poder presentar iniciativas legislativas de carácter penal en exclusiva.

IV. CONCLUSIONES

El actual ámbito intergubernamental de la “cooperación policial y judicial en materia penal” constituía el reducto jurídico en el que basar todas las iniciativas legislativas de la Unión Europea que tuviesen que ver con el Derecho penal; una materia entroncada a la soberanía estatal que no ha sido cedida a la organización europea y en la que los Estados miembros están dispuestos a cooperar, todo lo más.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005 revisa la visión anterior al considerar que el Derecho penal, pese a que no constituye una materia que forma parte de las competencias comunitarias, puede ser utilizado para asegurar la aplicación efectiva y uniforme del Derecho comunitario. Con esta finalidad, las instituciones comunitarias pueden obligar a los Estados miembros a adoptar medidas de carácter penal con las que garanti-

(28) Nota de prensa de la Comisión de 23 de noviembre de 2005.

(29) Ver: comunicado de prensa de la Comisión de 23 de noviembre de 2005.

(30) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión c. Consejo). *Ibid.*, párrs. 14-19.

(31) Así, la Comisión ha aprovechado que se encontraba en plazo para presentar un recurso al Tribunal de Justicia a fin de que declarase ilegal la Decisión marco 2005/667/JAI del Consejo de 12 de julio de 2005 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques, al considerar que: “(h)abida cuenta del punto de vista funcional que el Tribunal de Justicia ha adoptado en la sentencia de 13 de septiembre de 2005 en el asunto C-176/03 (...), así como del hecho de que las medidas previstas en los artículos de la Decisión marco 2005/667/JAI constituyen medidas de carácter penal necesarias para garantizar la eficacia de la política común de transportes, tal como se ha plasmado en la Directiva 2005/35/CE, la Comisión debido a la indivisibilidad de la Decisión marco, esta Decisión en su totalidad vulnera el artículo 47 TUE y resulta, por tanto, contraria a Derecho”. Recurso interpuesto el 8 de diciembre de 2005 por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Consejo de la Unión Europea, as. C-440/05.

zar el cumplimiento de los actos jurídicos adoptados en materias que sí son de su competencia. Esta concepción instrumental del Derecho penal constituye una reinterpretación del régimen de cesión de competencias estatales a favor de la organización europea, a la vez que un menoscabo de la discrecionalidad de los Estados miembros respecto de una materia que consideraba como propia y de la que venía gozando de un ejercicio exclusivo.

Ahora, la Sentencia referida constituye un nuevo principio comunitario —el que establece que las instituciones comunitarias pueden obligar a los Estados miembros a servirse de medidas penales para garantizar su aplicación efectiva— que llevará a que en la práctica el Derecho penal español sea más comunitario y menos nacional.

DERECHO COMPARADO

DOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY PENAL FAVORABLE EN EL DERECHO Y LA JUSTICIA DE CHILE (*)

PROF. DR. JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

*Profesor Asociado de Derecho Penal
Director Centro de Estudios de Derecho Penal
Universidad de Talca, Campus Santiago*

SUMARIO

INFORME ACERCA DE ALGUNOS ASPECTOS QUE SE HAN MOSTRADO PROBLEMÁTICOS EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY N.º 20.000

- I. EL DELITO DE *MICROTRÁFICO* DE ESTUPEFACIENTES DEL ART. 4.º DE LA LEY N.º 20.000 COMO FIGURA PRIVILEGIADA DEL DE TRÁFICO, EN SENTIDO AMPLIO Y ESTRICTO, DE SU ART. 3.º, ATENDIDA LA “PEQUEÑA CANTIDAD” DE LAS SUSTANCIAS EN QUE RECAE.
- II. PROBLEMAS PRÁCTICOS (I): ¿ES EL ART. 4.º DE LA LEY N.º 20.000 APLICABLE A SUPUESTOS ANTES SANCIONADOS CONFORME AL ART. 5.º DE LA LEY N.º 19.366?

(*) Dado que los problemas de retroactividad de la ley penal favorable se presentan en términos análogos en los distintos ordenamientos jurídicos, la redacción de la revista ha decidido incluir, en la sección de derecho comparado, dos importantes informes, evacuados por el Prof. Dr. Jean Pierre MATUS ACUÑA, de la Universidad de Talca, Chile —el primero de ellos, a instancia del Ministerio Público (Fiscalía Nacional), y el segundo por encargo del Ministerio de Justicia de aquel país—, amablemente remitidos por su autor y que aquí, con autorización de éste, publicamos conjuntamente.

- III. PROBLEMAS PRÁCTICOS (II): SI EL ART. 4.º DE LA LEY N.º 20.000 ES APLICABLE A SUPUESTOS ANTES SANCIONADOS CONFORME AL ART. 5.º DE LA LEY N.º 19.366, ¿ES SU APLICACIÓN *OBLIGATORIA EN TODOS LOS CASOS*, CONFORME AL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD FAVORABLE?
- IV. SOLUCIONES A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS EN LOS NÚMEROS ANTERIORES: GRUPOS DE CASOS.

1. **Posesión o venta a terceros de aparentes “pequeñas cantidades” de sustancias que no producen graves daños a la salud (i.e., “marihuana”), sin concurrencia de circunstancias especiales, cometido antes de la entrada en vigencia de la Ley N.º 20.000, y juzgado después del 16 de febrero de 2005.**
2. **Posesión o venta a terceros de aparentes “pequeñas cantidades” de sustancias estupefacientes productoras de graves daños a la salud (i.e., cocaína), sin circunstancias especiales, realizada bajo la vigencia del art. 5.º de la Ley N.º 19.366, pero juzgado con posterioridad al 16 de febrero de 2005.**
3. **Posesión o venta a terceros de aparentes “pequeñas cantidades” de sustancias estupefacientes productoras de graves daños a la salud (i.e., cocaína), sin circunstancias especiales, juzgado y fallado como delito de tráfico ilícito conforme al art. 5.º de la Ley N.º 19.366, antes del 16 de febrero de 2005.**
4. **Posesión o venta a terceros de aparentes “pequeñas cantidades” de sustancias que no producen graves daños a la salud (i.e., “marihuana”), sin concurrencia de circunstancias especiales, juzgado y fallado como delito de tráfico ilícito conforme al art. 5.º de la Ley N.º 19.366, antes del 16 de febrero de 2005.**

- V. APLICACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTENIDAS EN EL ART. 62 DE LA LEY N.º 20.000 A LOS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD DE LA LEY N.º 18.216, EN RELACIÓN CON EL DEROGADO ART. 40 DE LA LEY N.º 19.366

1. **Ámbito de la discusión. Los alcances del art. 62 de la Ley N.º 20.000, en relación con el derogado art. 40 de la Ley N.º 19.366.**
2. **Problemas prácticos (i): ¿Son aplicables las reglas de retroactividad favorable a las disposiciones sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad de la Ley N.º 18.216?**
3. **Problemas prácticos (ii): ¿Puede admitirse, en estos casos, la aplicación de un *símil de lex tertia*?**

**INFORME SOBRE LA APLICACIÓN RETROACTIVA
DE LA LEY N.º 20.084**

- I. LA IRRETROACTIVIDAD FAVORABLE EN GENERAL Y EL PROBLEMA DE LAS LEYES CON VIGENCIA DIFERIDA EN EL TIEMPO.
- II. LA CUESTIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY N.º 20.084, LA DECLARACIÓN DEL *DISCERNIMIENTO* Y LA *LEX TERTIA*.
- III. CASOS EN QUE, DE ADMITIRSE SU APLICACIÓN RETROACTIVA, LA APLICACIÓN DE LA LEY N.º 20.084 *EXIMIRÍA COMPLETAMENTE DE PENA* A LOS INFRACTORES MENORES DE 18 AÑOS DECLARADOS CON *DISCERNIMIENTO*.
- IV. INEXISTENCIA DE CASOS EN QUE, DE ADMITIRSE SU APLICACIÓN RETROACTIVA, LA LEY N.º 20.084 HABRÍA HECHO *MENOS RIGOROSA* LA PENA ESTABLECIDA EN EL CÓDIGO PENAL O LAS LEYES ESPECIALES, EN CUANTO A SU *EXTENSIÓN TEMPORAL*.
- V. IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE APLICAR RETROACTIVAMENTE LAS DISPOSICIONES DE LA LEY N.º 20.084, CON RELACIÓN AL SISTEMA DE PENAS *SUSTITUTIVAS* QUE CONTIENE, ANTES DE SU COMPLETA ENTRADA EN VIGENCIA.

**INFORME ACERCA DE ALGUNOS ASPECTOS QUE SE HAN
MOSTRADO PROBLEMÁTICOS EN LA APLICACIÓN
PRÁCTICA DE LA LEY N.º 20.000 ⁽¹⁾**

- I. EL DELITO DE *MICROTRÁFICO* DE ESTUPEFACIENTES DEL ART. 4.º DE LA LEY N.º 20.000 COMO FIGURA PRIVILEGIADA DEL DE TRÁFICO, EN SENTIDO AMPLIO Y ESTRICTO, DE SU ART. 3.º, ATENDIDA LA “PEQUEÑA CANTIDAD” DE LAS SUSTANCIAS EN QUE RECAE ⁽²⁾

Como es de público conocimiento, una de las principales modificaciones en materia de tipos penales introducida por la Ley N.º 20.000, respecto de la

(1) El informe que se transcribe fue solicitado por el Sr. Fiscal Nacional del Ministerio Público a su autor, con fecha 15-03-2005, y evacuado el 29-03-2005.

(2) El texto que sigue corresponde, básicamente, al contenido del apartado correspondiente [Cap. 20, §2, f)] de nuestras *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2.ª ed., Santiago 2005 (en prensa).

derogada Ley N.º 19.366, es la incorporación del delito de *microtráfico* en su art. 4.º, que castiga —sin hacer distinción entre la naturaleza de la droga traficada—, con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo al que “sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1.º (...) a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”; imponiendo “igual pena”, al que “adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro”.

Se trata de un figura cuyo propósito declarado es ofrecer a los tribunales la posibilidad de imponer una pena inferior a los *dealers* callejeros, o como los denomina el Mensaje N.º 232-241 de 2-12-1999, que acompañó al texto sometido al Congreso, “personas que comercializan pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas”.

Según el Mensaje citado, la necesidad de esta reforma estaría detectada tanto en el informe de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados (1998-2002), donde se afirmó que “una de las principales deficiencias que se han detectado en la aplicación de la ley (N.º 19.366), dice relación con la rigidez de las penas que establece para los traficantes, lo que conlleva a una saturación de las cárceles del país, por la gran cantidad de personas procesadas y condenadas por traficar pequeñas cantidades de drogas, ya que la ley, en estos casos, no faculta a los jueces para aplicar penas alternativas de cumplimiento de condenas”; como en los resultados de “talleres de análisis de la ley N.º 19.366, organizados por el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes con Ministros de Cortes de Apelaciones y Jueces del crimen de Santiago, San Miguel, Arica, Iquique y Antofagasta el año 1997” donde se concluyó “que es conveniente” “conceder al juez facultad para rebajar las penas en determinados casos en que por las circunstancias personales y la gravedad del delito resulta injusta una pena mínima de cinco años y un día, unida a la imposibilidad de otorgar aquellos beneficios que niega esta ley (N.º 19.366)”.

Con base a lo anterior, se afirma en dicho Mensaje que el llamado *microtráfico* no se encontraba “apropiadamente” tratado en la ley N.º 19.366, pues en dicha ley las penas “aparecen desproporcionadas cuando se deben aplicar por igual a quienes trafican con pequeñas cantidades de drogas, como a aquellos que en forma organizada y transnacional producen o comercializan grandes volúmenes o drogas aún más peligrosas, como el LSD o la heroína, utilizando además variados medios y recursos, traspasando las fronteras, corrompiendo funcionarios públicos y en algunos casos ejerciendo violencia para

lograr sus propósitos”; a lo cual el Mensaje agrega: “muchas veces esta desproporción, tratándose de personas de escasos recursos, sin antecedentes de actividades delictivas anteriores, a veces de avanzada edad, ha derivado, como quedó establecido en los informes antes referidos, en la no aplicación de castigo”.

En la práctica, este propósito legislativo se resolvió mediante la incorporación de un elemento *especializante* del tráfico ilícito de estupefacientes, la *pequeña cantidad* de las sustancias traficadas, que lo transformaría, al menos normativamente, en una forma específica y privilegiada de poner a disposición de consumidores finales tales sustancias: el *microtráfico*. En efecto, la sola lectura de los dos primeros incisos del art. 4.º demuestra que las conductas que en él se mencionan no son diferentes de la facilitación de sustancias para el consumo ajeno, el tráfico en sentido amplio y estricto, salvo por la mención de que éste recaiga en *pequeñas cantidades*⁽³⁾.

Luego, toda la cuestión dogmática radica en determinar qué ha de entenderse por *pequeñas cantidades*. Al respecto, la ley ofrece una directriz clara: *pequeña cantidad es la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo*. En efecto, aunque en principio pareciera que una cantidad de esa naturaleza obligaría a sancionar a título de *consumo* y no de *microtráfico*, lo cierto es que ésta es precisamente la *ratio* de la ley: castigar por esta forma privilegiada de *microtráfico* al que realiza conductas de *tráfico* con las mismas pequeñas cantidades que tendría en su poder el consumidor no traficante, o como señala el inc. final de este art. 4.º de la Ley N.º 20.000: imponer penas por este delito y no por la falta de consumo “cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”.

(3) La “omisión” en este artículo 4.º del uso de los verbos rectores “importar” y “exportar” carece de la trascendencia práctica que parece asignársele en el Instructivo N.º 2 de la Ley N.º 20.000, sobre el tipo penal contemplado en el artículo 4.º de la Ley N.º 20.000 que sustituye la Ley 19.366, Oficio 49-2005 del Fiscal Nacional de 26-01-2005, pues en ambas conductas está implícita la adquisición o transferencia y, particularmente, el porte y transporte. Otra cosa es que, en la práctica, estas conductas, cuando se realizan traspasando fronteras de países suelen ser constitutivas de tráfico a gran escala, pero es perfectamente imaginable el supuesto de microtráfico transfronterizo realizado por jóvenes en busca de “oportunidades” en países distintos al natal.

II. PROBLEMAS PRÁCTICOS (I): ¿ES EL ART. 4.º DE LA LEY N.º 20.000 APLICABLE A SUPUESTOS ANTES SANCIONADOS CONFORME AL ART. 5.º DE LA LEY N.º 19.366?

Afirmado el carácter *especial* del delito de microtráfico del art. 4.º de la Ley N.º 20.000 frente al de tráfico ilícito en sentido amplio y estricto de su art. 3.º, la cuestión que se plantea es si los hechos que aquella disposición sanciona se encontraban o no comprendidos en el art. 5.º de la Ley N.º 19.366. Dogmáticamente, la respuesta es una sola: sí.

En efecto, puesto que el antiguo artículo 5.º de la Ley N.º 19.366 no hacía distinción alguno sobre la *cantidad* de la sustancia traficada para determinar la pena aplicable, puede afirmarse, sin más, que él comprendía tanto el tráfico de grandes como de pequeñas cantidades y, según se señaló en el apartado anterior, las consecuencias de esa falta de distinción en la aplicación de penas excesivas en algunos casos o en absoluciones forzadas, en otros, fueron las principales razones esgrimidas para extraer del tráfico ilícito en sentido amplio y estricto el grupo de casos que se denominan vulgarmente “microtráfico”.

De hecho, no existían dudas en la doctrina y la jurisprudencia acerca de que el tráfico (facilitación de sustancias prohibidas a terceros) de “escasas cantidades” constituía el delito de tráfico ilícito descrito y sancionado en el art. 5.º de la Ley N.º 19.366⁽⁴⁾, a menos que de ese antecedente y otros, como el carácter de adicto del detenido, pudiera concluirse que la escasa cantidad decomisada estaba destinada *al uso personal próximo y exclusivo en el tiempo*⁽⁵⁾, lo que —al igual que en el actual art. 4.º de la Ley N.º 20.000— excluía el castigo a ese título, a menos “que el tráfico no resulte acreditado por otros medios de prueba más directos”⁽⁶⁾.

Por otra parte, debe destacarse a este respecto que en la actual Ley N.º 20.000 la atipicidad del *consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo* está referida únicamente a la figura de “microtráfico” de su art. 4.º (y no al tráfico del art. 3.º), en circunstancias que tal elemento negativo —por no existir diferencias penológicas en cuanto a cantidades—, estaba en la Ley N.º 19.366 referido al tráfico ilícito en sentido amplio y estricto de su art. 5.º, todo lo cual no hace sino reafirmar la conclusión de que los hechos comprendidos en el actual art. 4.º de la Ley N.º 20.000 se encontraban, antes de su entrada en vigencia, regulados completamente por el art. 5.º de la Ley N.º 19.366.

(4) POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 1.ª ed., Santiago 2004, p. 564s.

(5) SCS 29-07-1996 (GJ 193, 82), SCS 04-11-1997 (RDJ XCIV, 262).

(6) SCA San Miguel 13-06-1995 (RDJ XCII, 147).

III. PROBLEMAS PRÁCTICOS (II): SI EL ART. 4.º DE LA LEY N.º 20.000 ES APLICABLE A SUPUESTOS ANTES SANCIONADOS CONFORME AL ART. 5.º DE LA LEY N.º 19.366, ¿ES SU APLICACIÓN *OBLIGATORIA EN TODOS LOS CASOS*, CONFORME AL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD FAVORABLE?

Como entre nosotros no parece una materia discutible la vigencia del principio de *retroactividad favorable* ⁽⁷⁾, sino los casos y modo en que se aplica, deberemos abocarnos a estas dos cuestiones principales, antes de entrar a responder derechamente la cuestión planteada.

Básicamente, *los casos* de retroactividad favorable son aquellos en que un hecho concreto, sometido a juicio conforme a una ley posterior, sea eximido de toda pena o se le aplique una “menos rigurosa” que la impuesta conforme a la ley anterior ⁽⁸⁾, y el *modo* de hacer esta determinación es juzgando el hecho concreto completamente y con todas sus circunstancias, de acuerdo a ambas leyes, sin mezclar sus disposiciones ⁽⁹⁾. Por lo tanto, no se trata de examinar *abstractamente* los marcos penales de las disposiciones en juego ⁽¹⁰⁾, ni de tomar de una u otra ley lo que particularmente favorezca al reo, de modo de terminar construyendo una tercera ley (*lex tertia*), creación para la cual los tribunales no están, en principio, facultados ⁽¹¹⁾. Además, como bien señala

(7) Cfr., por todos, GARRIDO MONTT, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Santiago 1997, p. 107, quien al referirse a las disposiciones constitucionales que lo consagran, señala que “se explican por sí mismas”. Como señala Günther STRATENWERT, *Derecho penal, parte general I*, 2.ª ed. (1976), trad. de G. Romero, Madrid 1982, p. 31, el fundamento de este efecto indiscutido de la ley más favorable es que “si la modificación de la ley corresponde a una transformación de la *valoración* ético-social, de tal manera que el hecho aparece en lo sucesivo como menos punible o directamente como impune, la nueva regulación tendrá efecto retroactivo con respecto a los hechos cometidos con anterioridad”.

(8) Enrique CURY U., *Derecho Penal*, 7.ª ed., Santiago 2005, p. 228.

(9) Eduardo NOVOA M., *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*, t. I, 2.ª ed, reimpresión, Santiago 1985, 194s.

(10) POLITOFF/MATUS, “Comentario al art. 18 CP”, en POLITOFF/ORTIZ/MATUS, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Santiago 2004, p. 267.

(11) Antonio BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “Nota a la SCS 19-03-2003 rol 1157-02”, en *Rev. de Derecho U.* Adolfo IBÁÑEZ, N.º 1 (2004), p. 221 y ss. En la sentencia que se anota también se afirma el principio señalado *supra*, pero —como destaca BASCUÑÁN R.—, al parecer no se le da aplicación, mediante una exclusión “sucesiva” de consecuencias jurídicas perjudiciales para el reo. Como bien anota BASCUÑÁN, ésta

ETCHEBERRY, por una parte, la elección de la ley aplicable se hace mucho más difícil en casos en que los marcos penales son facultativos y las penas en juego se encuentran dentro de ese margen facultativo; y por otra, tratándose de sentencias firmes, parece que la ley permitiría “una modificación de la sentencia, siempre que se tratara de una simple aplicación del nuevo texto legal a los hechos ya establecidos en el fallo”, pero no para “reabrir una investigación y reanudar la tramitación del proceso ... para determinar la posible existencia de los hechos constitutivos de una nueva atenuante creada por la ley” (12).

En consecuencia, la respuesta formulada en el encabezado de esta sección ha de responderse negativamente, pues en ciertos casos la aplicación al hecho concreto del art. 4.º de la Ley N.º 20.000 resultará más beneficiosa al reo, pero en otros no producirá ese efecto, ya que “no cabe dar una fórmula general y abstracta para decidir cuál es la ley más benigna” (13) en todos los supuestos de hecho.

Puestos en aplicación los principios sentados anteriormente al caso que nos ocupa, la cuestión es dilucidar si existen supuestos de hecho concretos en que su juzgamiento conforme al art. 4.º de la Ley N.º 20.000 llevaría a la imposición de una pena “menos rigurosa” que la impuesta en conformidad a lo dispuesto en al art. 5.º de la Ley N.º 19.366, o que la que correspondería imponer conforme a esas disposiciones, si todavía el hecho no ha sido juzgado. Corresponde, pues, analizar los grupos de casos concretos en que el problema se ha planteado, para determinar la corrección jurídica de los argumentos expuestos y las soluciones ofrecidas.

es también la doctrina dominante en Alemania [Cfr., por todos, Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, 3.ª ed., München 1997, p. 125, y Albin ESER, “Comentario al § 2 StGB, Rnd. 30”, en SHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzkomentar*, 24.ª ed., München 1991, p. 59. Oo., aislada, Günther JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., Berlin 1993, p. 104, quien argumenta a favor de la aplicación a todos los casos de las reglas excepcionales del §2.5 StGB, que permiten la “mezcla” de consecuencias accesorias, disposición que en JESCHECK/WEIGAND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed. (1996), trad. de M. Olmedo Alderete, Granada 2002, p. 151 se considera al parecer necesaria, pues se estima que tales consecuencias sólo tienen un “carácter parcialmente punitivo” (el subrayado es mío)] .

(12) Alfredo ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, 3.ª ed., t. I, p. 146s.

(13) POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2.ª ed., Santiago 2004, p. 131.

IV. SOLUCIONES A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS EN LOS NÚMEROS ANTERIORES: GRUPOS DE CASOS

1. **Posesión o venta a terceros de aparentes “pequeñas cantidades” de sustancias que no producen graves daños a la salud (i.e., “marihuana”), sin concurrencia de circunstancias especiales, cometido antes de la entrada en vigencia de la Ley N.º 20.000, y juzgado después del 16 de febrero de 2005**

Este caso es el del fallo de la 2.^a Sala del TOP Punta Arenas de 11-03-2005, RIT 4-2005. Se tuvo por acreditado (Considerando 7.^o) que los acusados vendieron en tres días distintos de los meses de junio y julio de 2004 a diversos sujetos pequeñas cantidades de “marihuana” prensada, a saber, 2,65 gramos, 2,87 gramos y 6,44 gramos, respectivamente.

El Tribunal, después de llamar a las partes a discutir la eventual aplicación del art. 4.^o de la Ley N.º 20.000, por ser aparentemente más favorable, resolvió aplicar la ley vigente al momento de los hechos, esto es, el art. 5.^o de la N.º 19.366 —dando por sentado el argumento legal del fiscal adjunto de que esta última disposición tiene efecto ultraactivo, por disponerlo expresamente el art. 1.^o transitorio de la N.º 20.000⁽¹⁴⁾—, reproduce en sus consideraciones lo sostenido por nosotros en nuestro Comentario al art. 18 CP⁽¹⁵⁾ —donde se afirma esencialmente lo mismo que en este informe, esto es, que la aplicación de la ley más benigna sólo es posible en un análisis concreto y no en abstracto—, y agrega:

- “2. Que en este caso haciendo un estudio de ambos textos legales en cuanto a sus figuras típicas, artículos 1.^o y 5.^o de la Ley 19.366 y 4 de la Ley 20.000, se aprecia que de igual forma en ambas ya sea por disposición legal o ponderando el mérito del proceso se puede aplicar la pena de presidio menor en su grado medio.
3. Que asimismo, ambos textos mantienen en su generalidad las mismas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal
4. Que por otro lado para el caso de la aplicación de multas, ambos textos facultan al tribunal para eximir la multa o aplicarle una menor a la señalada en la ley, para casos calificados.

(14) Lo que es, por lo demás, algo obvio, pues no se discute tal ultractividad, sino si la ley posterior es efectivamente más favorable al reo o no.

(15) POLITOFF/MATUS, *Comentario*, op. y loc. cit. El fallo cita impropiaemente “POLITOFF/ORTIZ”.

5. Que de igual manera en la aplicación de algún beneficio de la ley 18.216, ningún texto —más allá de algunas excepciones puntuales— deroga la facultad privativa al tribunal de conceder o no estos beneficios.
6. Que en consecuencia, si en el caso concreto de la aplicación de la pena, la nueva ley no es más favorable, procede aplicar la ley vigente a la comisión de los hechos, que es la ley 19.366.”

La resolución condena a los acusados por el delito de tráfico ilícito a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, por cada delito acreditado. Sin perjuicio de lo discutible de esta acumulación de penas en un delito de esta naturaleza⁽¹⁶⁾, la determinación de la ley aplicable y la argumentación utilizada parecen ajustadas a derecho, *en el caso concreto*.

En efecto, es cierto que, tratándose de sustancias comprendidas en el art. 2.º del Reglamento de la Ley N.º 19.366, la pena prevista en el art. 1.º de dicha Ley comprende *facultativamente* un marco que va desde el presidio menor en su grado medio al mayor en su grado medio, que incluye el marco penal del art. 4.º de la Ley N.º 20.000 (presidio menor en sus grados medios a máximo). Por tanto, si *el tribunal estima necesario hacer uso de la facultad que concede la Ley N.º 19.366*, precisamente teniendo en cuenta la “pequeña cantidad” traficada, efectivamente, la pena a imponer a este título no es más rigurosa que la correspondiente al art. 4.º de la Ley N.º 20.000. También lo es que las penas de multa dispuestas y su determinación son idénticas en ambas leyes, y que ninguna de ellas priva a los tribunales de la facultad de conceder o no un beneficio establecido en la Ley N.º 18.216, en los casos que se concede esta posibilidad.

Sin embargo, no es tan efectivo que los supuestos de aplicación de la Ley N.º 18.216 permanezcan idénticos, habida la ampliación de su alcance por la Ley N.º 20.000, que ya no exige para otorgar la libertad vigilada o la reclusión nocturna la colaboración eficaz del condenado, como lo hacía el derogado art. 40 de la Ley N.º 19.366. No obstante, bajo ambas leyes era posible conceder la *remisión condicional* si se cumplían los requisitos legales para ello y, puesto que en el caso concreto el tribunal impone a los acusados penas susceptibles de tal beneficio (inferiores a 3 años), resulta correcta su afirmación en el sentido de que, si en cualquier caso no se estimaban concurrir los restantes requisitos de procedencia de dicha medida, ambas normas son igual de gravosas para los reos y, por lo mismo, debe seguir rigiendo para el caso la Ley N.º 19.366. Tampoco es efectivo que en la Ley N.º 20.000 se mantienen las mismas circunstancias que en la N.º 19.366, pues a pesar de sus similitudes no todas son iguales ni producen los mismos efectos. Con todo, de vuelta al caso concreto, tal discusión carecía de sentido, pues ninguna de las agravantes o atenuantes especiales

(16) Cfr.

contempladas en ambas normas vino en ser materia del juicio ⁽¹⁷⁾, con lo que la conclusión del tribunal sigue siendo correcta para el caso particular.

2. Posesión o venta a terceros de aparentes “pequeñas cantidades” de sustancias estupefacientes productoras de graves daños a la salud (i.e., cocaína), sin circunstancias especiales, realizada bajo la vigencia del art. 5.º de la Ley N.º 19.366, pero juzgado con posterioridad al 16 de febrero de 2005

En la sentencia de 12-02-2005 del TOP Puerto Montt, RIT N.º1-2005, se estimó constitutivo de “microtráfico” la posesión (durante la vigencia de la Ley N.º 19.366) de un total de 78,29 gramos netos de Clorhidrato de Cocaína, distribuidos en diversas bolsitas, de un grado de pureza que fluctuaba entre los 49 y 70%, sancionándolo conforme al art. 4.º de la Ley N.º 20.000 y no a título de tráfico del art. 5.º de la Ley 19.366 como se solicitaba en la acusación. Según la sentencia, la aplicación del art. 4.º de la Ley N.º 20.000 se justifica no sólo por tratarse, a su juicio, de “pequeñas cantidades” de sustancias prohibidas ⁽¹⁸⁾, sino también porque aunque el hecho se cometió durante la vigencia de la Ley N.º 19.366, “en el caso concreto, indudablemente que es más favorable la ley n.º 20.000”, por lo que cabría su aplicación en virtud de lo dispuesto en el art. 18 CP.

(17) El Fiscal Adjunto alegó que, de aplicarse el art. 4.º de la Ley N.º 20.000, sería también aplicable la agravante de formar parte de una “agrupación o reunión de delincuentes”. Sin embargo, no se rindió prueba específica en ese sentido y su argumentación en el caso concreto aparece más bien como recurso retórico. Con todo, si esta agravación hubiese sido materia del juicio, aparece en este punto la discutida cuestión en la doctrina alemana del efecto de las calificantes, si han de tomarse como parte de la ley aplicable o han de apreciarse separadamente (Cfr. ROXIN, op. y loc. cit.). A nuestro juicio, puesto que hemos señalado, siguiendo a NOVOA, op. y loc. cit, que las leyes en juego deben apreciarse en “su contenido total en sus consecuencias penales”, estimamos que, en cada caso, habrá el tribunal de determinar cuál ley es más favorable, dependiendo “de los efectos reales que la aplicación de una u otra ley tenga para el afectado” (POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones PG*, loc. cit.). En la causa RIT N.º 227-2005 del Tribunal de Garantía de Quilpué se aplicó erróneamente esta doctrina al resolver sobre las medidas cautelares solicitadas contra quienes se encontraban formalizados de traficar ilícitamente, conforme al art. 5.º de la Ley N.º 19.366, 42 gramos de cocaína, al tomarse en cuenta en contra de los imputados la nueva circunstancia agravante de pertenecer a una agrupación de delincuentes. El error consistió en estimar sin más favorable en el caso la nueva ley, como lo pedía la defensa para aplicar la figura de microtráfico, pero que el tribunal estimó no aplicable a la especie, y no considerar la situación jurídica real en que quedaron los imputados.

(18) Consideración a la que se agrega la de las escasas capacidades cognitivas de la acusada y su bajo nivel socioeconómico, “perfil (que) no corresponde a un traficante mayor”.

Por otro lado, en la sentencia de 26-02-2005, RIT N.º 122-2004, del TOP Rancagua, se denegó la solicitud de la defensa en orden a considerar los hechos establecidos en el juicio oral —la posesión por parte de los acusados de 151 gramos de cocaína de pureza de alrededor de un 30%— como un supuesto de *microtráfico* del art. 4.º de la Ley N.º 20.000, por entender el Tribunal que en este caso no se trataba de “pequeñas cantidades”, tal como lo exige la ley (Considerando 9.º) ⁽¹⁹⁾. De este modo, la sentencia en cuestión implícitamente ha dado por admisible la alegación de la defensa, en el sentido de que sería legalmente posible aplicar el inc. 3.º del art. 18 a este supuesto, pues de acreditarse efectivamente que la sustancia traficada era una “pequeña cantidad”, la penalidad reducida en dos grados del art. 4.º de la Ley N.º 20.000 en relación con la del art. 1.º de la Ley N.º 19.366, aparece como evidentemente *más favorable al reo*, con independencia de las circunstancias concurrentes, más aún si se tiene en cuenta la posibilidad de aplicar alguno de los beneficios de la Ley N.º 18.216 ⁽²⁰⁾.

Finalmente, ya es en la misma acusación de la causa RIT 2989-2004 del Juzgado de Garantía de Rancagua, donde el fiscal adjunto califica la posesión de 20 gramos de pasta base de cocaína como “microtráfico”, hecho ocurrido el 5 de agosto de 2004 (bajo la evidente vigencia de la Ley N.º 19.366), solicitando se apliquen a la acusada las penas del art. 4.º de la Ley N.º 20.000 ⁽²¹⁾, a lo

(19) En el Considerando citado, el tribunal argumentó que los imputados “no justificaron que las cantidades de droga que poseían, estuvieran destinadas a ser comercializadas a menor escala”, y que, al contrario, no sólo no se les encontraron “papelillos” ni utensilios que demostraran una venta “directa al consumidor”, sino que la cantidad decomisada (151 gramos) permitía su distribución en al menos 300 dosis, con independencia de su pureza. En el mismo sentido se pronunció el Juzgado de Garantía de Antofagasta, al estimar en su resolución sobre medidas cautelares de 7-02-2005, RIT 991-2005, que 73 gramos de cocaína no pueden ser considerados una “pequeña cantidad” de la misma.

(20) Inmediatamente después, la sentencia del mismo TOP Rancagua de 02-03-2005, RIT N.º 123-2004, aplicando el criterio sentado en la resolución recién comentada, calificó de microtráfico el porte por parte del condenado de 28 papelillos de marihuana y 50 de cocaína, ocurrido bajo la vigencia del art. 5.º de la Ley N.º 19.366, a cuyo título se le acusaba, y lo sancionó a la pena de tres años y diez meses de presidio menor en su grado máximo, en vez de la solicitada por el Fiscal de 7 años y 540 días por cada sustancia traficada. Aunque el fallo es interesante para la discusión acerca de qué ha de entenderse por “pequeña cantidad”, no corresponde aquí esta discusión.

(21) Cabe destacar que la actuación del Fiscal Adjunto en este caso se ajusta perfectamente a lo dispuesto en el N.º 2.4, B.2, del Instructivo N.º 3 de la Ley N.º 20.000, sobre los efectos de la ley N.º 20.000 en el tiempo a partir de su entrada en vigencia y la relación con la Ley N.º 19.366, en particular respecto del nuevo delito de microtráfico, Oficio N.º 50/2005 del Fiscal Nacional de 26-01-2005.

que el tribunal accede, sin oposición de la defensa, en fallo de procedimiento abreviado de 23-02-2005.

3. Posesión o venta a terceros de aparentes “pequeñas cantidades” de sustancias estupefacientes productoras de graves daños a la salud (i.e., cocaína), sin circunstancias especiales, juzgado y fallado como delito de tráfico ilícito conforme al art. 5.º de la Ley N.º 19.366, antes del 16 de febrero de 2005

En la sentencia del TOP Punta Arenas de 23-12-2005, RIT N.º 19-2004, se denegó la solicitud de la Defensoría Penal Pública que pedía la reducción de la pena de unos condenados por la venta de 11 gramos de cocaína. La sentencia parece comenzar a fundamentar correctamente su resolución en los Considerandos 11.º y 12.º, al poner en claro que la cuestión a debatir es, primero, si puede o no considerarse “pequeña cantidad” la decomisada a los condenados, agregando que en caso de ser negativa la respuesta, la pena prevista tanto en el art. 1.º de la Ley N.º 19.366 como en el de la N.º 20.000 es la misma, pero si se afirmase que 11 gramos de cocaína son una “pequeña cantidad”,

“... Debería concluirse que la nueva norma legal contempla penas menos rigurosas (presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 10 a 40 unidades tributarias mensuales y accesorias), de proceder en este sentido ello equivaldría a mutar el tipo penal configurado bajo el alero de la Ley N.º 19.366 (artículo 5.º en relación con el artículo 1.º), por el de microtráfico ilícito de estupefacientes del primer texto legal citado (artículo 4.º en relación con el 1.º)”.

Hasta aquí la sentencia razona correctamente y hubiese bastado una afirmación en uno u otro sentido para zanjar la discusión, pues a falta de indicación legal de lo que es “pequeña cantidad” —dejando a salvo la interpretación propuesta *supra* 1—, la calificación en cada caso concreto de lo que ha de entenderse por “pequeña cantidad” está entregada a la prudencia del tribunal del fondo. Y esto fue precisamente lo que parece haber resuelto la Corte Suprema en su fallo de 10-03-2005 (Rol 1025-2005) recaído en la apelación del recurso de amparo presentado por los solicitantes en este caso, al afirmar:

“Que el hecho por el cual se condenó a los recurrentes no es constitutivo de ninguna de las situaciones a que se refiere el artículo 4 inciso segundo de la Ley N.º 20.000, motivo por el cual no resulta procedente la aplicación al caso de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 18 del Código Penal en relación con el artículo 1 transitorio de la referida ley 20.000”.

Sin embargo, el TOP de Punta Arenas rechazó la solicitud de la Defensoría Penal no refiriéndose al hecho por el que habían sido condenados primitivamente los solicitantes, sino con el argumento de que no estaba facultado para

entrar a calificar nuevamente ese hecho, esto es, si la venta de 11 gramos de cocaína era o no de una “pequeña cantidad”, pues, según sostiene su Considerando 15.º:

“No resulta admisible pretender que bastaría con darles una calificación jurídica distinta a los hechos establecidos por la sentencia definitiva dictada en esta causa, pues éstos deberían ser adaptados al nuevo tipo penal, microtráfico ilícito de estupefacientes, incorporando la exigencia de que se trate de “una pequeña cantidad de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas”. Así, una nueva calificación jurídica, por esta vía, importaría una necesaria valoración previa de prueba referida al elemento o exigencia del aludido microtráfico creado por la nueva ley, probanzas que ahora no se han rendido, ni correspondía hacerlo, pues ello pugna con los nuevos procedimientos penales y sus principios establecidos por el legislador, ya que se haría imprescindible la existencia de un procedimiento en que se concluyera que el hecho configura microtráfico ilícito de estupefacientes, lo que evidencia que aquí queda descartada la vigencia retroactiva de la nueva ley en referencia, porque se ha establecido un nuevo tipo penal” (22).

Ofrece en este punto el fallo analizado una interesante variante de lo sostenido por ETCHEBERRY, en el sentido de que el “propósito del legislador” al establecer el art. 18 no ha sido el que se permita la revisión de los hechos establecidos por un fallo anterior, ni siquiera “para determinar la posible existencia de los hechos constitutivos de una nueva atenuante”, sino permitir “una modificación de la sentencia, siempre que se tratara de una *simple aplicación*

(22) A mayor abundamiento, la sentencia analizada agrega en el Considerando 15 que se cita que proceder a la calificación de los hechos conforme a la nueva situación legal violaría los principios de cosa juzgada (certeza) y “la gran gama de principios que han sido incorporados en los nuevos procedimientos penales”, argumentos que por su falta de base jurídica debemos considerar meramente retóricos, ya que es precisamente la Constitución la que manda, en casos de retroactividad favorable, aplicar leyes no vigentes al momento de la comisión de los hechos e incluso modificar sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada para ello, si es necesario. Tampoco es de recibo el argumento de que el art. 4.º establecería un nuevo tipo penal, en el sentido de que se trataría de hechos antes no tipificados (principio de tipicidad, Considerando 14), por las razones apuntadas *supra* 1 y 2. Este argumento del fallo criticado aparece también en la sentencia del TOP Puerto Montt de 02-03-2005, RIT N.º 29-2004, y en las Resoluciones 1724 y 1905 de la CA Arica de 01-03-2005 y 04-03-2005, respectivamente, sobre medidas cautelares. En estas dos últimas resoluciones este mal argumento no permite siquiera una contrastación con la realidad, pues en ellas ni siquiera se explicitan los hechos sobre que recae, derivando puramente en una suerte de adscripción mágica: si se entiende que el art. 4.º es un “delito nuevo”, no hay retroactividad favorable y punto. Sin embargo, el art. 18 CP y la Constitución no se refieren a la “tipicidad” legal como fundamento para su aplicación, sino a los hechos que han sido juzgados y que podrían merecer, conforme a la nueva valoración social, menor pena.

del nuevo texto legal a los hechos establecidos en el fallo”⁽²³⁾, como sería en la especie declarar que la cantidad decomisada a los condenados es un “pequeña cantidad”. Creo que lleva razón el TOP de Punta Arenas en centrar en este aspecto crucial la discusión, aunque no en la conclusión que extrae de ello. En efecto, constituiría una verdadera “revisión” de la causa entrar a discutir mediante una solicitud fundada en el art. 18 CP los hechos establecidos en una sentencia posterior y lleva razón ETCHEBERRY al señalar que ése no ha sido el propósito del legislador al regular la retroactividad benigna. Sin embargo, en el caso concreto ni la Defensoría Penal ofreció prueba ni la Fiscalía la desvirtuó, pues no se trataba de alterar los hechos establecidos en la condena primitiva, esto es, que los condenados habían participado en la venta de 11 gramos de cocaína, sino determinar si esos hechos, así establecidos, los consideraría el legislador actual un caso de tráfico del art. 3.º o uno de microtráfico del 4.º Esta calificación puede hacerse sin necesidad de un nuevo procedimiento, como parece requerir el TOP de Punta Arenas, sino con la sola apreciación prudencial del tribunal sobre los hechos establecidos en la sentencia que se solicita adecuar a la ley más favorable, o como señala Etcheberry, “*con la simple aplicación del nuevo texto legal a los hechos establecidos en el fallo*”⁽²⁴⁾.

Que ello es posible en un caso como el analizado lo demuestra la sentencia del TOP de Antofagasta de 05-05-2005, RIT N.º 65-2004, donde el Tribunal rechaza la solicitud de la Defensoría Penal Pública por considerar que la cantidad de sustancias prohibidas decomisadas al condenado (10,4 gramos de pasta base de cocaína de un 82% de pureza) y el modo en que la portaba (en 88 papelillos), no permitía considerarla una “pequeña cantidad”. Según el Considerando 3.º de este fallo,

“si el hecho ya establecido en la sentencia, puede ser calificado como tráfico de pequeñas cantidades de droga, obviamente debe convenirse que una nueva ley ha aplicado una pena ‘menos rigurosa’ para el mismo hecho y, por ende, corresponde reducirla conforme al inciso tercero del artículo 18 del Código Penal.

(23) ETCHEBERRY, op. y loc. cit. (las cursivas son mías). De manera confusa, el fallo citado también afirma esta conclusión en su Considerando 16, aunque sin extraer mayores consecuencias de ello, como se desprende de su parte resolutive.

(24) La categórica afirmación del fallo analizado, en el sentido de que “el delito que cometieron los imputados fue el de tráfico ilícito de estupefacientes, y el fallo respectivo se encuentra ejecutoriado”, se asienta en una confusión entre los hechos establecidos en el proceso primitivo (“que en tal fecha y lugar los imputados participaron en la venta de 11 gramos de cocaína”), y su calificación jurídica (que tales hechos “constituían el delito de tráfico ilícito de estupefacientes del art. 5.º de la Ley N.º 19.366”), muy común en nuestra jurisprudencia y que provoca innumerables dolores de cabeza a quienes quieren recurrir de nulidad por errónea aplicación de la ley, cuando ésta se funda en “hechos” “establecidos” con las palabras con que la ley describe el tipo penal.

No se trata, pues, de modificar los hechos establecidos en la sentencia ya que los mismos, para estos efectos, resultan inamovibles para el tribunal sino, exclusivamente, analizar si éstos pueden ser calificados, jurídicamente, dentro de la figura prevista en el artículo 4.º de la Ley N.º 20.000” (25).

A este argumento, que justifica racionalmente la recalificación jurídica de hechos inamovibles para dar lugar a la aplicación del art. 18 CP, añade el TOP de Antofagasta una justificación de justicia material que resume el *quid* de la disputa:

“resulta evidente que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable al imputado establecido en el artículo 18 del Código Penal e incluso en el inciso séptimo del N.º 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, se asiente en un criterio de justicia elemental, cual es que personas condenadas con anterioridad no sufran penas superiores a aquellas que, con posterioridad, ejecutan conductas similares.”

4. Posesión o venta a terceros de aparentes “pequeñas cantidades” de sustancias que no producen graves daños a la salud (i.e., “marihuana”), sin concurrencia de circunstancias especiales, juzgado y fallado como delito de tráfico ilícito conforme al art. 5.º de la Ley N.º 19.366, antes del 16 de febrero de 2005

El fallo del Juzgado de Garantía de Valdivia de 23-02-2005 recae en este supuesto: la Defensoría Penal Pública pide la reducción de la pena de un condenado a quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y accesorias, como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, perpetrado en esa ciudad el 18 de febrero de 2004, consistente en la posesión de “diecisiete pape-lillos cannabis sativa con un peso total de 9,6 gramos”.

(25) Este es también el razonamiento implícito en la resolución del TOP Valparaíso de 10-03-2005, RIT 161-2004, donde después de reproducirse los hechos establecidos por la sentencia primitiva (posesión de 57,48 gramos bruto de clorhidrato de cocaína y 1,81 gramos bruto de cannabis sativa), se señala: “en consecuencia, este Tribunal debe verificar si, respecto de los hechos que se han dado por establecidos, en la sentencia en comento, es posible la aplicación de la Ley N.º 20.000, en orden a que ellos pudieran quedar ahora comprendidos en el artículo 4.º de la nueva Ley de Drogas, en otras palabras, si la cantidad de droga incautada pueda ser considerada como “pequeña cantidad” y en consecuencia, se le aplique la pena allí establecida, que lógicamente, es más benigna que la contemplada en la Ley N.º 19.366, vigente a la fecha de la dictación de la sentencia condenatoria” (Considerando 2.º); lo que en definitiva se desestima, argumentando que las cien dosis que permite comercializar la cantidad de cocaína decomisada no puede considerarse propia de un “microtráfico”.

Correctamente, el fallo no busca desvirtuar la aplicación del art. 18 inc. 3.º CP al supuesto, sino investiga si se dan sus presupuestos, esto es, si efectivamente corresponderían a los hechos establecidos en la condena primitiva una pena “menos rigurosa” de aplicárseles la nueva disposición del art. 4.º de la Ley N.º 20.000. Para ello, se afirma que efectivamente es, en principio, aplicable a los hechos sancionados esta última disposición, pues la sentencia cuya modificación se solicita declaró expresamente como “exigua” la cantidad de droga decomisada (Considerandos 10.º a 12.º). Sin embargo, la solicitud de rebaja penológica se rechaza, como correspondía en el caso, pues

“la ley recientemente promulgada no resulta más favorable para el sentenciado, desde que asigna a los hechos por los que se le condenó la misma penalidad que le aplicara la sentencia, esto es, presidio menor en sus grados medio, atento a las circunstancias que tuvo a la vista el sentenciador”.

Además, en el Considerando 15.º de la resolución comentada, rechazó el Tribunal en este caso —también correctamente— la aplicación de una *lex tertia*, como sugería el defensor, al solicitar que se aplicara no sólo la pena del art. 4.º de la Ley N.º 20.000, sino conjuntamente la rebaja facultativa del art. 1.º de la Ley N.º 19.366, en virtud de la cual fue condenado primitivamente, pues:

“no es posible acoger la proposición de la defensa en orden a considerar como un derecho adquirido la cuantía de la pena aplicada en la sentencia, a la que se llegó luego de considerar circunstancias no contempladas en la ley de reciente promulgación, para que, a continuación, a partir de allí, se proceda a hacer aplicación de nuevas circunstancias que creó, con el propósito de arribar así a un exceso de rebaja en la pena, que no se encuentra contemplada en la nueva ley, y, por ende, no querida por la misma, sin vulnerar con ello los principios generales del derecho”.

En cambio, el TOP de Coyahique en resolución de 15-03-2005, RIT N.º 19-2004, aunque acertadamente no aplica el art. 18 a un caso similar (el condenado había sido sorprendido portando tres envoltorios con marihuana con un peso neto de 3,4 gramos), equivoca el fundamento de su resolución, pues no se trata aquí —como afirma el tribunal— de un supuesto en que se haya creado un nuevo delito (el del art. 4.º de la Ley N.º 20.000), sino de la determinación, primero, si la calificación de los hechos establecidos en el fallo primitivo puede o no hacerse conforme a la nueva ley y, en segundo término, si de esa calificación resulta o no una pena “menos rigurosa” para el condenado, lo que en este caso en particular no parece suceder.

V. APLICACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTENIDAS EN EL ART. 62 DE LA LEY N.º 20.000 A LOS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD DE LA LEY N.º 18.216, EN RELACIÓN CON EL DEROGADO ART. 40 DE LA LEY N.º 19.366

1. **Ámbito de la discusión. Los alcances del art. 62 de la Ley N.º 20.000, en relación con el derogado art. 40 de la Ley N.º 19.366**

El art. 40 de la Ley N.º 19.366 limitaba la aplicación de las medidas alternativas de *reclusión nocturna* y *libertad vigilada*, contempladas en los arts. 8.º y 15 de la Ley N.º 18.216 a los condenados por los delitos que allí se establecían que no se hubiesen beneficiado con la atenuante de *cooperación eficaz* de su art. 33. Esta disposición, que se basaba en la desconfianza del legislador de 1995 acerca de la eficacia de tales medidas, atendida la “gravedad de las infracciones y los medios con que cuenta esta delincuencia para eludir el cumplimiento de la pena”, no pudo, sin embargo, evitar que se recurriera al beneficio de la *remisión condicional* con cierta amplitud, dado que para ello no establecía limitación alguna⁽²⁶⁾.

Con todo, como señala el Mensaje N.º 232-241 de 2.12.1999 que acompañó al Proyecto de la que actualmente es la Ley N.º 20.000, este cuerpo legal ha repuesto la procedencia de dichas medidas alternativas, con el argumento de que “en los casos en que se cumplan sus requisitos, de un lado, podrá lograrse mayor cantidad de condenas, con el consiguiente efecto social preventivo; del otro, se obtendría una significativa descongestión en los recintos penitenciarios, para dar lugar a aquellos condenados que deben cumplir efectivamente las penas más altas”. Además, se reproduce el Informe Final de la segunda etapa del proyecto de cooperación CEPAL-CONACE, de 1999, en el que, refiriéndose a esta materia se señala: “Pareciera entonces que se incurre en un uso del castigo y la violencia penal sin proporcionalidad, diferenciación ni individualización. Como consecuencia de ello, el sistema de administración de justicia criminal se ve desbordado por la criminalidad referida al tráfico de drogas y la población carcelaria aumenta con el consiguiente agravamiento en problemas de habitabilidad de nuestras prisiones”.

Con base a estas argumentaciones, el texto propuesto por el citado Mensaje se limitaba a declarar la procedencia de todas las medidas alternativas de la Ley

(26), “Determinación legal de la pena en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes”, en POLITOFF/MATUS: *Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, Santiago, 2000, pp. 415-482, p. 430.

N.º 18.216 a todos los casos en que, cumpliéndose sus requisitos particulares, correspondiese respecto de los condenados por los delitos que se establecían en el Proyecto. Las modificaciones sufridas por el texto original en la tramitación parlamentaria parecen llevar un poco más adelante estas ideas.

En efecto, en primer lugar, a pesar del categórico enunciado del citado art. 62 de la Ley N.º 20.000, lo cierto es que poco añade al requisito establecido para conceder la *remisión condicional* y la *libertad vigilada* de que el reo no haya “sido condenado anteriormente por crimen o simple delito”, contemplado en la letra b) de los arts. 5.º y 15 de la Ley 18.216, respectivamente, salvo la aclaración de que no es necesario que el condenado sea propiamente un *reincidente* ⁽²⁷⁾, esto es, que haya cumplido efectivamente la pena impuesta. Y en segundo término, permite, más allá de lo dispuesto por la Ley N.º 18.216 para los supuestos comunes, aplicar cualquiera de las medidas de dicha ley aún a personas condenadas y reincidentes, siempre que “les sea reconocida la atenuante establecida en el art. 22” de la Ley N.º 20.000, esto es, su *cooperación eficaz*.

Sólo en un caso esta nueva disposición genera una situación más perjudicial para el reo que las reglas generales de la Ley N.º 18.216, al hacer inaplicable la *reclusión nocturna* al condenado a menos de dos años de privación de delitos por delitos de la Ley N.º 20.000 o de la Ley N.º 19.366, que no gocen de la atenuante de cooperación eficaz. Sin embargo, puesto que en tales casos procedería la aplicación del beneficio si se acogiera la atenuante de cooperación eficaz, la situación del reo es igual a la existente con el anteriormente vigente art. 40 de la Ley N.º 19.366.

En conclusión, por regla general, en lo que se refiere a los requisitos de procedencia de las medidas alternativas de la Ley N.º 18.216, la regulación del art. 62 de la Ley N.º 20.000 parece más beneficiosa para el reo que la del art. 40 de la Ley N.º 19.366.

2. Problemas prácticos (i): ¿Son aplicables las reglas de retroactividad favorable a las disposiciones sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad de la Ley N.º 18.216?

El art. 18 CP y el 19 N.º 3, inc. 7.º CPR se refieren, sin duda alguna, al efecto favorable de las leyes posteriores que eximen al hecho de toda pena o le imponen una “menos rigurosa”. Y es más o menos claro que, jurídicamente al menos, las disposiciones previstas en la Ley N.º 18.216 para conceder los bene-

(27) Como se señala en POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones PG*, pp. 543 y ss, como requisito general para estas medidas.

ficios de *remisión condicional* y *libertad vigilada*, con las limitaciones impuestas antes por el art. 40 de la Ley N.º 19.366, y ahora, por el 62 de la Ley N.º 20.000, *ni eximen al hecho de pena ni le imponen una “menos rigurosa”*, sino, como declara su artículo 1.º, permiten únicamente suspender su ejecución. En cambio, tratándose de la *reclusión nocturna*, el efecto es la *sustitución de la pena impuesta por otra diferente*, y, en principio, “menos rigurosa” (28).

Sin embargo, en todos los casos de aplicación de alguno de estos beneficios es un hecho que no merece discusión que *materialmente su efecto en la vida del condenado es más beneficioso que la imposición efectiva de la condena suspendida*. Luego, tanto desde el punto de vista jurídico (suspensión de la condena), como material (el reo no es privado de libertad), el condenado se encuentra en “mejor situación”, criterio que ofrece GARRIDO MONTT para discernir el punto (29). Es por ello que nosotros, así como nuestra jurisprudencia anterior al cambio legislativo examinado (30), hemos entendido que la regulación de tales medidas se encuentra abarcada por el principio de irretroactividad (y, consecuentemente, de retroactividad favorable), consagrado en el art. 19 N.º 3, inc. 7.º CPR (31).

Por lo anterior, la resolución del TOP Puerto Montt de 02-03-2005, RIT 29-2004 rechaza correctamente el argumento del Fiscal Adjunto de considerar como meramente “administrativas” estas disposiciones, agregando en su Considerando 8.º que

“la suspensión de la ejecución de una condena corporal, es un pronunciamiento de fondo de los jueces de la instancia, y no una cuestión meramente administrativa como argumenta el acusador institucional, ello en razón, a que la suspensión de cualquier condena, y al consecuente otorgamiento de un beneficio, más allá de los antecedentes científicos y de los profesionales relacionados, pasan por una cuestión valórica que resuelven en definitiva los jueces del fondo, y que no queda entregado a los instancias administrativas que intervienen en dicha determinación”.

Finalmente, un acertado argumento de justicia material expone a este respecto el Considerando 3.º de la resolución del TOP Antofagasta de 05-03-2005, RIT 65-2004, donde se afirma que el

“sentido básico de justicia (que personas condenadas con anterioridad no sufran penas superiores a aquellas que, con posterioridad, ejecutan conductas similares),

(28) POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones PG*, p. 544.

(29) GARRIDO MONTT, Mario, *op. cit.*, p. 109.

(30) SCS 31.12.1996, en GJ 198, p. 98, y SCA Talca 31.03.1995, Rol N.º 265.607.

(31) POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones PG*, p. 126.

encerrado en la norma (del art. 18 CP) también lleva a rechazar la posición del señor Fiscal en orden a que sólo podría considerarse el aspecto sustantivo mas no lo que dice relación con eventuales beneficios alternativos pues resultaría execrable que personas que, con posterioridad, cometen un delito encontrándose en idénticas posiciones jurídicas, gozaran de un beneficio alternativo al cumplimiento efectivo de la pena y quienes lo ejecutaron con anterioridad no pudieran hacer uso del mismo.”

Otra cosa es, naturalmente, si en el caso concreto *se reúnen los requisitos para conceder el beneficio legalmente impedido de tomar en cuenta anteriormente*. Y por ello la primera de las resoluciones citada anteriormente, admitiendo la necesidad de considerar esta posibilidad, conforme a las reglas de la retroactividad benigna, concluye que no reúnen los solicitantes tales requisitos, por lo que se rechaza la petición ⁽³²⁾.

3. Problemas prácticos (ii): ¿Puede admitirse, en estos casos, la aplicación de un símil de *lex tertia*?

La resolución del TOP de Punta Arenas de 23-02-2005, RIT 19-2004, que sostiene correctamente una estricta *alternatividad* entre las leyes reguladoras del tráfico ilícito para decidir acerca de su favorabilidad ⁽³³⁾, extiende esta *alternatividad* a las regulaciones especiales que de las medidas alternativas de la Ley N.º 18.216 hacen aquellos cuerpos legales, con el argumento de que

“al decidir la irretroactividad de la Ley N.º 20.000, en cuanto a la rebaja de penas solicitada, también corresponde hacer extensiva la irretroactividad a la concesión de beneficios de la Ley N.º 18.216, pues en la especie, debe mantenerse una línea determinada y coherente en la aplicación de las disposiciones legales, sin discriminar en términos de decir, para este efecto es irretroactiva y es retroactiva para este otro, por lo que tampoco corresponde conceder beneficio alguno de la Ley N.º 18.216”.

Sin embargo, dado que las regulaciones relativas a las medidas alternativas establecidas en la Ley N.º 18.216 no afectan la calificación jurídica de los

(32) Resolución TOP Puerto Montt 02-03-2005, RIT 29-2004, Considerando 9.º En la también citada resolución del TOP Antofagasta de 05-03-2005, RIT 65-2004, el punto no se falló, pues se estimó que la condena a 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo —extensión que impide considerar cualquiera de las medidas alternativas de la Ley N.º 18.216— se encontraba ajustada a derecho, al no tratarse en la especie de “microtráfico” sino de tráfico ilícito y no ser, por tanto, aplicable una disposición de la nueva Ley N.º 20.000 que tuviese una pena más favorable.

(33) La expresión, en este sentido, es usada entre nosotros por GARRIDO MONTT, Mario, op. y loc. cit.

hechos ni la pena impuesta, sino sólo el *modo de su ejecución*, esto es, si se suspenderá o sustituirá, parece admisible su aplicación aislada, produciendo un efecto similar al de la *lex tertia*, pero no idéntico, pues aquí no se trata de crear judicialmente la valoración social del hecho, sino de aplicar una alternativa legítima y socialmente admitida de ejecución de una pena impuesta *conforme a la valoración social que resulta de la elección de la ley aplicable a la calificación del hecho y la pena a imponer*. Luego, no se trata únicamente de “mantener la línea” argumentativa, sino de decidir el punto de acuerdo con la naturaleza de las normas en juego: la extensión de la retroactividad favorable a las regulaciones relativas a medidas alternativas a las penas privativas de libertad se fundamenta en que *materialmente* su aplicación o no a la ejecución de una pena impuesta conforme a la ley aplicable en ese caso concreto supone un cambio en la posición del condenado que puede considerarse más o menos favorable.

INFORME SOBRE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY N.º 20.084⁽³⁴⁾

I. LA IRRETROACTIVIDAD FAVORABLE EN GENERAL Y EL PROBLEMA DE LAS LEYES CON VIGENCIA DIFERIDA EN EL TIEMPO

Aunque entre nosotros no parece una materia discutible la vigencia del principio de *retroactividad favorable*⁽³⁵⁾, una cosa es afirmar su carácter de principio general y otra bien diferente determinar *los casos y el modo* en que se aplica, tal como lo señalara anteriormente a propósito de un problema similar

(34) El informe que se transcribe fue solicitado por el Sr. Jefe del Departamento de Menores de la División de Defensa Social del Ministerio de Justicia a su autor, con fecha 15-6-2006.

(35) Cfr., por todos, GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 107, quien al referirse a las disposiciones constitucionales que lo consagran, señala que “se explican por sí mismas”. Como señala STRATENWERTH, el fundamento de este efecto indiscutido de la ley más favorable es que “si la modificación legislativa se corresponde con un cambio en la *valoración* ético-social, de modo que el hecho ya no se considera merecedor de pena o se lo considera así en menor medida que antes, la nueva regulación debe repercutir en el hecho cometido con anterioridad” (STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal, parte general I*, 4.ª ed. (2000). Traducido por CANCIO M., Manuel y SANCINETTI, Marcelo. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 87).

originado en relación a la aplicación retroactiva del art. 4.º de la Ley N.º 20.000⁽³⁶⁾.

Básicamente, *los casos* de retroactividad favorable son aquellos en que un hecho concreto, sometido a juicio conforme a una ley posterior, sea eximido de toda pena o se le aplique una “menos rigurosa” que la impuesta conforme a la ley anterior⁽³⁷⁾, y el *modo* de hacer esta determinación es juzgando el hecho concreto completamente y con todas sus circunstancias, de acuerdo a las dos leyes en juego, sin que le esté permitido al juez “combinar los aspectos más favorables de ambas para aplicarlas simultáneamente”⁽³⁸⁾. Por lo tanto, no se trata de examinar *abstractamente* las normas y marcos penales de las disposiciones en juego⁽³⁹⁾, ni de tomar de una u otra ley lo que particularmente favorezca al reo, de modo de terminar construyendo una tercera ley (*lex tertia*), creación para la cual los tribunales no están, en principio, facultados⁽⁴⁰⁾.

Además, como bien señala ETCHEBERRY, por una parte, la elección de la ley aplicable se hace mucho más difícil en casos en que los marcos penales son

(36) MATUS A., Jean Pierre. “Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación práctica de la ley N.º 20.000”. *Ius et Praxis*, 2005, Vol. 11, N.º 2, p. 333-352.

(37) CURY U., Enrique. *Derecho Penal*, 7.ª ed. Santiago: Ed. P. Universidad Católica de Chile, 2005, p. 228.

(38) NOVOA M., Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*. T.I. 3.ª ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2005. Texto original (1960) con notas de actualización legal, p. 187.

(39) POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre. “Comentario al art. 18 Código Penal”. En POLITOFF, S.; ORTIZ, L., MATUS, J.P. *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile 2004, p. 267.

(40) BASCUÑÁN R., Antonio. “Nota a la SCS 19-03-2003 rol 1157-02”. *Rev. de Derecho U. Adolfo Ibáñez*, 2004, Vol. 1, p. 221 y ss. En la sentencia que se anota también se afirma el principio señalado *supra*, pero —como destaca BASCUÑÁN R.—, al parecer no se le da aplicación, mediante una exclusión “sucesiva” de consecuencias jurídicas perjudiciales para el reo. Como bien anota BASCUÑÁN, ésta es también la doctrina dominante en Alemania [Cfr., por todos, ROXIN, Claus. *Strafrecht AT*, 3.ª ed. München: H. C. Beck, 1997, p. 125, y ESER, Albin. “Comentario al § 2 StGB”, Rnd. 30. En SHÖNKE. A., SCHRÖDER, H. *Strafgesetzkomentar*. 24.ª Auf. München: C. H. Beck, 1991, p. 59. Oo., aislada, JAKOBS, Günther. *Strafrecht AT*. 2.ª Auf. Berlin: Dunker & Humblot, 1993, p. 104, quien argumenta a favor de la aplicación a *todos los casos* de las reglas excepcionales del §2.5 StGB, que permiten la “mezcla” de consecuencias accesorias, disposición que en JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed. (1996). Traducido por OLMEDO C., Miguel. Granada: Comares, 2002, p. 151, se considera al parecer necesaria, pues se estima que tales consecuencias sólo tienen un “carácter *parcialmente* punitivo” (el subrayado es mío)] .

facultativos y las penas en juego se encuentran dentro de ese margen prudencial; y por otra, tratándose de sentencias firmes, parece que la ley permitiría “una modificación de la sentencia, siempre que se tratara de una simple aplicación del nuevo texto legal a los hechos ya establecidos en el fallo”, pero no para “reabrir una investigación y reanudar la tramitación del proceso ... para determinar la posible existencia de los hechos constitutivos de una nueva atenuante creada por la ley” (41). En consecuencia, “no cabe dar una fórmula general y abstracta para decidir cuál es la ley más benigna” (42) en todos los supuestos de hecho, y por tanto, es necesario un ejercicio caso a caso para determinar cuándo sería en principio más favorable la aplicación de la Ley N.º 20.084 y cuándo no.

Adicionalmente, en los casos en que se ha diferido en el tiempo la “entrada en vigencia” de una determinada normativa legal, como sucede precisamente en el caso de la Ley N.º 20.084 (43), Antonio BASCUÑÁN R. ha planteado que no cabe discutir si las disposiciones de la ley no vigente por haberse aplazado su aplicación en el tiempo son o no más favorables, pues “si la ley no ha entrado en vigencia, no es aplicable” (44). Ante el argumento de que al referirse a la retroactividad favorable tanto la Constitución como el Código Penal hacen clara alusión al “acto promulgatorio” y no a la entrada en vigencia temporal de la ley, BASCUÑÁN R. sostiene que la expresión “promulgada” tendría originalmente en el Código de 1874 el sentido de “vigente”, esto es, obligatoria por haber sido publicada en el “periódico oficial”, según el texto vigente del art. 6.º del Código

(41) ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*, 3.ª ed., T. I. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1998, p. 146s.

(42) POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, M.ª Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2.ª ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2004, p. 131.

(43) Cuya vigencia ha sido sucesivamente diferida, primero, para el 8 de junio de 2006 y luego, ante la imposibilidad material de su aplicación en esa fecha, para el 8 de junio de 2007. Al respecto, el Mensaje del Ejecutivo con que se inició la tramitación de la Ley N.º 20.110, que postergó la entrada en vigencia del sistema de justicia penal juvenil, señala que “a pesar de los esfuerzos desplegados por todas las instituciones involucradas en la puesta en marcha —Servicio Nacional de Menores, Defensoría Penal Pública, Gendarmería de Chile, Ministerio Público y Poder Judicial, entre otras— el sistema presenta algunas carencias que ponen en riesgo la consecución de los objetivos (de la ley), sobre todo en lo que respecta a la administración de las sanciones que dispone la ley N.º 20.084 y, más particularmente, en relación con las sanciones dispuestas en centros semicerrados y los programas vinculados con educación y rehabilitación del consumo de drogas para adolescentes infractores de la ley penal”.

(44) BASCUÑÁN R., Antonio. “¿Aplicación de leyes penales que carecen de vigencia?”. *Rev. del Abogado*, Julio 2001, N.º 22, p. 21.

Civil de 1856. A este argumento cabe oponer el de que el Constituyente de 1980 conocía perfectamente la diferencia entre la promulgación y la publicación, definiendo el acto promulgatorio como la adicional aprobación por el Presidente de un proyecto de ley antes aprobado por las Cámaras (art. 72 CPR) ⁽⁴⁵⁾, cuya publicación el propio constituyente ordena hacer “dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio” (art. 75 CPR) ⁽⁴⁶⁾. Por otra parte, no se ve cómo es “más garantista” una interpretación que niega aplicación a la ley promulgada, por la sola posibilidad de que ésta derive en ser una ley intermedia, si BASCUÑÁN admite que “la finalidad de evitar un exceso en la valoración del merecimiento o necesidad de la pena de la conducta (...) puede justificar desde un punto de vista garantista aquello que carece de sentido sistémico” ⁽⁴⁷⁾. En efecto, primero que nada, no es del todo exacto que una ley cuya “vigencia” está diferida no sea parte del sistema normativo, pues la ley, como expresión de la voluntad soberana ⁽⁴⁸⁾, existe desde el acto promulgatorio y no desde su publicación, tal como lo reconoce la Constitución en sus artículos 72 y 75 y, empíricamente, se puede comprobar por la tramitación, numeración y registro del Decreto Promulgatorio en la Contraloría General de la República, con independencia de la fecha en que la propia ley señala comienza a regir; y además es obligatoria al menos en todas sus partes cuya “vigencia” no está diferida (y no puede discutirse que las propias disposiciones de la ley que difieren su “vigencia” u “obligatoriedad” han de considerarse “vigentes” u “obligatorias”). Y en segundo lugar, dada la existencia de un cambio de valoración de la comunidad, expresado en la promulgación de la ley, sí es un exceso no darle aplicación a esa valoración, cuando

(45) La Constitución también conoce otra forma *extraordinaria* de promulgación, por medio de sentencia del Tribunal Constitucional, en los casos en que el Presidente no promulga ni veta un proyecto aprobado por las Cámaras (art. 93 N.º 8), distinta de su *publicación*.

(46) Es interesante destacar que, incluso la doctrina más autorizada anterior a la Ley N.º 9.400 ya había reconocido esta diferencia, precisamente a la hora de interpretar el inc. 1.º del anteriormente vigente art. 6.º del Código Civil, donde promulgar debía entenderse como el “acto por el cual el Jefe del Estado atestigua al cuerpo social la existencia de la ley y ordena su ejecución” (Cfr. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel, y VODANOVIC, Antonio. *Derecho Civil, Parte General y las Personas*, 2.ª ed. Santiago: Ed. Nascimento, 1945, p. 178).

(47) BASCUÑÁN R., *¿Aplicación...*, p. 20 y ss.

(48) Se utiliza el concepto del art. 1.º del Código Civil, dado que Bascuñán utiliza también los conceptos de dicho cuerpo legal en esta discusión, porque es evidente que no es posible en este lugar entrar a discutir acerca de qué es realmente la ley o qué debe considerarse como norma, si éstas son algo distinto a la ley positiva.

exime de pena o la hace menos rigurosa, aun en los casos de leyes intermedias, pues la aplicación de esa nueva valoración ya no depende del acto a sancionar sino de la mayor o menor eficiencia de los organismos persecutores, lo que no puede ser imputado al ciudadano⁽⁴⁹⁾.

Puestos en aplicación los principios sentados anteriormente, la cuestión es dilucidar si existen supuestos de hecho concretos cometidos por adolescentes en que sea posible su juzgamiento conforme a la ley N.º 20.084, *antes de la fecha de su entrada en vigencia*, y en ese supuesto, en qué casos la aplicación de las disposiciones de dicha normativa llevaría a la total *exención de la pena* o a la imposición de una “*menos rigurosa*” que la que correspondería imponer conforme al CP y al resto de las leyes especiales.

II. LA CUESTIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY N.º 20.084, LA DECLARACIÓN DEL *DISCERNIMIENTO* Y LA *LEX TERTIA*

A este respecto, cabe señalar que el artículo 3.º de la Ley N.º 20.084 fija su ámbito de aplicación a todos los hechos punibles a que hace mención su art. 1.º, “a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años”, *extendiendo* el ámbito de lo punible a un grupo de personas que, conforme a lo dispuesto en los N.ºs 2 y 3 del art. 10 del CP, cuyo contenido sustituye y deroga, respectivamente, el art. 60 de la Ley N.º 20.084, son, de pleno derecho, en el caso de los menores de dieciséis años, y *en principio*, en el caso de los mayores de esa edad y menores de dieciocho, irresponsables ante la ley penal, a menos, en el último de los casos, que se declare que actuaron con *discernimiento*.

(49) En consecuencia, podemos entender, en general, la expresión “tiempo de vigencia” en materia penal como “tiempo en que empieza a ser *obligatoria* la ley”, tal como declara el art. 6.º del Código Civil, concepto que, para el caso especial de las leyes que establecen o modifican disposiciones penales tiene una limitación constitucional que el legislador común no puede alterar: sólo puede diferirse el momento desde el cual la ley establece disposiciones penales nuevas o más gravosas, pues la forma democrática de gobierno exige que ellas deban ser conocidas por los ciudadanos cuya libertad es limitada por ellas (y de allí que su “vigencia” no pueda ser anterior a su publicación en el Diario Oficial); en cambio, desde que está completo el proceso de formación de la voluntad soberana (con el acto promulgatorio) que declara que para la comunidad un hecho no es ya delito o merece una pena inferior, al aumentar dicha declaración los márgenes de libertad de los ciudadanos, *la Constitución prohíbe que dicha declaración sea diferida en tiempo, cuando favorece a los ciudadanos*. O, dicho en términos de Bascañán: *El legislador no es competente, según el art. 19 N.º 3.º de la Constitución, para limitar el tiempo de vigencia de una disposición penal más favorable a los ciudadanos*.

Luego, desde el punto de vista de los destinatarios, *en abstracto*, de la ley, esta parece, en principio, para *todos ellos*, más perjudicial: primero, porque considera penalmente responsables a quienes el actual art. 10 N.º 2 del CP exime de toda pena (los menores de dieciséis años); y segundo, porque respecto de quienes tienen más de dieciséis y menos de 18 al momento de la comisión del hecho punible, la Ley N.º 20.084 los hace *plenamente responsables*, en tanto que el CP, en su versión actual, presume su irresponsabilidad, la que sólo puede hacerse efectiva una vez que se ha declarado en un antejuicio y por un Tribunal diferente, que actuaron *con discernimiento*.

Sin embargo, dado que, eventualmente, *en concreto*, respecto del menor que es declarado *con discernimiento*, su situación ante la ley de fondo aplicable al hecho que se juzga puede considerarse idéntica, tanto bajo el régimen del CP como bajo el de la Ley N.º 20.084, cabe plantearse si la aplicación de esta última, en los casos en que hipotéticamente le sea más favorable, constituiría o no la creación de una *lex tertia*, por la aparente aplicación simultánea tanto de las disposiciones de la Ley N.º 20.084 como del N.º 3 del art. 10 del CP y del art. 28 de la Ley N.º 16.618, *expresamente derogados* en los artículos 60, letra c), y 63, letra d), de la misma Ley N.º 20.084.

La primera cuestión a dilucidar aquí es la naturaleza de las disposiciones en juego. Según nuestra Corte Suprema, “la declaración de obrar con discernimiento es un requisito esencial de procesabilidad”, cuyos resultados no pueden ser negados en el procedimiento criminal a que habilita⁽⁵⁰⁾. Desde luego, las reglas que prescriben el *procedimiento*, los tribunales competentes y el *efecto* de la declaración de *discernimiento* en un juicio criminal⁽⁵¹⁾, han de considerarse, en principio, de carácter procesal y, por tanto, como un “requisito de procesabilidad”, en los términos de la Corte Suprema, regido no por el art. 18 del CP, sino por el 11 del Código Procesal Penal, según el cual, “las leyes procesales penales serán aplicadas a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del Tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”. Aquí, como en el resto del ordenamiento, la regla básica es la *irretroactividad de la ley*, tal como dispone el art. 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, concibiéndose sólo la excepción de la *ultraactividad de*

(50) SCS 2-08-2003, rol 2838-03, Considerandos 5.º y 10.º En *Gaceta Jurídica*. vol. 278, Año 2003, p. 170.

(51) Este procedimiento es llevado ante un Tribunal diferente, en principio, al sentenciador ordinario: el Juez de Garantía, cuando se imputan faltas y simples delitos que la ley no sanciona con penas privativas de libertad; y el Tribunal de Familia, en los restantes casos (art. 28 de la Ley N.º 16.618), con un procedimiento especial que siempre permite su apelación ante la Corte respectiva.

la ley más favorable, pero no de su retroactividad⁽⁵²⁾. Por lo tanto, mientras las disposiciones derogatorias de la Ley N.º 20.084 no sean obligatorias (hasta el 8 de junio de 2007), debe seguir aplicándose a los menores el régimen de la declaración de *discernimiento* y sólo con base a la existencia de esa declaración, proceder criminalmente en su contra. Desde este punto de vista, la declaración de *discernimiento*, en tanto siga en vigencia en su aspecto procesal, puede verse sólo como un requisito que habilitaría tanto para la aplicación del derecho sustantivo actualmente vigente como la de las disposiciones *sustantivas* de la Ley N.º 20.084, y por lo tanto, no habría un supuesto de *lex tertia* en este último caso.

Sin embargo, no puede desconocerse que con independencia de sus aspectos procesales, el contenido del fallo sobre el discernimiento es sustantivo, pues consiste en determinar uno de los presupuestos materiales de la responsabilidad penal: la imputabilidad del agente, cualquiera que sea el contenido que a la expresión quiera dársele⁽⁵³⁾. Pero, dado que la Ley N.º 20.084 asume precisamente esa imputabilidad, tampoco materialmente existe una *lex tertia*, ya que el menor declarado imputable conforme a la actual normativa, también lo es conforme a la Ley N.º 20.084 y, por tanto, responsable según el derecho sustantivo aplicable.

Procesalmente, lo dicho hasta este momento significa:

- a) En el período de vacancia legal de la Ley N.º 20.084, sólo puede procederse criminalmente contra menores declarados con discernimiento;
- b) Los menores que hayan sido declarados con discernimiento, pueden beneficiarse de la eventual mayor favorabilidad de las disposiciones sustantivas de la Ley N.º 20.084 que sean posibles de aplicar, debiendo adecuarse el curso del procedimiento o la sentencia, cuando corresponda, a esa consecuencia;
- c) Los menores condenados con sentencia firme en cualquier tiempo anterior a la promulgación de la Ley N.º 20.084 y durante su vacancia legal, pueden solicitar la revisión de sus sentencias, en la medida que suponga la exención de toda pena o sea posible su cambio por una menos rigurosa; y
- d) Las consecuencias anteriores son independientes del momento en que la Ley N.º 20.084 entre en vigencia completamente.

(52) Cfr. LONDOÑO, Fernando; MOIS, Martín; PRAETORIUS, Daniel, y RAMÍREZ, José Manuel. *Reforma Procesal Penal, Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias*. T.I. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2003. p. 132.

(53) CILLERO, Miguel, "Comentario al art. 10, núms. 2 y 3 del Código Penal". En POLITOFF, ORTIZ y MATUS, *Texto...*, pp. 115 y ss.

Luego volvemos a la cuestión inicial: ¿en qué casos, para los menores imputables tanto según la actual legislación como según la Ley N.º 20.084, es posible aplicar las disposiciones de esta ley para eximirlos de toda pena o imponerles una menos rigurosa?

III CASOS EN QUE, DE ADMITIRSE SU APLICACIÓN RETROACTIVA, LA APLICACIÓN DE LA LEY N.º 20.084 EXIMIRÍA COMPLETAMENTE DE PENA A LOS INFRACTORES MENORES DE 18 AÑOS DECLARADOS CON DISCERNIMIENTO

a) *Despenalización de las faltas, salvo excepciones.*

El inc. 3.º del art. 1.º de la Ley N.º 20.084, ha transformado, por regla general, las faltas cometidas por adolescentes en infracciones de las que deben conocer los Tribunales de Familia, conforme a lo dispuesto en la Ley N.º 19.968, con excepción de las muy importantes faltas de consumo personal de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, contempladas en la Ley N.º 20.000, la de desórdenes públicos (art. 494 N.º 1), la de amenazar con armas blancas o de fuego (art. 494 N.º 4), las lesiones leves (494 N.º 5), el incendio de cosas de menos de una unidad tributaria mensual (494 N.º 19, en relación con el art. 477), hurto-falta del art. 494 bis, la falta de daños de menos de una unidad tributaria mensual (art. 495 N.º 21), el ocultamiento de la propia identidad (art. 496 N.º 5), y la falta de arrojar piedras en parajes públicos o hacia casas o edificios (art. 494 N.º 26).

Para hacer efectiva esta despenalización de las faltas, el art. 68 de la Ley N.º 20.084 incorporó, en su letra c), un nuevo párrafo 4.º a la Ley N.º 19.968, que creó los Tribunales de Familia, donde el art. 102.A) califica de contravenciones “las faltas contenidas en la legislación vigente que sean cometidas por adolescentes” y que no están comprendidas en el art. 1.º de la Ley N.º 20.084, estableciéndose a continuación el procedimiento y las sanciones aplicables [arts. 102.B) a 102.M) de la Ley N.º 19.968]. Estas disposiciones se encuentran plenamente vigentes, en virtud de la expresa excepción que al respecto hace el art. 1.º transitorio de la Ley N.º 20.084: “La presente ley entrará en vigencia dieciocho meses después de su publicación, *con excepción de lo dispuesto en las letras a) y c) del artículo 68*”. El hecho de que esta disposición parece no dar vigencia a la regla de competencia del art. 68, letra b), no puede afectar al hecho principal de que tales faltas se han despenalizado, según el *hoy vigente* artículo 102.A) de la Ley N.º 19.968. Si los Tribunales de Familia se entienden o no competentes para conocerlas y sancionarlas como contravenciones es un asunto diferente.

b) *Crímenes, simples delitos y faltas cuya prescripción se anticipa.*

Conforme al art. 5.º de la Ley N.º 20.084, la prescripción, tratándose de delitos cometidos por los menores de dieciocho años, será, en caso de crímenes, de cinco años; de simples delitos, de dos años; y de faltas, de seis meses. Luego, se anticipa el término de la prescripción en los simples delitos en tres años, y los crímenes, en cinco. Por tanto, significaría que, si dicha prescripción no ha sido interrumpida por la comisión de un nuevo delito, todo simple delito cometido por personas menores de dieciocho años y mayores de dieciséis con anterioridad al 7 de diciembre de 2003 estaría prescrito y también lo estará todo crimen cometido con anterioridad al 7 de diciembre de 2000.

En cambio, no corresponde en este caso la aplicación de la *media prescripción*, ya que estamos ante supuestos que el art. 103, inc. 2.º, CP, califica de “prescripciones de corto tiempo” y, por tanto, no susceptibles de este beneficio⁽⁵⁴⁾.

c) *Crímenes y simples delitos de carácter sexual, respecto de los cuales se establece una excusa legal absolutoria, en razón de corta diferencia de edad entre infractor y víctima.*

Conforme al art. 4.º de la Ley N.º 20.084, podrá o no “procederse penalmente” respecto de determinados delitos de carácter sexual, en atención a las diferencias de edad existentes entre el infractor y la supuesta víctima, conforme a la siguiente tabla de edades⁽⁵⁵⁾ y siempre que no concorra alguna de las circunstancias de los artículos 361 y 363 (que indican falta de consentimiento o consentimiento viciado y, por lo mismo, los hechos donde tales circunstancias concurren serían siempre perseguibles criminalmente):

Tipo penal	Edad de la víctima	Edad del infractor (menor de 18)	Exento de pena
Violación impropia (art. 362 CP)	Menor de 14	16 o más	No
Sodomía (art. 365 CP)	Mayor de 14	Entre 16 y 17	Sí

(54) YUSSEF S., Gonzalo. *La prescripción penal*, 2.ª ed., Santiago, 1995, p. 132.

(55) Aquí sólo se explicita la Tabla tomando en cuenta como edad mínima del infractor los 16 años, dado que no puede, en ningún caso, perseguirse penalmente al menor de esa edad mientras no entre en vigencia la Ley N.º 20.084.

Tipo penal	Edad de la víctima	Edad del infractor (menor de 18)	Exento de pena
Sodomía (art. 365 CP)	Entre 14 y 15	Mayor de 17	Depende de si hay o no 2 años de diferencia
Sodomía (art. 365 CP)	Mayor de 15	16 o más	Sí
Abusos sexuales improprios (366 bis CP)	Menor de 13	16 o más	No
Abusos sexuales improprios (366 bis CP)	Entre 13 y 14	Entre 16 y 17	Depende de si hay o no 2 años de diferencia
Abusos sexuales improprios (366 bis CP)	Entre 13 y 14	Mayor de 17	No
Corrupción de menores (366 quáter CP)	Menor de 13	16 o más	No
Corrupción de menores (366 quáter CP)	Entre 13 y 14	Entre 16 y 17	Depende de si hay o no 2 años de diferencia
Corrupción de menores (366 quáter CP)	Entre 13 y 14	Mayor de 17	No

En los casos en que conforme a esta tabla correspondería no “proceder criminalmente” contra el menor de edad infractor, el art. 4.º de la Ley N.º 20.084 les concede una *excusa legal absolutoria*, similar a la concedida a los parientes por el artículo 489 CP, que no impide la investigación penal y la persecución de otros partícipes, pero hace imposible, jurídicamente, la persecución a las personas a quienes favorece, por razones de política criminal. En el caso del artículo 489 del CP, la razón parece ser la protección de las relaciones familiares; en el del art. 4.º, la extraña suposición de que a corta diferencia de edad habría *de iure* un consentimiento de parte de la víctima⁽⁵⁶⁾. Sin embargo,

(56) La disposición se originó en el primer trámite parlamentario, en la discusión del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara que recogió otra muy similar presentada por los Diputados señoras SAA y SOTO y señores BURGOS, BUSTOS, CERONI, JARPA, MEZA, ROSSI y WALKER. Según sus autores,

por poco fundada que parezca esta razón, siendo de pura política criminal, no hay fundamento para impedir que pueda beneficiar a los menores hoy sujetos al régimen del *discernimiento*, especialmente teniendo en cuenta que tales situaciones no son extrañas a la realidad.

IV. INEXISTENCIA DE CASOS EN QUE, DE ADMITIRSE SU APLICACIÓN RETROACTIVA, LA LEY N.º 20.084 HABRÍA HECHO *MENOS RIGOROSA* LA PENA ESTABLECIDA EN EL CÓDIGO PENAL O LAS LEYES ESPECIALES, EN CUANTO A SU *EXTENSIÓN TEMPORAL*

a) *Regla general: Las disposiciones de la Ley N.º 20.084 no afectan la extensión temporal de las penas, determinada según las reglas del Código Penal.*

El párrafo 5.º del Título I de la Ley N.º 20.084 establece un sistema de *determinación temporal* de las sanciones para los adolescentes que, salvo en cuanto a las *limitaciones temporales*, no se aparta en modo alguno del establecido en los arts. 50 y siguientes del CP, aplicable a todo hecho punible. En efecto, el art. 21 de la Ley N.º 20.084 reproduce el contenido normativo del actual inciso primero del art. 72 CP [que el art. 60, letra c) de la Ley N.º 20.084 deroga⁽⁵⁷⁾], para imponer la rebaja obligatoria de un grado desde el mínimo establecido en la figura penal respectiva, y su artículo 22, señala que, a partir de

se fundamentaba en “que las conductas delictivas sexuales se castigan cuando no hay consentimiento o, cuando habiéndolo, la persona no tiene capacidad para consentir”, pero que “las conductas sexuales, las que no sólo comprenden el acceso carnal, con el actual sistema pueden dar lugar o no a la responsabilidad, ya que, por ejemplo, la relación entre una persona menor de 14 años y otra de 17, será punible respecto de la última sólo en la medida que se la declare que obró con discernimiento”, y, “en caso contrario, no habrá responsabilidad”. Además, se señaló que, “de acuerdo a este mismo mecanismo, si la relación se hubiera producido entre menores de 13 y 14 años de edad, hoy no cabría responsabilidad para ninguno de ellos, pero al fijarse la capacidad de consentir en los 14 años, la conducta sí será punible para el mayor de 14 aunque exista pleno consentimiento por parte del menor de 13, ya que éste no tiene capacidad para consentir”. Luego —según los representantes del Ejecutivo— sería necesaria esta regla de “exigir una pequeña diferencia de edad para que haya responsabilidad de parte del de más edad, por cuanto *si existe un margen mayor que el que se propone, podría presumirse que existió, a lo menos, algún grado de aprovechamiento, pero si la diferencia es mínima, parece claro que se ha actuado de manera consentida*” [CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia*. Boletín N.º 3.021-07. Disponible en <http://sil.congreso.cl> (Consulta: 20 junio 2006)].

⁽⁵⁷⁾ La expresión *pena asignada al delito* que emplea el art. 21 de la Ley N.º 20.084 y no se utiliza en el vigente inc. 1.º del art. 72 CP, no puede entenderse sino en el sentido

esa rebaja, han de aplicarse “las reglas previstas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de los dispuesto en el artículo 69 de dicho Código”. Luego toda la *determinación legal* de la extensión de la pena, esto es, el proceso de determinación de los grados según la pena señalada en la ley, tomando en cuenta no sólo los grados de desarrollo del delito y de participación, sino también las agravantes y atenuantes especiales y aún las reglas relativas a las circunstancias genéricas, en tanto éstas actúan de manera *imperativa* y no facultativa, no ha sido alterada por la Ley N.º 20.084, cuyas reglas de sustitución de penas a las sanciones que ella establece, son parte únicamente del proceso de *individualización judicial* de las mismas, cuyas reglas *prudenciales* operan una vez determinada legalmente la pena ⁽⁵⁸⁾. Y como la Ley N.º 20.084

técnico de la expresión, que ha sido dado por nosotros en POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. *Lecciones PG*, p. 497 y ss., como “punto de partida” en el proceso de *determinación legal de la pena*, el que a partir de la pena “señalada por la ley” para el autor del delito consumado, según dispone el art. 50 CP, puede ser alterado por diversos factores que, como la regla del art. 72 CP, operan antes de “proceder a la determinación legal”, determinando una alteración del marco penal.

La idea de que este art. 21 de la Ley N.º 20.084 *también* altera la calificación de los hechos punibles (si han de considerarse *crímenes*, *simples delitos* o *faltas*), y por tanto, el ámbito de aplicación de toda la Ley N.º 20.084, al transformarse por esta vía oblicua una serie de simples delitos en *faltas*, que en principio no son punibles salvo las excepciones especificadas en el art. 1.º de la Ley N.º 20.084 (Cfr. *supra*, I), carece no sólo de sustento legal, sino que produce insospechadas consecuencias, como considerar que, por ejemplo, para los menores de 18 años, han sido transformados en falta (y, por tanto, despenalizados) los delitos de *lesiones menos graves* (art. 399 CP) y de *receptación* [art. 456 bis.A) CP], lo que en ningún caso estuvo en la mente del legislador. Este sistema se basa en una idea propuesta por el Senador ESPINA, según la cual, para determinar la extensión de la pena aplicable a los menores de edad, el “método más apropiado podría consistir en aplicar al menor un determinado porcentaje de la pena asignada al adulto que comete el mismo delito, tal como lo hacen diversos países latinoamericanos”, argumento recogido por la Comisión que, por unanimidad, fijó el contenido del art. 21 de la Ley 20.084, en virtud del cual, según sus miembros: “llegado el momento de condenar, el juez deberá, primeramente, considerar, en abstracto, la pena asignada al delito en el Derecho Penal común. Luego, por tratarse de un adolescente, dicha pena se rebajará a la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para dicho ilícito, *siguiendo la regla del artículo 72 del Código del ramo*” [SENADO DE CHILE. *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*. Boletín N.º 3.021-07. Disponible en <http://sil.congreso.cl> (Consulta: 20 junio 2006)].

(58) Sobre los conceptos de *determinación legal*, *individualización judicial* y *circunstancias especiales*, Cfr. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones PG*, p. 493. En los casos especiales en que la ley ordena atenuaciones o agravaciones, *después* del proceso de individualización de la pena, como en el art. 448 ter CP, la voluntad del legislador es intervenir en dos momentos separados, pero sigue siendo una forma de *determinación legal*, puesto que el Tribunal carece de facultades para dejar de cumplir la voluntad del legislador en la determinación de la pena, aunque ella se imponga después de que el Tribunal ha ejercido su prudencia en el marco legal.

tampoco altera las reglas prudenciales de determinación de la pena que, según la entidad y número de circunstancias atenuantes o agravantes presentes entrega el CP a los tribunales, no es posible afirmar que su aplicación suponga la existencia de un sistema de determinación de la *extensión temporal de la pena*, que sea más favorable a los menores condenados, aún de admitirse que dicha Ley tenga efecto retroactivo.

b) *Aparente excepción a la regla anterior: La duración máxima de la pena impuesta.*

Determinada judicialmente la *extensión temporal de la pena*, el art. 18 de la Ley N.º 20.084, establece que “las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad”. La sola lectura de esta disposición ahorra el comentario, pues, aunque efectivamente establece un límite temporal, éste es *sólo aplicable a las sanciones que allí señala*, esto es, “*internación en régimen cerrado o semicerrado, ambas con programa de reinserción social*”, y en ningún caso a las penas privativas de libertad contempladas en el CP o en las leyes especiales. En este caso, de aplicarse esta limitación a las penas de *reclusión o presidio*, se estaría ante el ejemplo más claro de *lex tertia*, o mejor dicho, de construcción judicial de la pena, sin sometimiento a la legalidad. Tampoco es posible *analogar* dichas penas, pues aunque en este caso podría intentar argumentarse una suerte de *analogía in bonam partem*, admitida por un sector importante de la doctrina⁽⁵⁹⁾, faltaría para ello el presupuesto material de la analogía, esto es, que el caso al que se aplica la regla con validez general por analogía no se encuentre suficientemente regulado, dado que, por una parte, la regla del art. 18 de la Ley N.º 20.084 no tiene pretensión de validez general, ni siquiera para todas las sanciones de esa Ley, sino al contrario; y por otra, la ejecución o sustitución en su caso por medidas alternativas de las penas privativas de libertad se encuentra suficientemente regulada en la legislación vigente.

(59) POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones PG*, p. 99s.

V. IMPOSIBILIDAD JURÍDICA ⁽⁶⁰⁾ DE APLICAR RETROACTIVAMENTE LAS DISPOSICIONES DE LA LEY N.º 20.084, CON RELACIÓN AL SISTEMA DE PENAS *SUSTITUTIVAS* QUE CONTIENE, ANTES DE SU COMPLETA ENTRADA EN VIGENCIA

a) *Respecto a sentencias ejecutoriadas.*

Como señala ETCHEBERRY, el “propósito del legislador” al establecer el art. 18 no ha sido el que se permita la revisión de los hechos establecidos por un fallo anterior, ni siquiera “para determinar la posible existencia de los hechos constitutivos de una nueva atenuante”, sino permitir “una modificación de la sentencia, siempre que se tratara de una *simple aplicación del nuevo texto legal a los hechos establecidos en el fallo*” ⁽⁶¹⁾.

Por lo tanto, sólo sería posible modificar sentencias ejecutoriadas para aplicar alguna de las penas sustitutivas del art. 6.º de la Ley N.º 20.084 si los fundamentos *de hecho* que para decidir sobre su necesidad y, especialmente, sobre su capacidad para cumplir las finalidades que el art. 20 de dicho cuerpo legal establece (“hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”), pudieran extraerse de los “hechos establecidos en el fallo” y, por tanto, sustituir la penas impuestas “*con la simple aplicación del nuevo texto legal a los hechos establecidos en el fallo*”.

Sin embargo, ello no parece posible. En efecto, si bien podría argumentarse que la aplicación de las reglas de sustitución y la correspondiente Tabla Demostrativa del art. 23 de la Ley N.º 20.084 no supone otro dato que la determinación de la extensión de la pena aplicada, y que obviamente tal extensión se encuentra determinada en la sentencia firme que se pretende revisar; el Tribunal todavía ha de tomar una decisión sobre cuál es la naturaleza de la sanción a imponer (esto es, cuál de las penas alternativas que esa sustitución permite efectivamente se impondrá al menor), y para ello, según el art. 24 de la Ley N.º 20.084, el “tribunal *deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo*” no sólo a los hechos establecidos en la sentencia que se pretende revisar [como la gravedad

⁽⁶⁰⁾ Dada la evidente *imposibilidad fáctica* que para ello existe, fundamento, según su Mensaje, de la Ley N.º 20.110, que extendió el tiempo de vacancia de la Ley N.º 20.084, es innecesario insistir en este punto (vid. nota N.º 42).

⁽⁶¹⁾ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, p. 147 (las cursivas son mías). De manera confusa, el fallo citado también afirma esta conclusión en su Considerando 16.º, aunque sin extraer mayores consecuencias de ello, como se desprende de su parte resolutive.

del delito —letra a)—, la calidad en que el adolescente participó en el hecho —letra b)—, las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes —letra c)—, la edad del infractor —letra d)—, y la extensión del mal causado —letra e)—] sino también, a “la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social” —letra f)—, antecedentes que las partes no habrán aportado y, por lo tanto, de los que no se dispondrá al revisarse una sentencia dictada conforme a la legislación actualmente vigente (nótese que para obtener estos antecedentes parece estar dispuesta la regulación especial de la audiencia de determinación de la pena, donde el propio Tribunal puede incluso llamar a un perito, según el art. 40 de la Ley 20.084⁽⁶²⁾).

b) *Respecto a los procesos en curso que deban sentenciarse antes de la instalación material del sistema de sanciones de la Ley N.º 20.084.*

Como el propio epígrafe del Título II de la Ley N.º 20.084 declara (“Procedimiento”), las normas que comprende (arts. 27 a 41) tienen carácter procesal, y a su respecto no es posible argumentar con lo dispuesto en el art. 18 CP, sino que debe estarse a lo que señala el art. 11 del Código Procesal Penal, según el cual, “las leyes procesales penales serán aplicadas a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del Tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”. Aquí, como en el resto del ordenamiento, la regla básica es la *irretroactividad de la ley*, tal como dispone el art. 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. A este mismo principio han de sujetarse los aspectos procesales de la ejecución de estas sanciones, especialmente de las privativas de libertad y de libertad asistida, que requieren audiencias ante los Tribunales para la aprobación de los planes de orientación o reinserción que comprendan.

Más estricta es la situación respecto de las normas que regulan la administración de las penas privativas de libertad y el control y funcionamiento de los centros respectivos. Si bien éstas pueden considerarse como normas *procesales*,

(62) La necesidad de esta audiencia especial y, particularmente, de escuchar a los peritos para determinar la pena a aplicar a los menores, propuesta esta última como perentoria por el Grupo de Trabajo que asesoró a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se fundamenta en que los antecedentes para esta determinación son diferentes a los requeridos para juzgar la culpabilidad del menor, y en cuanto al perito, en que sólo mediante un diagnóstico profesional del menor permite evaluar la conveniencia de imponerle, dentro de las posibilidades legales, alguna de las diversas posibilidades *existentes* de programas socioeducativos. No obstante, aunque se acogió la idea de una audiencia especial para estos efectos, la citación al perito quedó en definitiva sólo en carácter de facultativa, a petición de la representante del Ministerio Público en la Comisión, quien no dio razones para ello (SENADO DE CHILE, *Segundo Informe*).

pues así lo hace el Título VIII del Código Procesal Penal (“Ejecución de las sentencias condenatorias y medidas de seguridad”), ello sólo puede entenderse en cuanto regulan la actividad judicial al respecto (y, de todos modos, no pueden regir por lo dispuesto en el art. 11 del Código Procesal Penal). En tanto regulan la actividad autónoma de otros Organismos del Estado, como el Servicio Nacional de Menores, al cual se entrega la administración tanto de las medidas no privativas de libertad como de los centros de internación en régimen semicerrado, cerrado y de internación provisoria (arts. 42 y 43 de la Ley N.º 20.084), *son normas administrativas*, que por tanto se sujetan estrictamente al principio de legalidad que se exige a la actuación de los órganos del Estado (art. 6.º de la Constitución de la República de Chile) y que los Tribunales no pueden desconocer, ordenando ejecutar sanciones en centros no sólo físicamente inexistentes, sino que debieran ser administrados por organismos que carecen de competencia legal para ello.

Por lo tanto, la sentencia del TOP de Concepción, RUC 0500306311-0 que, aplicando *retroactivamente* la Ley N.º 20.084, condenó primero al acusado a la pena de cien días de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, para enseguida concederle la suspensión condicional prevista en el art. 41 de dicha ley, infringía tanto lo dispuesto en el art. 6.º de la Constitución, como lo señalado en el art. 11 del Código Procesal Penal. La sentencia fue correctamente anulada por la Corte de Apelaciones de Concepción, aunque básicamente recurriendo al argumento de sentido común, referido a la *imposibilidad fáctica* de dar aplicación a la ley N.º 20.084, así señala en su Considerando 10.º:

“Que en la conceptualización de la ley más favorable, creemos que debe también considerarse si con aplicación de la nueva ley se cumplen o no los fines tenidos en cuenta por el legislador al dictarla, para lo cual se requiere esencialmente el cumplimiento efectivo de la pena en la forma dispuesta por el texto legal, ya que, de no darse este requisito *sine qua non*, no puede estimarse que vaya a ser más favorable. Dicho de otro modo, frente a la imposibilidad de concretar la sanción en la forma prescrita por la nueva ley, y, por ende, prescindir desde un comienzo con el objetivo legislativo, creemos que bajo tal circunstancia no puede concluirse en el carácter más favorable de la ley posterior”.

Con base en lo anterior y, después de constatar la inexistencia de los Centros de Privación de Libertad y de los Programas de Libertad Asistida, concluye la Corte (Considerando 14.º):

“Que (...) no se comparte el absurdo jurídico de aplicar una sanción imposible de cumplir, por oponerse a la racionalidad y lógica que debe inspirar toda sentencia definitiva, ya que el criterio sustentado por el Tribunal Oral podría acarrear, por ejemplo, consecuencias impensadas sobre la eliminación inmediata del trámite de discernimiento o bien la revisión de todas las sentencias condenatorias de menores declarados con discernimiento y que actualmente están cumpliendo condena, pues-

to que el artículo 18 del Código Penal ordena perentoriamente ese estudio, lo que conduciría a un sinnúmero de sentenciados menores de edad que podrían quedar en inmediata libertad en razón de la carencia de los Centros referidos en el artículo 43 precitado. Los Tribunales de Justicia no pueden sustraerse a esta realidad incuestionable y deben resolver en consecuencia”.

c) *Respecto a los procesos en curso, por delitos que se comentan antes del 8 de junio de 2007 y que deban sentenciarse una vez que entre en vigencia completamente la Ley N.º 20.084.*

En estos casos, declarado con *discernimiento* el menor, no existirán ninguno de los impedimentos procesales o de derecho administrativo mencionados en los dos supuestos anteriores y, por tanto, corresponderá a los Tribunales evaluar, caso a caso, cuál de los sistemas de sanciones previstos en la legislación es más favorable al menor condenado. Si no se está en uno de los supuestos en que la Ley N.º 20.084 exime de toda pena, según vimos *supra* III, el Tribunal deberá hacer dos proyectos de sentencia, uno según la actual legislación y otro según la Ley N.º 20.084, para lo cual debe obtener toda la información relevante de los intervinientes y los peritos que pueda citar al momento de realizarse la audiencia de determinación de la pena, según el art. 40 de dicha Ley (o llamando a debatir el punto, si no se está en un juicio oral). Con los dos proyectos de sentencia afinados, el Tribunal deberá decidir cuál de ellos significa para el menor la imposición de una pena *menos rigurosa*, en el sentido de significar la menor privación de libertad posible al menor. Las dificultades que aquí se manifiestan radican en que si bien es fácil sostener que ante una privación de libertad rígida, una sanción en el sistema semicerrado de similar duración temporal parece como más favorable, más aún si le ofrece al menor la posibilidad de una intervención socioeducativa; cuando se trata de comparar, a igual duración temporal, un beneficio de los contemplados en la Ley N.º 18.216 con los sistemas de privación de libertad en establecimientos semicerrados o con algunas de las formas de libertad vigilada que contempla la Ley N.º 20.084, sin duda la escasa intervención en la libertad del menor que suponen las tradicionales medidas alternativas a las penas privativas de libertad, parecen más favorables para éste, con la consiguiente pérdida de la oportunidad de someterlo a un tratamiento socioeducativo.

Para ejemplificar lo anterior, podemos citar la sentencia del Juez de Garantía de Castro de 7 de abril de 2006, causa RUC 0500590097-4, donde a dos menores declarados con discernimiento se les condena por el delito de robo en lugar destinado a la habitación, imponiéndole a uno de ellos una sanción de internamiento en régimen semicerrado con programa de reinserción social y, al otro, la medida alternativa de *reclusión nocturna*; teniendo en cuenta que en cuanto impone antes de su completa entrada en vigencia una sanción prevista en la Ley N.º 20.084, ella es, en principio, imposible fáctica y jurídicamente de

cumplir ⁽⁶³⁾. No obstante, lo interesante en este caso es el razonamiento del Juez que explica por qué ante un mismo hecho punible en que dos menores son coautores, a uno le impone una pena de las previstas en la Ley N.º 20.084 y al otro una de las medidas de la Ley N.º 20.084: según el Juez, respecto de uno de los menores, la pena de “tres años y un día de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción”, consecutiva a una de privación de libertad que se encontraba suspendida y se ordena cumplir, es más favorable para el condenado

“... no en cuanto al monto de la duración de la pena, sino en cuanto a la duración de la misma, porque sin duda podría verse favorecido con la aplicación de penas de internación en régimen cerrado o semicerrado, ambas con programas de reinserción social, penas a todas luces más benévolas y beneficiosas, en la medida que ellas posibilitan una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social, en una proyección de futuro para el adolescente que ha delinquido acorde con los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que en su artículo 40 n.º 1 de manera expresa señala la ‘importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’.”

Pero respecto del otro menor condenado, no se considera la posibilidad de someterlo a un tratamiento de reinserción social como elemento para estimar más favorable alguna de las sanciones de la Ley N.º 20.084, sino que “reuniéndose a su respecto los requisitos exigidos por el artículo 8.º de la Ley 18.216” es posible y efectivamente “se le concede” “el beneficio de la reclusión nocturna” —contra la opinión de la defensa que había pedido la aplicación de la Ley N.º 2084 a su favor—, argumentando el Juez que

“... efectuado el ejercicio mental de determinación de la pena conforme a las normas legales previo y posterior a la dictación de la Ley 20.084, no se aprecia por esta sentenciadora que este último cuerpo normativo resulte claramente más beneficioso al acusado. Para llegar a esta conclusión se ha tenido en consideración lo dispuesto en los artículos 18 a 24 de la citada Ley, según los cuales para determinar el monto de la pena corresponde aplicar la minorante especial de responsabilidad por tratarse de un menor de 18 años y la norma del artículo 67 inciso 4.º del Código Penal al concurrir dos atenuantes y ninguna agravante, siendo aplicable también en esta hipótesis punitiva lo dispuesto en el artículo 450 del Código Penal, en la medida que el artículo 22 de la Ley 20.084, al establecer las reglas de determina-

(63) Aunque en este caso, el Tribunal parece contar con la posibilidad de que el condenado según la Ley N.º 20.084, que tenía una pena remitida condicionalmente, cumpliera primero ese saldo de pena y después, cuando ya estuviese plenamente vigente ese cuerpo legal, continuara con la pena impuesta de internamiento en régimen semicerrado con programa de reinserción social a que le sentencia.

ción de la extensión de la pena, se remite expresamente al artículo 21 que le precede, norma que se refiere a su vez a la pena asignada por ley al delito de manera abstracta, pena que en el caso que nos ocupa se encuentra prevista en el artículo 440 en relación con el artículo 450 ambos del Código Penal. Por otra parte, en lo que se refiere a la naturaleza de la pena a aplicar, tampoco se aprecia por este magistrado un mayor beneficio para el acusado M.M. en la aplicación de la Ley 20.084, si se considera la medida alternativa a la pena privativa de libertad que se le concederá en la parte resolutive de la presente sentencia”.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Acción penal (prohibición de ejercicio):

- AAP Madrid 36/2006, de 19 de enero 237

Animales dañinos:

- SAP Palma de Mallorca 72/2006, de 15 de marzo 261

C

Circunstancia agravante (ensañamiento):

- SAP Jaén 9/2006, de 23 de enero 238

Circunstancia agravante (reincidencia):

- STS 280/2006, de 2 de marzo 163

Circunstancia atenuante (adicción):

- STS 280/2006, de 2 de marzo 163

Coacción:

- STS 305/2006, de 15 de marzo 188
— SAP Málaga 19/2006, de 29 de marzo 264

Concurso ideal de delitos:

— STS 513/2006, de 5 de mayo 224

Conducción bajo los efectos del alcohol:

— SAP Valladolid 6/2006, de 17 de enero 235

Conspiración:

— STS 440/2006, de 7 de abril 202

D

Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico:

— SAP Madrid 83/2006, de 14 de febrero 250

Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social:

— STS 523/2006, de 19 de mayo 229

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros:

— STS 479/2006, de 28 de abril 214

Delitos relativos a la ordenación del territorio:

— SAP Castellón 3/2006, de 30 de enero 241

Derecho a la tutela judicial efectiva:

— STC 116/2006, de 24 de abril 118

Derecho a un juez imparcial:

— STC 45/2006, de 13 de febrero 109

Derecho al doble grado de jurisdicción:

— STC 116/2006, de 24 de abril 118

Derecho al honor:

— STC 89/2006, de 27 de marzo 113

Detención ilegal (por funcionario público):

— STS 394/2006, de 29 de marzo	200
--------------------------------------	-----

E

Encubrimiento:

— STS 511/2006, de 9 de mayo	225
------------------------------------	-----

Ensañamiento:

— SAP Jaén 9/2006, de 23 de enero	238
---	-----

Entrada y registro:

— STC 89/2006, de 27 de marzo	113
-------------------------------------	-----

Error invencible:

— STS 411/2006, de 18 de abril	204
--------------------------------------	-----

Estafa:

— STS 302/2006, de 10 de marzo	168
— STS 16/2006, de 13 de marzo	173

Extradición:

— STC 177/2006, de 5 de junio	133
-------------------------------------	-----

F

Falsificación (medios utilizados):

— STS 567/2006, de 9 de mayo	227
------------------------------------	-----

Falso testimonio:

— STS 318/2006, de 6 de marzo	165
-------------------------------------	-----

Faltas contra los intereses generales:

— SAP Palma de Mallorca 72/2006, de 15 de marzo	261
---	-----

H

Habeas corpus:

- STC 169/2006, de 5 de junio 131

Homicidio imprudente:

- STS 307/2006, de 13 de marzo 177

I

Imprudencia profesional:

- STS 307/2006, de 13 de marzo 177

Intervenciones telefónicas:

- STS 415/2006, de 18 de abril 208

L

Legítima defensa:

- STS 442/2006, de 18 de abril 210

M

Malversación:

- STS 172/2006, de 22 de febrero 161
 — SAP Navarra 51/2006, de 25 de abril 265

Medidas de seguridad:

- STS 354/2006, de 24 de marzo 198

Medio ambiente. Contaminación acústica:

- SAP Jaén 70/2006, de 20 de marzo 262

Miedo insuperable:

- STS 180/2006, de 16 de febrero 153

O

Orden europea de detención y entrega:

- STC 177/2006, de 5 de junio 133

P

Penas de multa (cuotas):

- STS 146/2006, de 10 de febrero 146

Penas (prohibición de aproximación):

- SAP Salamanca 6/2006, de 30 de enero 244

Penas privativas de libertad. Cómputo:

- STS 396/2006, de 13 de marzo 181

Penas privativas de libertad. Sustitución:

- STC 145/2006, de 8 de mayo 128
 — SAP Barcelona 174/2006, de 14 de febrero 245

Prescripción del delito:

- STS 1621/2005, de 29 de diciembre 144
 — STS 331/2006, de 24 de marzo 195
 — SAP Castellón 3/2006, de 30 de enero 241
 — SAP Madrid 83/2006, de 14 de febrero 250

Presunción de inocencia:

- STS 493/2006, de 4 de mayo 220
 — SAP Palencia 9/2006, de 17 de enero 233

Principio “non bis in idem”:

- STC 177/2006, de 5 de junio 133

Principio acusatorio:

— STS 1621/2005, de 29 de diciembre	144
— STS 164/2006, de 22 de febrero	156
— STS 511/2006, de 9 de mayo	225

Procedimiento abreviado (diligencias previas):

— STS 330/2006, de 10 de marzo	171
— AAP Logroño 9/2006, de 23 de enero	240

Prueba pericial:

— STS 475/2006, de 2 de mayo	217
— SAP Alicante 34/2006, de 19 de enero	236

Prueba pericial (ADN):

— STS 179/2006, de 14 de febrero	149
--	-----

Prueba testifical:

— STS 332/2006, de 14 de marzo	184
--------------------------------------	-----

R

Régimen penitenciario. Sanciones:

— AAP Segovia 35/2006, de 2 de marzo	258
--	-----

Reincidencia:

— STS 280/2006, de 2 de marzo	163
-------------------------------------	-----

Responsabilidad civil (restitución):

— STS 172/2006, de 22 de febrero	161
--	-----

Retroactividad:

— STS 571/2006, de 21 de abril	212
--------------------------------------	-----

S

Sentencia (formación):

— STS 321/2006, de 22 de marzo 190

Simulación de delito:

— SAP Salamanca 16/2006, de 23 de febrero 256

T

Testigos (prueba anticipada):

— STS 166/2006, de 22 de febrero 158

Testigos (testigo de referencia):

— STS 332/2006, de 14 de marzo 184

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 45/2006 de la Sala 2.^a del TC de 13 de febrero de 2006
(BOE 16 de marzo de 2006) (Recurso de amparo 6478/2003)**

JUEZ IMPARCIAL. MODIFICACIÓN DEL OBJETO DE LA DEMANDA DE AMPARO

Arts. 24.2 CE; 219 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas**

SÍNTESIS

Modificación del motivo de amparo alegado (inicialmente, vulneración del juez ordinario predeterminado por la ley y, posteriormente, derecho al juez imparcial) y por tanto, del objeto de la demanda, admitido excepcionalmente por el Tribunal en atención a las circunstancias del caso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La adecuada delimitación del objeto del presente proceso de amparo requiere que comencemos por dar respuesta a la petición del recurrente de que se acepte la modificación del primer motivo de amparo deducido en el escrito inicial de demanda.

Ésta se dirige contra la Sentencia núm. 174/2003, de 5 de mayo, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Lugo, que le condenó como autor de sendos delitos consumados de falsedad en documento oficial y de falso testimonio, así como contra la Sentencia núm. 129/2003, de 25 de septiembre, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de

Lugo, que confirmó en apelación la Sentencia de instancia. En la demanda el recurrente imputa a la Sentencia de apelación la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE), al haber estado integrada la Sección que conoció del recurso por dos Magistrados en vez de por los tres legalmente previstos (art. 196 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), así como reprocha a la Sentencia del Juzgado de lo Penal, en cuanto resolución judicial a la que sería imputable en su origen el resto de las lesiones aducidas, no reparadas en apelación por la Audiencia Provincial: la violación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por no existir prueba de cargo en que fundar su condena, la del principio de legalidad en materia penal (art. 25.1 CE), por la aplicación extensiva del tipo previsto en el art. 392, en relación con el art. 390.2, ambos del Código penal (CP) y, en fin, la del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial motivada (art. 24.1 CE), al carecer de motivación la extensión de la pena de multa impuesta.

En el trámite de alegaciones del art. 52.1 LOTC el Ministerio Fiscal puso en conocimiento de este Tribunal que, ante la anómala situación de la copia de la Sentencia impugnada de la Audiencia Provincial que le había sido entregada al demandante de amparo en cuanto a la composición de la Sección que había conocido del recurso de apelación, había recabado de la Secretaría de la Audiencia Provincial de Lugo que le fuese remitida por fax copia de la Sentencia original dictada, a fin de comprobar las firmas que no suelen aparecer en las copias de las Sentencias. Por esta actuación pudo constatar que la Sentencia había sido firmada por tres Magistrados titulares de la Sección, según certificación del Secretario judicial, habiéndose omitido en su encabezamiento el nombre del tercer Magistrado que había formado parte de la Sección, don José Manuel Varela Prada, circunstancia que no había po-

dido conocer el recurrente en amparo al no figurar en la copia de la Sentencia que le fue entregada las firmas de los Magistrados integrantes de la Sección.

La Sala Segunda de este Tribunal, a petición del Ministerio Fiscal, acordó dirigir atenta comunicación a la Secretaría de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, a fin de que remitiese copia advenida de la Sentencia original dictada en el recurso de apelación. El Secretario de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo remitió la documentación requerida, así como certificación en la que hace constar que «en el encabezamiento de la referida sentencia se padeció el error material de omitir el nombre del Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección 2.^a, D. José Manuel Varela Prada, quien si la firmó junto con otros componentes de la Sala». Recibida la anterior certificación, se acordó dar vista nuevamente de las actuaciones a la parte recurrente en amparo y al Ministerio Fiscal para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes, de conformidad con el art. 52.1 LOTC.

En este segundo trámite de alegaciones del art. 52.1 LOTC el recurrente solicita la modificación del primer motivo de amparo deducido en la demanda, en concreto alega ahora, en vez de la lesión del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE), la vulneración del derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE), ya que el Magistrado don José Manuel Varela Prada, que formó parte de la Sección que conoció del recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal, cuyo nombre no aparecía, sin embargo, en el encabezamiento de la copia de la Sentencia de apelación que le fue entregada al demandante, había iniciado la instrucción de la causa cuando era titular del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Lugo y había llevado a cabo diversas actuaciones instructoras —admisión a trámite de la que-rella, toma de declaración del recurrente en amparo, admisión de la prueba pericial caligráfica propuesta por la acusación particu-

lar, etc.— determinantes de la causa de abs-tención y recusación del art. 219.11 LOPJ, esto es, haber participado en la instrucción de la causa penal.

(...)

Dado el relato precedente la primera cuestión a plantear es la de si es admisible la modificación del primer motivo de amparo, que supone en definitiva la de la demanda inicial, habida cuenta de la reiterada doctrina de este Tribunal de que es la demanda de amparo donde queda fijado el objeto procesal, definida y delimitada la pretensión del amparo (por todas STC 13/2005, de 31 de enero, FJ 3). Al respecto debe destacarse la singularidad del caso actual respecto de los que están en la base de la doctrina precitada. El elemento común en los últimos es el de que la demanda de amparo se refería a resoluciones judiciales cuyas particularidades les eran plenamente conocidas a los recurrentes de amparo al presentar las demandas, pudiendo por ello hacer valer en la demanda todas las posibles defensas frente a las vulneraciones pretendidamente producidas. Lo peculiar del caso actual consiste en que, a diferencia de los contemplados en la doctrina precitada, el recurrente sólo ha podido conocer la vulneración constitucional frente a la que solicita la tutela constitucional con ocasión del recurso de amparo interpuesto frente a la única vulneración de la que a la sazón tenía conocimiento, y dentro ya del propio recurso de amparo.

En efecto, como el Ministerio Fiscal ha puesto de manifiesto en su escrito de alegaciones, el solicitante de amparo ha tenido conocimiento de que la Sección de la Audiencia Provincial de Lugo que resolvió el recurso de apelación había estado integrada por tres Magistrados, y no por dos, como aparecía en la copia de la Sentencia que se le había notificado, circunstancia en la que fundó la inicial alegación de la lesión del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) una vez concluido el primer trámite de alegaciones del art. 52.1 LOTC, en concreto, al haberle dado traslado

este Tribunal de la copia adverbada de la Sentencia original de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo y de la certificación remitida al respecto por su Secretario de Justicia, a las que ya se ha hecho referencia. Momento en el que precisamente el demandante de amparo ha tenido conocimiento también de la identidad del tercer Magistrado que había formado parte de la Sección y que no aparecía identificado en la copia de la Sentencia que se le había entregado, siendo entonces cuando formula su queja relativa al derecho al juez imparcial, al haber instruido dicho Magistrado la causa cuando era titular del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Lugo. En definitiva, el demandante de amparo ha alegado la vulneración del derecho al juez imparcial en el primer momento en el que ha podido efectivamente hacerlo, esto es, cuando ha tenido conocimiento de que un tercer Magistrado había formado parte del órgano de apelación y de su identidad, sin que a la vista de las actuaciones judiciales pueda advertirse negligencia alguna en su actuación procesal.

No se trata, pues, de que sobre la base de hechos antes conocidos y frente a los que se solicita el amparo constitucional se haga un planteamiento en demanda y se pretenda alterar éste después. De lo que se trata es de que el hecho pretendidamente vulnerador del derecho fundamental está oculto a la parte (en este caso la participación en la resolución de un Magistrado sospecho de falta de imparcialidad), y lo está por otro hecho distinto (la aparente composición incompleta de la Sala sentenciadora), a su vez susceptible de vulnerar un derecho fundamental, y cuyo hecho aparente funda en principio la demanda de amparo.

En tal caso es el recurso de amparo, abierto a virtud de la demanda que lo inicia, el cauce a través del que la apariencia inexacta (irregular composición de la Sala a *quo*) se esclarece y se revela el hecho real. Y es precisamente tal revelación la que establece por primera vez la posibilidad de reac-

ción del agraviado frente a la vulneración constitucional de la que se considera víctima.

En esas circunstancias la alteración de la motivación inicial de la demanda tiene, pues, un significado muy distinto del que es atribuible a las modificaciones rechazadas en la doctrina tradicional, que por tanto no puede extenderse acriticamente al caso presente, sino que, por el contrario, justifica una posible excepción de ésta. Excepción que debe fundarse en la necesidad de no dejar indefenso al recurrente frente a la vulneración tardíamente revelada, y producida en la resolución ya recurrida, aunque por otro motivo, o de no obligarle a una dilación inconveniente en la impugnación de la resolución frente a la que ya ha interpuesto un recurso de amparo.

(...)

4. El demandante de amparo, cuya pretensión apoya en este extremo el Ministerio Fiscal, considera lesionado, en primer lugar, el derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE), como consecuencia de que el Magistrado don José Manuel Varela Prada, que formó parte de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal, había instruido inicialmente la causa cuando era titular del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Lugo, habiendo llevado a cabo verdaderos actos de instrucción.

(...)

5. En este caso el Magistrado don José Manuel Varela Prada, quien formó parte de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo que resolvió el recurso de apelación que el demandante de amparo interpuso contra la Sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Lugo, fue el Magistrado que inició la instrucción del proceso, habiendo actuado como Instructor durante un dilatado período de tiempo próximo a los dos años.

Durante ese lapso de tiempo, en su condición de Magistrado instructor de la causa,

practicó diligencias propias de una investigación tendentes a la averiguación de los hechos objeto de querrela y a la participación en los mismos del recurrente en amparo. (...)

En suma, ha de concluirse que las actuaciones llevadas a cabo por el Magistrado don José Manuel Varela Prada como Instructor de la causa han de considerarse verdaderos actos de investigación encaminados a determinar la existencia de los hechos objeto de la querrela y la participación en los mismos del demandante de amparo. Como hemos declarado en la STC 145/1988, de 12 de julio, ha de entenderse por instrucción, a los efectos que nos ocupan, «las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos. Instructor de una causa, será por tanto, el Juez que lleve a cabo esas actuaciones y participe de forma activa en la investigación [pues es] precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le corresponda y el hecho de haber estado en contacto directo con las fuentes de donde procede ese material lo que puede nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad el encartado, quebrándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora» (FJ 7).

En este caso, en el que el Magistrado don José Manuel Varela Prada, que inició la instrucción de la causa, formó posteriormente parte de la Sección de la Audiencia Provincial que conoció del recurso de apelación que el demandante de amparo interpuso contra la Sentencia condenatoria de instancia, ha de entenderse, como sostiene el Ministerio Fiscal, que se ha quebrado la apariencia de imparcialidad que constituye también la garantía de Juez decisor ajeno a la investigación previa. Procede, en conse-

cuencia, la estimación de este primer motivo de amparo, lo que hace innecesario el examen del resto de las quejas deducidas en la demanda, reconociendo el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías, en su vertiente de derecho a un juez

imparcial, cuyo restablecimiento exige la retroacción de lo actuado, a fin de que el recurso de apelación se resuelve nuevamente por un Tribunal del que no forme parte el Magistrado que actuó al inicio de la causa como Juez instructor.

**Sentencia 89/2006 de la Sala 1.ª del TC de 27 de marzo de 2006
(BOE 4 de mayo de 2006) (Recurso de amparo 6036/2002)**

DERECHOS HUMANOS. DERECHO A LA INTIMIDAD, AL HONOR Y A LA DIGNIDAD. ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO. DOMICILIO

Art. 18.1 CE

Ponente: **Excma. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonde**

SÍNTESIS

Se ocupa el Tribunal en la cuestión de si las celdas en un centro penitenciario son o no domicilio, a los efectos de la vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad domiciliaria con motivo de un registro, negando en la sentencia que ello suceda, aunque en el caso concreto enjuiciado se admite el amparo, por considerar desproporcionada la medida en cuanto no se notificó el registro, realizado en su ausencia, al recluso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La demanda de amparo plantea la cuestión de si el registro del que fue objeto la celda que el recurrente en amparo comparte con otros dos internos en el centro penitenciario de Ponent (Lleida) ha vulnerado su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). El recurrente atribuye tal vulneración tanto al registro en sí, por considerarlo innecesario, como al modo en el que fue practicado, sin su presencia, sin notificación previa y sin entrega posterior de un acta del registro.

Al otorgamiento del amparo se oponen el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Argumenta el Fiscal al respecto que el registro está previsto en la ley, respondió a una finalidad constitucionalmente legítima y se sujetó a las exigencias del principio de proporcionalidad, sin que, como pone de manifiesto la jurisprudencia constitucional en torno al registro de domicilio, la ausencia del afectado incida en su derecho a la intimidad. El Abogado del Estado, por su parte, atribuye a la demanda una desviación de lo que es el objeto propio de un recurso de amparo, por cuanto no sustenta la vulneración

del derecho a la intimidad en las concretas circunstancias del registro que la origina, sino en la pretensión abstracta de que es ilegítimo el registro de celdas sin la presencia de sus ocupantes.

2. Como paso previo a la respuesta a la cuestión que plantea la demanda hemos de precisar tanto su perspectiva constitucional como el cauce procesal de amparo que le corresponde. Todavía en una fase preliminar al enjuiciamiento de la pretensión de la demanda, será necesario recordar nuestra jurisprudencia relativa al derecho a la intimidad y a las condiciones que legitiman su restricción cuando su titular se encuentra interno en un establecimiento penitenciario, lo que abordaremos en el fundamento siguiente.

a) Aunque la demanda se dirige prioritariamente contra las resoluciones judiciales que deniegan su queja, con invocación expresa del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la intimidad, hemos de precisar —como hicimos recientemente en la STC 11/2006, de 16 de enero (FJ 1), en relación también con una demanda con origen en una queja penitenciaria— que tal reproche es consecuente al emprendimiento y agotamiento de la vía judicial de un modo que el recurrente entiende infructuoso para sus intereses, pero que el acto al que propiamente se atribuye la vulneración del derecho fundamental y que se reivindica en dicha vía judicial es un acto de la Administración penitenciaria: el registro de la celda del recurrente practicado el día 8 de febrero de 2002. Se trata así de un recurso de amparo que corresponde a la vía procesal contemplada en el art. 43 LOTC.

b) La perspectiva constitucional desde la que se impugna el registro de la celda del recurrente es la del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y no la del derecho a la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2 CE), aunque esta última invocación se sugiera como posible en alguno de los escritos del debate

procesal y se utilice en otros como fuente de argumentación por analogía.

Debemos por ello comenzar afirmando la adecuación del planteamiento de la pretensión del recurrente en amparo, habida cuenta de que la celda que ocupa un interno en un establecimiento penitenciario no es su domicilio en el sentido constitucional del término. Esta constatación expresa en sí misma tanto las graves limitaciones que comporta la pena o la medida de prisión para la intimidad de quienes la sufren —«una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas» (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2)— como también, por el hecho mismo de tal restricción, la especial necesidad de preservar los ámbitos de intimidad no concernidos por la pena o la medida y por su ejecución, y de declarar «ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere» (STC 89/1987, FJ 2).

El domicilio constituye un ámbito de privacidad «dentro del espacio limitado que la propia persona elige» (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública, de modo que el contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio «es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro» (STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). De ahí que, aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un «espacio apto para desarrollar vida privada» (STC 283/2000, de 27 de no-

vimiento, FJ 2) en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público. Bien al contrario, el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término.

3. Centrada, pues, la cuestión de legitimidad constitucional en la compatibilidad del registro de celda denunciado con el derecho a la intimidad personal de su ocupante, procede recordar que este derecho es propio de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE e implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4, entre otras muchas). Sin embargo, no es un derecho absoluto, «como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5, 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4)» (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10). Específicamente, en relación con «el condenado a pena de prisión», el art. 25.2 de la Constitución, «en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que

no son de aplicación a los ciudadanos comunes» (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 6) y en concreto que puedan serlo «por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria» (art. 25.2 CE).

El primero de los requisitos para la validez constitucional de la limitación del derecho fundamental de un preso a la intimidad es su establecimiento por ley, como se infiere, no sólo de la mención a la ley penitenciaria como la tercera de las fuentes específicas de restricción de derechos fundamentales de los condenados a penas de prisión, sino ya de la exigencia general del «art. 53.1 CE para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades del capítulo segundo del título primero» (STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 3). Este requisito, no obstante, no es ni puede ser el único. De la dicción del art. 25.2 CE no se extrae la conclusión de que las limitaciones que contemplan sean «limitaciones de pura configuración legal» (STC 58/1998, FJ 3). Tales limitaciones, cuando no provienen directa o indirectamente de la pena —de su contenido o de su sentido—, han de ser «penitenciarias» y, además, sometidas, en su conformación normativa y en su aplicación, a las exigencias del principio de proporcionalidad.

Que hayan de ser limitaciones penitenciarias, en primer lugar, supone que su finalidad «tendrá que estar anudada a las propias de la institución penitenciaria» (STC 58/1998, FJ 3). Más allá de esta precisión relativa a la finalidad de la limitación del derecho fundamental, su constitucionalidad exige igualmente observar las exigencias del principio de proporcionalidad: en expresión sintética de la STC 69/1999, de 26 de abril, «por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto» (FJ 4). En efecto, «según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la

integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994)... viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)"» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.e).

4. A partir de la doctrina jurisprudencial evocada y del contenido de la demanda hemos de convenir en que el examen de constitucionalidad del registro efectuado que debemos realizar es un examen de su proporcionalidad, dado que la previsión del artículo 23 de la Ley Orgánica general penitenciaria no ha sido cuestionada.

La primera objeción que la demanda formula frente al registro impugnado se refiere a la necesidad del registro en sí, ante la ausencia de una finalidad que justificara la restricción del derecho fundamental a la intimidad que supone el registro. Es cierto, por una parte, que sin tal finalidad faltaría el presupuesto necesario para avalar la constitucionalidad de la medida (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 10; 11/2006, de 16 de enero, FJ 5), pues la restricción del derecho fundamental no podría obedecer, ya a limine, a la salvaguarda preferente de otro interés constitucional; además, si tal finalidad concurriera pero no fuera «penitenciaria», quedaría impedida la vía específica de limitación legítima de derechos que posibilita el art.

25.2 CE. Procede también recordar al respecto que tal finalidad no puede justificarse como concurrente con la mera invocación abstracta de un interés general, «al que por definición ha de servir el obrar de la Administración (art. 103.1 CE), pues bien se comprende, como se ha dicho en la STC 37/1989, fundamento jurídico 7, que 'si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia». En concreto, en relación con un supuesto de restricción de la intimidad de un preso, afirmábamos que «lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el art. 18.1 CE es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso» (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6).

En el presente caso la Administración penitenciaria justificó la medida de registro en el seguimiento que los funcionarios estaban realizando de uno de los ocupantes de la celda «por su relación con el tráfico de drogas» y en la «información que tenían los funcionarios de que podía haber en la celda sustancias prohibidas». Esta finalidad, que es calificable como penitenciaria y, conforme a nuestra doctrina, como suficientemente específica, no ha sido cuestionada ni en el expediente penitenciario ni en la demanda de amparo, por lo que debe rechazarse la alegación que analizamos relativa a la innecesariedad del registro en sí.

5. El grueso de la argumentación de la demanda se refiere al modo en el que se realizó el registro y, en concreto, a que se hiciera en ausencia del ocupante de la celda, sin notificación previa al mismo y sin que posteriormente se le entregara un acta del registro. Esta queja como tal resultaría impertinente si se refiriese a la ausencia de garantías procedimentales, pues ni tal derecho ha

sido invocado en el procedimiento ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ni resultaba razonable hacerlo a la vista de que tal registro no se enmarcaba ni dio lugar a procedimiento sancionador alguno. En cambio, la queja no carece de sentido en el marco de la invocación del derecho a la intimidad en la medida en que el modo de practicar el registro pueda haber afectado a la misma y, en concreto, en la medida en que haya supuesto un daño a la intimidad innecesario para la finalidad perseguida. Si tal fuera el caso, el registro resultaría desproporcionado, pues no superaría el juicio de necesidad, dado que para alcanzar el fin legítimo invocado (evitar el tráfico de drogas en el centro penitenciario) existiría una medida menos lesiva del derecho a la intimidad (un registro más respetuoso con la intimidad del registrado).

Para el enjuiciamiento de la pretensión de amparo en este punto resulta conveniente precisar la relación entre el derecho a la intimidad y el conocimiento por su titular de que existe una injerencia en su ámbito de intimidad. La cuestión consiste así en si la intimidad limitada por un registro de pertenencias personales y de un área de intimidad resulta aún más limitada por el hecho de que el sujeto afectado desconozca el hecho mismo del registro, o su contenido, o el resultado del mismo en cuanto a la incautación de objetos personales. La respuesta ha de ser afirmativa, pues no puede negarse la existencia de conexión entre la intimidad y el conocimiento de que la misma ha sido vulnerada y en qué medida lo ha sido.

Para la comprensión de tal conexión debe recordarse a su vez la íntima relación existente entre el derecho a la intimidad y la reserva de conocimiento. El derecho a la intimidad se traduce en un «un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a

que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos» (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5). Así, si la intimidad es, entre otras facetas, una reserva de conocimiento de un ámbito personal, que por eso denominamos privado y que administra su titular, tal administración y tal reserva se devalúan si el titular del ámbito de intimidad desconoce las dimensiones del mismo porque desconoce la efectiva intromisión ajena. Tal devaluación es correlativa a la de la libertad, a la de la «calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3), que posibilita no sólo el ámbito de intimidad, sino el conocimiento cabal del mismo.

6. Desde esta perspectiva afecta al derecho a la intimidad, no sólo el registro de la celda, sino también la ausencia de información acerca de ese registro, que hace que su titular desconozca cuáles son los límites de su capacidad de administración de conocimiento. Esta afectación adicional debe quedar también justificada —en atención a las finalidades perseguidas por el registro o en atención a su inevitabilidad para el mismo— para no incurrir en un exceso en la restricción, en principio justificada, del derecho fundamental.

En el caso objeto de nuestro enjuiciamiento resulta obvia la justificación de la falta de comunicación previa, pues el preaviso hubiera privado de sentido a la justifi-

cada indagación a la que servía el registro. No se constatan ni se aportan, en cambio, razones convincentes para la falta de toda información simultánea o posterior acerca de la dimensión y la intensidad del registro y de los objetos incautados a partir del mismo, a la que sólo pudo acceder el recurrente tras la iniciación de un proceso judicial de queja. En efecto, por una parte, el recurrente no estuvo presente en el registro —presencia ésta que constituye el medio más natural y adecuado para informar del mismo a quien lo sufre—, sin que a la luz del derecho constitucional en juego resulte suficiente a efectos justificativos la razón aportada para ello por el centro, consistente en que cuando se practicó el registro los ocupantes de la celda estaban en un taller del establecimiento. Tampoco consta, por otra parte, que posteriormente se informara al interno de los datos esenciales del registro —lo que hubiera sido suficiente para evitar ese daño añadido a la intimidad que supone el propio desconocimiento de la injerencia en la misma— ni que concurriera algún motivo para esa falta de información. Por ello, hemos de concluir que la indebida ausencia de información sobre la práctica del registro que se deriva de la conjunción de la ausencia del

recurrente en el mismo y de la falta de comunicación posterior de dicha práctica ha supuesto una limitación del derecho a la intimidad del recurrente que no es conforme a las exigencias de proporcionalidad que la Constitución impone a la limitación de los derechos fundamentales.

En un contexto como el penitenciario, en el que la intimidad de los internos se ve necesariamente reducida por razones de organización y de seguridad, toda restricción añadida a la que ya comporta la vida en prisión debe ser justificada en orden a la preservación de un área de intimidad para el mantenimiento de una vida digna y para el desarrollo de la personalidad al que también de debe servir la pena (art. 25.2 CE). En el presente caso, sin embargo, aunque el registro de la celda estaba justificado por su finalidad, no consta ni que se le informara al recurrente del mismo —mediante su presencia durante su práctica o mediante una comunicación posterior—, ni justificación suficiente alguna para esta falta de información, lo que hizo que la limitación del derecho a la intimidad incurriera en desproporción por extenderse más allá de lo necesario para los fines de seguridad que la legitimaban.

**Sentencia 116/2006 de la Sala 1.ª del TC de 24 de abril de 2006
(BOE 26 de mayo de 2006) (Recurso de amparo 73/2002)**

DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN. RECURSO DE CASACIÓN

Arts. 24 CE; 14.5 PIDCP

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

SÍNTESIS

Tras reiterar la suficiencia del recurso de casación penal para cumplir las exigencias del art. 14.5 PIDCP y la limitada eficacia que ha de darse a los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, afirma la corrección del proceder del Tribunal Supremo que a la vista de

un Dictamen negativo de aquél realizó una “revisión complementaria” de la sentencia impugnada desde la perspectiva de las alegaciones formuladas por la representación procesal del recurrente ante el Comité.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El recurrente fue condenado por Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 22 de febrero de 1992, como autor de un delito de asesinato frustrado, a la pena de doce años y un día de reclusión menor; condena que fue confirmada por Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1993. Tras dicha resolución, y sin que se hubiera interpuesto recurso de amparo, se presentó una comunicación al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que dio lugar al Dictamen de 20 de julio de 2000, en el que se constata la violación del art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, derivada de la insuficiencia de la revisión de la condena llevada a cabo en casación. El recurrente, con fundamento en dicha decisión, instó ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo el ejercicio del recurso efectivo reconocido en el art. 2.3 a) del Pacto y en el Dictamen, contra la declarada vulneración del derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena, solicitando la nulidad de la condena. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por Auto de 14 de diciembre de 2001, confirmado en súplica por el de 23 de abril de 2002, acordó no haber lugar a la nulidad interesada.

El recurrente aduce que estas dos últimas resoluciones han vulnerado sus derechos a la tutela judicial (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en la medida en que considera que no se ha articulado el recurso efectivo por él solicitado, que garantice el derecho a la segunda instancia penal. A esos efectos destaca el recurrente que la revisión de su condena efectuada por el Tribunal Supremo en el Auto de

14 de diciembre de 2001 es un simulacro de justicia, pues se adopta al margen del procedimiento de apelación o de casación y sin habilitar un trámite específico al efecto, sin debate contradictorio e incurriendo en incongruencia *extra petita*. Por otra parte, el recurrente también aduce la vulneración de los derechos al Juez ordinario predeterminado por la ley y al Juez imparcial (art. 24.2 CE).

El objeto del presente recurso de amparo queda reducido al análisis de estas dos quejas. Aunque el recurrente también invocó formalmente en su demanda de amparo la vulneración del art. 15 CE, ya en su escrito de alegaciones del trámite de admisibilidad renunció expresamente a un pronunciamiento sobre el particular, lo que, conforme ha sido reiterado por este Tribunal, determina que no puede ser objeto de consideración sobre el fondo (AATC 152/1983, de 13 de abril, FJ 1, y 225/2002, de 14 de noviembre, FJ 1).

Es necesario destacar, antes de entrar en el análisis de las invocaciones referidas, que si bien en el momento de interponerse el presente recurso de amparo la vía judicial estaba abierta, ya que no se había resuelto el recurso de súplica, ello resulta irrelevante a los efectos de una eventual inadmisión de la demanda por falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC], en tanto que, como también sucediera en el supuesto de la STC 8/2004, de 9 de febrero, FJ 2, en el plazo establecido en el art. 44.2 LOTC desde la notificación del Auto resolutorio del recurso de súplica se interpuso nuevo recurso de amparo contra ambas resoluciones, reiterando los mismos motivos de amparo por remisión a la anterior demanda.

2. Así delimitado el objeto del presente recurso, desde la lógica de la subsidiariedad del amparo, nuestro análisis debe comenzar por el último de los motivos de recurso, puesto que si se hubiera vulnerado el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley o las resoluciones judiciales recurridas no hubieran sido dictadas por un Tribunal plenamente imparcial, la radicalidad del defecto comportaría la nulidad de lo actuado y la retroacción de la causa, haciendo innecesario nuestro pronunciamiento sobre las restantes quejas (por todas, SSTC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2).

En la demanda de amparo se invoca conjuntamente la lesión del derecho al juez predeterminado por la ley y del derecho al juez imparcial, por entender que la falta de notificación de la sustitución del Ponente inicialmente designado resulta constitucionalmente relevante desde la perspectiva del juez imparcial, pues aquél sobre quien recayó finalmente la designación como Ponente había comprometido su imparcialidad al hacer determinadas declaraciones públicas contrarias al Dictamen del Comité. En relación con la obligación que la Ley impone a los órganos judiciales de comunicar a las partes la exacta composición del órgano judicial llamado a conocer de una causa y, en concreto, a que se les notifique cualquier sustitución del Magistrado Ponente, con expresión de las causas que motivan el cambio, conforme a lo previsto en el art. 203.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), este Tribunal ha declarado que la omisión de aquella notificación legalmente prevista constituye una irregularidad procesal que, en sí misma, carece de relevancia constitucional. Para que adquiriera tal relevancia es preciso que el defecto procesal tenga una incidencia material concreta, consistente en privar al justiciable de su derecho a recusar en garantía de la imparcialidad del juzgador. Esta privación sólo puede ser apreciada por este Tribunal si el demandante de amparo alega y argumenta que alguno

de los Magistrados que juzgó su causa incurrió en una concreta causa legal de recusación, que no resulte *prima facie* descartable, y que no pudo ser puesta de manifiesto por la omisión imputable al órgano judicial (SSTC 230/1992, de 4 de diciembre, FJ 4, o 97/2003, de 2 de junio, FJ 3, entre otras).

En el presente caso, si bien en las actuaciones no existe constancia alguna de la notificación al ahora demandante de amparo de la diligencia de 15 de diciembre de 2000, en la que se hace constar el cese por jubilación del anterior Ponente y que le corresponde la sustitución en la ponencia al Magistrado más antiguo, Sr. Bacigalupo Zapater, dicha omisión constituye una mera irregularidad procesal sin trascendencia constitucional, pues la misma no ha impedido que el recurrente hubiera podido efectuar en el momento procesal oportuno la recusación del Magistrado cuya imparcialidad ahora cuestiona. En efecto, como puso de manifiesto el Auto del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2002 y destaca el Ministerio Fiscal, este Magistrado formaba parte de la composición de la Sala desde el comienzo del procedimiento, habiéndose acordado dicha composición mediante providencia de 18 de septiembre de 2000, que fue notificada a la representación procesal del recurrente el día 26 de septiembre de 2000. Por tanto, al menos desde esa fecha el recurrente conocía que el citado Magistrado iba a formar parte de la Sala encargada de juzgar su causa, conociendo también los hechos posteriormente esgrimidos como causa de recusación, ya que las declaraciones periodísticas que —según el recurrente— habrían comprometido su imparcialidad fueron publicadas el 23 de agosto de 2000. De ese modo, el recurrente pudo haber ejercitado en tiempo hábil su derecho a recusar, sin que en nada haya obstaculizado dicho ejercicio la omisión de la que se queja, debiendo imputarse sólo a su propia falta de diligencia el no haber instado el incidente con anterioridad al que se dictara el Auto en el que se desestiman sus pretensiones. Por otro lado,

no puedan ser tomadas en consideración como causa de pérdida de la imparcialidad judicial las imputaciones relativas a la aparente autoría por parte del Magistrado de dos artículos doctrinales publicados en una revista jurídica por una tercera persona, dado que no existe ningún dato objetivo que permita sostener la sospecha del recurrente, por lo que ésta es una mera presunción carente de todo soporte.

A todo ello no puede oponerse que, aun conociendo que el citado Magistrado formaba parte de la Sala, se desconocía su condición de Ponente, puesto que, conforme a nuestra jurisprudencia, «la exigencia constitucional de imparcialidad en los Tribunales colegiados no afecta sólo al Magistrado Ponente, ni a éste en mayor medida que a los demás componentes de la Sala» (STC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 3) y la garantía de imparcialidad del juzgador se vincula necesariamente a la intervención del mismo en la causa, con independencia de su eventual influencia tanto en la deliberación de la resolución de que se trate como en el resultado final de la votación de ésta, pues lo que se intenta salvaguardar a través de tal garantía es precisamente la participación en el conocimiento, deliberación y votación del litigio de aquél en quien concurra o pueda concurrir alguna de las causas de recusación previstas legalmente (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 5, o 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 3, por ejemplo).

3. Por lo que respecta a la denunciada vulneración del derecho a un Juez imparcial (art. 24.2 CE), hemos de partir del dato que acaba de señalarse: el recurrente tuvo ocasión de recusar al Magistrado que considera carente de imparcialidad, en virtud de las declaraciones vertidas a un medio periodístico, al menos, desde el momento en que conoció que iba a formar parte de la Sala el día 26 de septiembre de 2000. Sin embargo, no lo hizo en ese momento ni en ningún otro previo a dictarse Auto recurrido en amparo, sino sólo después de que la Sala hubiera resuelto el recurso interpuesto en sentido con-

trario a sus pretensiones. Ello determinó que el incidente de recusación fuera inadmitido a trámite por extemporáneo, mediante Auto de 5 de abril de 2002, en aplicación del art. 223.1 LOPJ.

Según viene afirmando de forma constante nuestra jurisprudencia, dado que la recusación del Juez o Magistrado de cuya imparcialidad se duda es un remedio procesal en principio útil para garantizar el derecho a un juez imparcial, desplazando del conocimiento del proceso a aquellos Jueces o Magistrados cuya imparcialidad suscite recelos (por todas, STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 10), el planteamiento de la recusación en tiempo y forma siempre que sea posible es exigible a los recurrentes para entender agotados los recursos judiciales e invocada la supuesta lesión, pues las exigencias derivadas de la subsidiariedad del recurso de amparo impiden a este Tribunal un pronunciamiento sobre el fondo que no haya sido precedido de otro por parte de los órganos judiciales, existiendo un cauce procesal idóneo para ello, por causas sólo imputables al recurrente (por todas, STC 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2). Como afirmábamos en STC 52/2000, de 28 de febrero, FJ 3, «no se trata de cerrar la vía del amparo constitucional con un enfoque formalista, sino de cumplir una función práctica: dar a los propios órganos judiciales la posibilidad de reparar las vulneraciones de derechos procesales que puedan cometer, ellos mismos o los Tribunales sobre los que ostentan competencia de recurso; y reservar al recurso de amparo ante este Tribunal Constitucional el carácter subsidiario que le ha atribuido la Constitución».

En consecuencia, toda vez que ha sido la propia conducta del recurrente la que ha determinado que se inadmitiera por extemporáneo el incidente de recusación y, por tanto, que fuera inviable procesalmente un pronunciamiento sobre el fondo de esta cuestión en la vía judicial previa, esta invocación, tal como ha sido alegado por el Ministerio Fiscal y ya este Tribunal ha reiterado

en supuestos similares (por todas, STC 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2), está incurso en la causa de inadmisión de falta de un correcto agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC] y, en consecuencia, también de falta de invocación temprana en la vía judicial previa del derecho constitucional que se aduce vulnerado [art. 44.1 c) LOTC].

4. Despejadas las anteriores cuestiones, hemos de ocuparnos ahora de lo que constituye la cuestión nuclear del presente recurso de amparo: a saber, si las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en la medida en que —según entiende el recurrente— no se ha articulado el recurso efectivo por él solicitado, al amparo del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU y del art. 2.3 del Pacto, al efecto de garantizar el derecho a que su condena fuera revisada de conformidad con las exigencias del art. 14.5 del Pacto, cuya vulneración declaró el Comité.

Con carácter previo conviene realizar algunas precisiones. En primer lugar, hemos de recordar que España es parte del Pacto internacional de derechos civiles y políticos desde el 27 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril) y ratificó su Protocolo facultativo por instrumento de adhesión de 17 de enero de 1985 (BOE 2 de abril de 1985). Protocolo que faculta al Comité para recibir quejas o comunicaciones de individuos cuyos derechos hayan sido violados por los Estados parte y que regula el cauce procedimental para articular tales reclamaciones individuales. En todo caso, al margen de las obligaciones internacionales que de ello se deriven para el Estado español, ha de darse la razón al Tribunal Supremo cuando entiende —frente a lo pretendido por el recurrente— que los Dictámenes del Comité no tienen fuerza ejecutoria directa para anular los actos de los poderes públicos nacionales, pues en el Pacto no existe cláusula alguna de la que se derive su ejecutoriedad, ni en el Or-

denamiento jurídico español se ha articulado una vía específica que permita a los Jueces la revisión de las Sentencias penales firmes como consecuencia de un Dictamen del Comité, ni el mandato del art. 14.5 PIDCP es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (entre otras, SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3, o 70/2002, de 3 de abril, FJ 7).

Como recordábamos en la citada STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, las competencias del Comité «le habilitan exclusivamente para recibir y examinar comunicaciones tanto de Estados parte que aleguen que otro Estado parte incumple las obligaciones del Pacto, como de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Y, respecto de las comunicaciones individuales, en virtud del art. 5, párrafo 4, del Protocolo, para presentar sus observaciones al Estado parte y al individuo, haciendo constar en su caso la existencia de una violación del Pacto en el caso concreto. Además, ha de tenerse en cuenta que las ‘observaciones’ que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia».

Por último, y en relación con el enfoque con el que este Tribunal ha de examinar el presente recurso de amparo, como venimos afirmando desde la STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 1, la discusión sobre la ejecución interna de las resoluciones de los organismos internacionales competentes en materia de derechos humanos —y, en concreto, sobre las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Dictámenes del Comité de Naciones Unidas— es una cuestión ajena a la competencia y jurisdicción de este Tribunal, aunque sobre ella haya girado buena parte del debate en la vía judicial pre-

via, y también en este proceso de amparo. Lo que este Tribunal ha de examinar es si las resoluciones judiciales impugnadas han lesionado derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y cuya tutela en último extremo le corresponde (STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 1; ATC 260/2000, de 13 de noviembre, FJ 2).

5. Ahora bien, el que los Dictámenes del Comité no sean resoluciones judiciales, no tengan fuerza ejecutoria directa y no resulte posible su equiparación con las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el Pacto y que, de conformidad con la Constitución, el Pacto no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2).

Este Tribunal, desde sus primeras Sentencias, ha reconocido la importante función hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7, citando entre otras las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4; y 78/1982, de 20 de diciembre, FJ 4), habiendo declarado expresamente que el contenido de los derechos humanos reconocidos en el Pacto constituye parte también del de los derechos fundamentales, «formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español» (ATC 260/2000, de 13 de noviembre, FJ 2).

Y, en concreto, por lo que se refiere al derecho contenido en el art. 14.5 del Pacto, conviene recordar que este Tribunal desde la STC 42/1982, de 5 de julio, ha venido afirmando que el mandato del art. 14.5 PIDCP, aun cuando no tiene un reconocimiento constitucional expreso, «obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento» (STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; en el mismo sentido, SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5, o 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, entre otras muchas).

Igualmente, hemos declarado en la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, que «existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado» (en el mismo sentido, SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 2, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2).

Precisando las posibilidades de revisión en sede casacional y, en concreto, la posibi-

lidad de examinar los hechos probados, hemos recordado que nuestro sistema casacional no se limita al análisis de cuestiones jurídicas y formales, sino que «actualmente, en virtud del art. 852 LECrim, en todo caso el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de un precepto constitucional. Y a través de la invocación del 24.2 CE (tanto del proceso con todas las garantías como, fundamentalmente, de la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas. En definitiva, mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente puede cuestionar no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia dedujo de su contenido (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, tiene abierta una vía que permite al Tribunal Supremo la “revisión íntegra”, entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba» (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7).

6. Esta interpretación se encuentra en la misma línea de la efectuada por el propio Comité en resoluciones posteriores a la invocada en este procedimiento, relativas a las posibilidades de que el recurso de casación español satisfaga las exigencias del art. 14.5 del Pacto.

En efecto, recientemente se han producido varias decisiones de inadmisión de comunicaciones, en las que el Comité considera adecuada la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo español en un recurso de casación. Así, la Decisión de 29 de marzo de 2005 (comunicación núm. 1356-2005, Parra

Corral c. España, § 4.3) en la que se señala que «la alegación referente al párrafo 5 del artículo 14, esto es, el hecho de que presuntamente los tribunales españoles no examinaron de nuevo la apreciación de las pruebas, no es consecuente con el texto de los fallos del Tribunal Supremo y Constitucional en el caso de autos. Después de que estos dos tribunales examinaron a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran insuficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron con todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios, bastaban para justificar su condena». Igualmente, la Decisión de 25 de julio de 2005, (comunicación núm. 1399-2005, Cuartero Casado c. España, § 4.4) que destaca que «[c]on respecto a la presunta violación del párrafo 5 del art. 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con gran detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el Juzgado de primera instancia. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados delitos, como la agresión sexual». Del mismo modo, la Decisión de 25 de julio de 2005 (comunicación núm. 1389-2005, Bertelli Gálvez c. España, § 4.5, poniendo de manifiesto que «[e]n cuanto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del texto de la sentencia del Tribunal Supremo se desprende que si bien éste declaró que “la evaluación de las pruebas compete al Tribunal de primera instancia y no al Tribunal Supremo”, sí examinó en detalle la argumentación del autor y concluyó que en realidad él era culpable de estafa porque “hubo conducta dolosa y ánimo de lucro personal, lo que condujo a engaño de una tercera persona y la llevó a tomar disposiciones contrarias a su propio interés”». Y,

por último, la Decisión de 28 de octubre de 2005 (comunicación núm. 1059-2002, Carballo Villar c. España, § 9.3) al afirmar que «[c]on respecto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por la Audiencia Provincial. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia de aquél», por lo que considera que la queja «no se ha fundamentado suficientemente a efectos de admisibilidad» y la declara inadmisibile.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que el Comité ha precisado, por ejemplo, que el artículo 14.5 del Pacto no requiere que el Tribunal de apelación lleve a cabo un nuevo juicio sobre los hechos, sino que lleve a cabo una evaluación de las pruebas presentadas al juicio y de la forma en que éste se desarrolló (Decisión de 28 de marzo de 1995, comunicación núm. 536-1993, Perera c. Australia, § 6.4); que la falta de un juicio oral en la apelación no constituye violación del derecho a un juicio justo, ni del art. 14.5 del Pacto (Dictamen de 29 de octubre de 1999, comunicación núm. 789-1997, Bryhn c. Noruega, § 7.2) o que un sistema que no permita el derecho automático a apelar puede ser conforme a las exigencias del art. 14.5 del Pacto, siempre que el examen de la autorización de la solicitud para presentar recurso entrañe una revisión completa, tanto por lo que respecta a las pruebas como a los fundamentos de Derecho, y a condición de que el procedimiento permita examinar debidamente la naturaleza del caso (Dictamen de 31 de marzo de 1999, comunicación núm. 662-1995, Lumley c. Jamaica, § 7.3).

7. A la luz de todo lo anteriormente expuesto, hemos de volver ahora a la queja del demandante de amparo, para afirmar que, incluso situándonos en la lógica de la demanda respecto de la necesidad de que, a raíz del Dictamen del Comité, fuera necesario llevar a cabo un reexamen de la condena

de la Audiencia Provincial de Toledo para dar satisfacción a las exigencias del derecho al recurso ante un Tribunal superior, integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías, habríamos de concluir que el mismo ha sido efectuado por el Tribunal Supremo en el Auto recurrido, con una amplitud que satisface plenamente las exigencias derivadas del derecho fundamental en cuestión.

En efecto, el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico octavo del Auto de 14 de diciembre de 2001 procedió a realizar lo que él mismo denomina «revisión complementaria de la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Toledo desde la perspectiva de las alegaciones formuladas por la representación procesal del recurrente ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU». A tal fin se analizan las pruebas tenidas en cuenta por la Audiencia Provincial para fundar la condena y para rechazar la versión de los testigos de la defensa (...)

En definitiva, de hecho el Tribunal Supremo ha procedido a una revisión de la sentencia condenatoria en términos constitucionalmente conformes a las exigencias del art. 24.2 CE, interpretado a la luz del art. 14.5 del Pacto, realizando un análisis detallado de la prueba practicada y de la valoración de la misma llevada a cabo por la Audiencia, para concluir que no se había producido ningún error de valoración, que la misma era suficiente para fundamentar la condena y que las inferencias realizadas eran conformes a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia, sin incurrir en arbitrariedad alguna. Por tanto, la eventual lesión de la que se queja el recurrente en este proceso de amparo, de haberse producido, ya habría sido reparada por la jurisdicción ordinaria, lo que significa que —incluso en la lógica del recurrente— carecería ya de sentido cualquier pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto, por no existir ya vulneración alguna sobre la que realizarlo (SSTC 131/1998, de 16 de junio, FJ 2, o 128/2002, de 20 de mayo, FJ 2, entre otras;

en sentido similar, recientemente, STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 9).

8. Una única cuestión nos restaría por analizar y es la queja referida a que se habría incurrido en incongruencia *extra petitum*, puesto que el objeto del recurso interpuesto no era decidir sobre el fondo de la revisión, que requería la habilitación de un trámite específico, y a que se había vulnerado del derecho a un debate contradictorio, al efectuarse dicha revisión por completo al margen de los trámites tanto del recurso de apelación como del de casación, no habiéndose permitido al afectado exponer su punto de vista sobre los defectos imputables a la condena cuya revisión dice efectuarse.

Reiteradamente hemos sostenido que la denominada incongruencia *extra petitum* se produce cuando el pronunciamiento judicial recae sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso y que adquiere relevancia constitucional cuando el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones «suponga una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal» (STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 1), provocando la indefensión de las partes al pronunciarse la decisión judicial sobre temas o materias no debatidos oportunamente en el proceso y respecto de los cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando las alegaciones y argumentos que tuvieran por convenientes en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (por todas, entre las más recientes, SSTC 45/2003, de 3 de marzo, FJ 3, y 218/2004, de 29 de noviembre, FJ 3).

El juicio sobre la congruencia exige, por tanto, la confrontación entre la parte dispositiva de la Sentencia y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivos —partes— y objetivos: lo pedido (*petitum*) y los hechos o la realidad histórica que sirve de razón o causa de pedir (*causa petendi*), y en relación con estos últimos viene afirmándose que la adecuación debe extenderse tan-

to al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión (SSTC 29/1999, de 8 de marzo, FJ 2, o 218/2004, de 29 de noviembre, FJ 2). Lo cual no significa que «el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo, pues, por un lado, el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar su fallo en los preceptos legales o en las normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocados por los litigantes; y, por otro, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones deducidas, tal y como hayan sido formalmente presentadas por los litigantes, de modo que no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no haya sido formal o expresamente formulada, resulte implícita o sea consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso» (SSTC 45/2003, de 3 de marzo, FJ 3, y 218/2004, de 29 de noviembre, FJ 2).

Y en el presente caso no cabe apreciar una falta de congruencia constitucionalmente relevante. Ciertamente, en el *petitum* del recurso que interpuso el ahora demandante de amparo ante el Tribunal Supremo lo que se solicita es la nulidad de la condena por entender que la legislación española no permite el derecho a una revisión acorde al art. 14.5 del Pacto y, subsidiariamente, la anulación de la condena y el juicio para que, una vez aprobada la legislación acorde al Pacto, se celebre el juicio de nuevo cuya eventual condena pueda ser revisada conforme a las exigencias del Pacto. Pero no puede olvidarse que, conforme a la doctrina que acaba de exponerse, el órgano judicial no estaba obligado por la literalidad de las concretas pre-

tensiones deducidas y que en el escrito que dirige al Tribunal Supremo la representación procesal del recurrente afirma actuar «en el ejercicio del recurso efectivo que reconoce a mi representado tanto el citado dictamen (epígrafe 13) como el artículo 2.3 a) del Pacto internacional de derechos civiles y políticos», reproduciendo la literalidad de ambos. A partir de ello argumenta que la violación del derecho protegido en el art. 14.5 del Pacto y declarada por el Comité implica que los Tribunales de Justicia del Estado «deben atender al recurso efectivo del art. 2.3 a) que ponga remedio a la violación en que se ha incurrido del derecho al doble grado penal», considerando además que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo es el órgano competente para ello, al ser el superior jerárquico de la Audiencia Provincial de Toledo en esta causa y quien conoció del recurso que pretendía dar satisfacción al citado derecho. Como «motivos del recurso efectivo» se expone sustancialmente que el recurso de casación desestimado en su día por Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1993 no satisfizo la exigencias del derecho del acusado al doble grado de jurisdicción previsto en el art. 14.5 del Pacto, al no permitir el reexamen del material probatorio, como se constata en el Dictamen del Comité, que establece que la condena no debe mantenerse «salvo que sea objeto de una revisión acorde con el derecho a la segunda instancia del párrafo 5 del art. 14 del Pacto», si bien el recurrente entiende que ello sólo es posible si se articula una nueva regulación legal.

De lo anteriormente expuesto se desprende con claridad meridiana que la esencia de lo pedido y discutido en el pleito —al margen de la literalidad de las pretensiones del recurrente, que parten de su peculiar interpretación del sistema de recursos español, del Pacto y del Dictamen del Comité— es la articulación de una vía que haga posible la revisión de la Sentencia condenatoria de instancia de conformidad con las exigencias

del art. 14.5 del Pacto. Y, como se expuso en el fundamento jurídico anterior, el Tribunal Supremo, tras realizar otra serie de consideraciones, procedió a realizar una revisión de la Sentencia condenatoria desde la perspectiva de las alegaciones formuladas ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en términos constitucionalmente conformes a las exigencias del art. 24.2 CE, interpretado a la luz del 14.5 Pacto, de forma perfectamente congruente con lo que era el objeto del proceso.

En cuanto a la vía procesal elegida para ello, como sostiene el Fiscal, no es al recurrente sino a los Jueces y Tribunales, de conformidad con lo previsto en el art. 117.3 CE, a quienes corresponde interpretar la legalidad procesal y decidir cuáles son las vías para articular, en su caso, la citada revisión de la condena. El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) «no exige la adopción necesaria del procedimiento que el justiciable pretenda, pues la Constitución no impide en modo alguno que los Jueces y Tribunales velen por la elección del tipo de proceso más adecuado y por su normal transcurso» (STC 41/1986, de 2 de abril, FJ 3), ni atribuye al Tribunal Constitucional «la función de garantizar la corrección de todas las actuaciones en las interpretaciones que los órganos judiciales realicen de la legislación procesal, ni eleva a rango constitucional cualquier posible infracción de normas procesales, siempre que tal infracción no cierre a los ciudadanos la posibilidad de acceder a los Tribunales, defender ante ellos lo que crean ser sus derechos e intereses legítimos y obtener una resolución fundada en Derecho» (STC 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 4). Tales exigencias se habrían visto satisfechas en la tramitación procesal de dicha «revisión complementaria», pues el recurrente ha tenido acceso a la justicia, instando ante ella lo que a su derecho convino y ha obtenido una respuesta fundada en Derecho.

Finalmente, y en contra de lo afirmado en la demanda de amparo, como también des-

taca el Ministerio Fiscal, el procedimiento se articuló con plena garantía del derecho de audiencia y de la posibilidad de contradicción, y sin indefensión alguna, gozando el recurrente de amplias facultades de alegación, puesto que, como se hizo constar con más amplitud en el antecedente 2 f), al margen de su solicitud, en la que, como formulación del recurso efectivo que dice ejercitar al amparo del Dictamen del Comité, pudo haber expuesto cuantas razones a su derecho convinieran, pudo contradecir las alegacio-

nes del Fiscal, al dársele traslado del informe de éste, y realizar alegaciones respecto del mismo, y del perjudicado, de cuyas alegaciones se le dio igualmente traslado, formulando también alegaciones.

No se aprecia, por tanto, ni incongruencia extra petitum, ni vulneración alguna del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ni del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por lo que procede la denegación del amparo solicitado.

**Sentencia 145/2006 de la Sala 2.^a del TC de 8 de mayo de 2006
(BOE 8 de junio de 2006) (Recurso de amparo 2090/2004)**

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. SUSTITUCIÓN

Art. 89 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez**

SÍNTESIS

Se otorga el amparo al entender inmotivado un auto en el que, en cumplimiento de lo previsto en el art. 89 CP, tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se sustituye por la expulsión del territorio nacional una pena de tres años de prisión próxima a su cumplimiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se recurre en esta vía de amparo el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de febrero de 2004, que desestimó el recurso de súplica interpuesto contra el Auto de 19 de noviem-

bre de 2003 del mismo Tribunal en el que se acordó la sustitución por la expulsión del territorio nacional de la pena privativa de libertad por tres años impuesta en la Sentencia del indicado órgano judicial de 4 de marzo de 1999 por la comisión de un delito contra la salud pública.

El solicitante de amparo invoca el art. 24.1 CE, aludiendo a la necesidad de que las Sentencias se ejecuten en sus propios términos y al principio de legalidad y señalando que no es posible la sustitución de una pena ya cumplida fuera de los cauces de la Sentencia condenatoria, pues el art. 89.1 del Código Penal (CP) exige que tal medida se prevea en la propia Sentencia, lo que no se ha producido en el caso; de otro lado arguye que el Auto desestimatorio del recurso de súplica está falto de motivación; y, finalmente, hace una vaga referencia al principio «non bis in idem», señalando que, estando la pena de reclusión impuesta por la Sentencia en avanzada fase de ejecución, no cabe ahora decretar su expulsión.

El Ministerio público interesa la estimación del recurso de amparo al entender que se ha vulnerado, de un lado, el art. 24.1 CE, ya que la motivación de las resoluciones judiciales recurridas incurre en error patente, carece de base legal y no resulta razonable; así como, de otra parte, porque se ha vulnerado también el art. 25.1 CE al haberse aplicado retroactivamente una norma penal desfavorable para el reo.

(...)

3. Sobre el derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos tiene declarado este Tribunal que es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), puesto que si no fuera así las decisiones judiciales serían meras declaraciones de intenciones y, por consiguiente, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial.

Ahora bien, hemos señalado asimismo que el ámbito de control que corresponde al Tribunal Constitucional sobre el cumplimiento de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado está limitado, ya que la interpretación del sentido del fallo de las resoluciones judiciales es una función que se atribuye en exclusiva a los órganos judiciales, por ser una función estrictamente jurisdiccional. Por ello la intervención de este Tribunal en la manera en que se ejerce dicha potestad se ciñe a verificar si estas decisio-

nes han sido tomadas con una coherencia razonable atendiendo al contenido de la resolución ejecutada, de tal forma que únicamente cuando estas resoluciones sean arbitrarias, irrazonables o incurran en error patente se verá afectado el derecho reconocido en el art. 24.1 CE; o, dicho de otro modo, para que la tutela judicial efectiva quede salvaguardada está vedado a los órganos judiciales realizar interpretaciones de los fallos que, por alterarlos o apartarse de ellos, caigan en la arbitrariedad, irrazonabilidad o error.

En el control de la corrección de la actuación judicial al ejecutar el fallo habrá de contrastarse, por consiguiente, de un lado, el sentido del fallo mismo interpretado en su propio contexto; de otro lo resuelto con posterioridad para llevarlo a cabo, analizando si existió o no un desvío irrazonable, arbitrario o erróneo en relación con el contenido y alcance de los pronunciamientos que integran la parte dispositiva de la resolución ejecutada (SSTC 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 146/2002, de 15 de julio, FJ 3; 116/2003, de 16 de junio, FJ 3; 140/2003, de 14 de julio, FJ 6; 190/2004, de 2 de noviembre, FJ 3; 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4; 187/2005, de 4 de julio, FJ 2; y 209/2005, de 18 de julio, FJ 2).

4. En el caso que aquí se examina, como se ha expuesto más detenidamente en los antecedentes, el demandante fue condenado a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, cuatro mil pesetas de multa, con responsabilidad personal en caso de impago de dos días, así como al abono de las costas procesales, comenzando el 28 de junio de 2001 a cumplir la pena privativa de libertad, que debía quedar extinguida el día 21 de junio de 2004.

Estando la Sentencia en avanzada fase de ejecución, ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que dio una nueva redacción al art. 89.1 CP, y tras seguir los trámites oportunos, la Au-

diencia Provincial dictó Auto el 19 de noviembre de 2003 acordando la sustitución de la pena originaria por la de expulsión del territorio español, decisión que fundamentó, de un lado, en la consideración de que se cumplían los requisitos establecidos en el nuevo texto del citado art. 89.1 CP, pues el penado es una persona extranjera no residente legalmente en España castigado a pena privativa de libertad inferior a seis años; y, de otro lado, en la apreciación de que la norma contemplada, aun siendo posterior a los hechos objeto de la causa, es aplicable a los mismos por cuanto la anterior redacción del precepto reformado preveía también, aun cuando de forma facultativa para el Juez, aquella sustitución. Frente a esta resolución el demandante interpuso el correspondiente recurso de súplica, que fue desestimado por mantenerse las circunstancias que determinaron el acuerdo de expulsión, es decir, los requisitos establecidos en el art. 89 CP.

Pues bien, se aprecia claramente que el órgano judicial ha incumplido la regla de razonabilidad antes reseñada, puesto que el modo de ejecución que se pretende a través de las resoluciones recurridas y que denuncia el demandante altera sustancialmente los términos de la parte dispositiva de la Sentencia condenatoria, no resultando razonable la argumentación que para cohonestar su pronunciamiento esgrime el órgano judicial. Y ello porque, aun cuando es cierto, como se constató una vez hechas las comprobaciones oportunas, que concurrían los requisitos subjetivos para la aplicación de la norma en que aquellas resoluciones se fundamentan (esto es, que el recurrente no tenía permiso de residencia en España ni constaba petición alguna en tal sentido), sin embargo, como pone de manifiesto el Ministerio público, la interpretación efectuada por el órgano judicial, según la cual cabe aplicar en

este supuesto, en fase de ejecución, la nueva normativa, resulta irrazonable básicamente por dos razones: de un lado porque el texto del art. 89.1 CP vigente al tiempo de dictarse la Sentencia condenatoria facultaba al órgano judicial para acordar la sustitución y, pese a ello, nadie la solicitó ni aquél la acordó pudiendo hacerlo; de otro porque la nueva redacción del art. 89.1 CP prevé la sustitución en Sentencia si la pena privativa de libertad es inferior a seis años, y únicamente en el caso de que la pena sea superior a seis años cabe acordar la expulsión del territorio nacional en fase de ejecución, lo que no sucede en el caso presente. A ello cabe añadir que la irrazonabilidad de la interpretación se hace aún más evidente si se tiene en cuenta que, de ejecutarse las resoluciones judiciales impugnadas, en puridad no estaríamos ante una verdadera y propia sustitución, sino que, dado lo avanzado del cumplimiento de la pena privativa de libertad por el penado, realmente se produciría una acumulación sucesiva de dicha pena y de la medida de expulsión, efecto que no se desprende en modo alguno del citado art. 89.1 CP, salvo, y solamente, como se acaba de indicar, que se trate de una pena privativa de libertad superior a seis años, lo que, ha de reiterarse, no acontece en el caso que aquí se examina.

Así las cosas resulta palmario que los Autos impugnados, con base en una argumentación manifiestamente irrazonable, añaden una nueva consecuencia jurídica que altera de modo esencial el contenido del fallo y la correspondiente ejecución de la Sentencia condenatoria en los términos allí plasmados, lesionando de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE. En consecuencia ha de otorgarse el amparo impetrado, sin que sea necesario entrar a examinar el resto de motivos expuestos en la demanda de amparo.

**Sentencia 169/2006 de la Sala 1.ª del TC de 5 de junio de 2006
(BOE 7 de julio de 2006) (Recurso de amparo 3767/2003)**

HABEAS CORPUS. INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

Arts. 62.1 y 2 LO 4/2000; 1 y 4 LO 6/1984

Ponente: **Excm. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonde**

SÍNTESIS

Constatada la diferencia sustancial con el supuesto de la STC 303/2005 (reproducida en el n.º 18 de la Revista), procede la estimación del amparo solicitado al inadmitirse de plano y por motivos de fondo la petición de Habeas Corpus frente a la privación de libertad consecuencia de la aplicación de la legislación de extranjería, sin que el detenido estuviera efectivamente a disposición judicial con anterioridad al momento de la inadmisión. (Reiteran este pronunciamiento las posteriores SSTC 201/2006, 202/2006, 203/2006, 204/2006, 205/2006, 206/2006, 207/2006, 208/2006, 209/2006, 210/2006, 211/2006, 212/2006 y 213/2006.)

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se impugna en este proceso el Auto de 23 de mayo de 2003 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Puerto del Rosario, que inadmitió a trámite la petición de *habeas corpus* deducida por don Ali Baker, inadmisión de plano que fundamentó el órgano judicial en que la legislación de extranjería permitía la detención del mismo, detención que había sido llevada a cabo, en opinión del Juez, por autoridad competente.

(...)

4. En el presente caso el Ministerio Fiscal solicita la desestimación del recurso de amparo con base en la STC 303/2005, de 24 de noviembre, ya que considera que nos en-

contramos ante un supuesto sustancialmente análogo al resuelto por aquella Sentencia.

Sin embargo, este Tribunal no puede compartir dicha apreciación puesto que los hechos del presente recurso son sensiblemente diferentes a los analizados en la citada resolución. En la STC 303/2005, de 24 de noviembre, se desestimó el recurso de amparo porque, al instarse el *habeas corpus*, el Juez ya había aplicado el art. 62.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y por tanto, como explicaba motivadamente en el Auto por el que inadmitía el procedimiento de *habeas corpus* entonces

solicitado, ya había oído al detenido, con intérprete y asistido por Letrado, y ya había dictado Auto disponiendo su ingreso en un centro de internamiento por un periodo máximo de cuarenta días, que no había transcurrido en el momento de promoverse el indicado procedimiento. Y, sobre esta base, al tratarse de una privación de libertad ordenada por un Juez, llegábamos a la conclusión, en aquella Sentencia, de que las garantías que para la libertad personal se derivan del régimen de control judicial que señala el citado art. 62.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del *habeas corpus*, lo que haría redundante la posibilidad añadida de este remedio excepcional, sólo justificable en el plazo de la estricta detención cautelar gubernativa (durante las primeras setenta y dos horas) o, en su caso, superado el plazo acordado por la autoridad judicial para el internamiento, si el extranjero continúa privado de libertad.

Sin embargo, en el presente caso, admitiendo que nos encontramos ante un supuesto límite, debe señalarse que en el momento en que se dictó el Auto de 23 de mayo de 2003 ahora recurrido, por el que se inadmitió *a limine* el *habeas corpus*, no queda acreditado, al contrario de lo que sucedía en el supuesto de hecho de la STC 303/2005, que el Juez hubiera oído con anterioridad a dicha decisión al recurrente, asistido de Abogado e intérprete al amparo del art. 62.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; por tanto, en el momento de rechazo del *habeas corpus* solicitado, no consta que existiera un control judicial de la situación de detención del demandante.

La audiencia del recurrente y el control judicial de su situación de privación de libertad como consecuencia de la aplicación de la legislación de extranjería tuvo lugar el mismo día 23 de mayo; sin embargo, del examen de las actuaciones remitidas no se

desprende que se llevara a cabo con anterioridad al momento en el que se inadmitió de plano el procedimiento de *habeas corpus*. Por ello, constatada la diferencia sustancial con el supuesto de la STC 303/2005 y, conforme a la doctrina antes citada sobre las garantías del procedimiento de *habeas corpus*, no cabe entender ajustada a la misma en el presente caso la inadmisión de plano del procedimiento, ya que tampoco puede considerarse conforme con el art. 17.4 CE la inadmisión *a limine*, aun cuando la autoridad judicial prevea que, en virtud de la legislación de extranjería, va a tener que intervenir en breve para la decisión de internamiento del extranjero solicitante de *habeas corpus*. Esta institución está configurada en nuestro ordenamiento jurídico de manera absolutamente independiente de cualquier otro mecanismo de garantía de la libertad personal (como es el previsto en el art. 61 de la Ley de extranjería) y, únicamente en los casos en los que por mera coincidencia temporal, se ha llevado a cabo el control judicial de la situación del detenido con anterioridad a decisión de admisión o no del procedimiento de *habeas corpus* –supuesto de la STC 303/2005– podrá entenderse constitucionalmente legítima la decisión de inadmisión de plano de dicho procedimiento, puesto que en estos casos, dicha inadmisión se produce cuando la situación del solicitante ya ha sido controlada por la autoridad judicial.

En definitiva, estando concebido el procedimiento de *habeas corpus* como una especial garantía judicial para la persona privada de libertad mediante una decisión que no procede de un órgano judicial, en coherencia con nuestra doctrina, debemos reiterar, una vez más, que no es constitucionalmente legítimo la inadmisión *a limine* de dicho procedimiento bajo el argumento de la supuesta legalidad de la situación de detención del solicitante, porque como hemos recordado en numerosas ocasiones, esa es la cuestión a dilucidar en la fase plenaria del procedimiento de *habeas corpus*.

**Sentencia 177/2006 de la Sala 2.^a del TC de 5 de junio de 2006
(BOE 7 de julio de 2006) (Recurso de amparo 5933/2005)**

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM. EXTRADICIÓN. CAUSAS. DENEGACIÓN. ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

Arts. 13.3 y 25 CE y Ley 3/2003

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

SÍNTESIS

No lesiona la intangibilidad de la cosa juzgada la entrega en virtud de euroorden previa denegación de la extradición por falta de reciprocidad. Por otra parte, las disposiciones relativas a la extradición o a la euro-orden no están sometidas a la prohibición constitucional de retroactividad, por no parecer carácter sancionador (en igual sentido, en relación a ambas cuestiones, la STC 83/2006, de 13 de marzo, BOE de 18 de abril de 2006). Se estudia además, de manera complementaria, alguna otra cuestión relativa a la extradición, como el alcance del principio de no entrega del nacional, o el condicionamiento de la entrega en caso de condenados en rebeldía.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se interpuso contra un Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por el que se acordó acceder a la entrega del demandante de amparo, de nacionalidad española, que había sido solicitada por las autoridades francesas —en virtud de la nueva normativa relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, surgida a raíz de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2003— al efecto del cumplimiento de la pena de veinte años de prisión que le había

sido impuesta en su ausencia por un Tribunal francés por razón de un hecho delictivo cometido en Francia en el año 1988.

El demandante de amparo considera que dicha decisión ha vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías por distintas razones que podrían enunciarse y ordenarse de la manera siguiente: 1) por haber infringido el principio de cosa juzgada; 2) por falta de motivación suficiente acerca de la exigencia de reciprocidad; 3) por falta de motivación suficiente acerca de la no apreciación de la prescripción del hecho delictivo determinante de la solicitud de entre-

ga; 4) por no haber condicionado la entrega a la exigencia de revisión de la Sentencia condenatoria dictada en su ausencia; 5) por falta de motivación suficiente acerca de la aplicación retroactiva de la Ley 3/2003, de 14 de marzo; 6) por falta de consideración y motivación acerca de su condición de nacional español, ya que ni se menciona en la resolución impugnada como posible causa de denegación de la extradición ni fue oído en ningún momento acerca de la posibilidad de denegarla para que el cumplimiento de la pena impuesta se hiciese efectivo en España; 7) por no haber sido oído por la Sala ni haber gozado ésta de intermediación en relación con las pruebas; 8) por no haber tenido su Abogado tiempo suficiente para preparar el trámite de audiencia; 9) por no haberse previsto recurso alguno contra la decisión de entrega; y 10) por haber contado el Ministerio Fiscal con un trámite procesal de informe del que no gozó la defensa, con el consiguiente quebranto del principio de igualdad de armas.

El Ministerio Fiscal considera, por su parte, que de todas esas alegaciones únicamente cabe estimar la consistente en la pretendida vulneración del derecho del actor a un proceso con todas las garantías por razón de no haber condicionado la Sala su decisión a la exigencia de revisión de la Sentencia condenatoria pronunciada en su ausencia.

2. El examen de los motivos de amparo aducidos en la demanda ha de comenzar por el de las distintas causas por las que el actor considera vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y, de entre ellas, por el de la argumentación esgrimida para fundamentar la invocada infracción del principio de cosa juzgada al constituir esta un *prius* lógico toda vez que, conforme ya afirmamos respecto de una queja similar en la STC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 3, su eventual apreciación supondría que los órganos judiciales no podrían volver a pronunciarse de nuevo en el mismo procedimiento sobre la solicitud de entrega formulada por Francia, lo que vendría a absorber

el contenido del resto de las quejas formuladas.

Afirma el recurrente a este respecto que la orden europea de detención dictada contra él tenía por objeto exactamente los mismos hechos por los que Francia había pedido ya con anterioridad al Estado español su extradición para ser juzgado por ellos en dicho país, siendo denegada tal solicitud por Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 23 de febrero de 1990 por motivo de la nacionalidad española del actor (concurrente con la posterior adquisición por el mismo de la nacionalidad francesa). Ha de señalarse que esta decisión de no entregar al Estado francés a un nacional español fue tomada en aplicación del principio de reciprocidad que, según se establece en el art. 13.3 CE, ha de regir en materia de extradición, en atención a que Francia ha formulado reserva al art. 6.1 del Convenio europeo de extradición de 1957 en el sentido de no proceder a la entrega de sus nacionales a otros países firmantes del mismo.

No obstante reconocerse en la demanda que existe una jurisprudencia mayoritaria acerca de que el principio de cosa juzgada material no es de aplicación a los procedimientos de extradición, considera el recurrente que en determinadas ocasiones —concretamente cuando se trata de una decisión relativa a una cuestión de fondo y no meramente procesal— resulta de aplicación dicho principio, citando a este respecto la STC 156/2002, de 23 de julio. Distinta es en cambio la opinión sustentada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Auto recurrido, puesto que en él se concluye que no cabe apreciar la excepción de cosa juzgada ya que en ninguno de dichos procedimientos (extradición y euroorden) se ventila ningún tipo de responsabilidad derivada de la culpabilidad del sujeto y que, por consiguiente, no puede afirmarse que se le haya sometido a juicios diferentes por los mismos hechos.

Similar a esta última es la opinión mantenida a este respecto por el Ministerio Fiscal,

para quien no cabe considerar que el Auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional con fecha de 23 de febrero de 1990 tenga eficacia de cosa juzgada material, ya que dicha resolución denegatoria de la extradición se basó en la existencia de obstáculos convencionales que posteriormente desaparecerían en virtud de un nuevo texto regulador de la cooperación jurídica entre Estados, de manera que la cuestión de fondo entonces resuelta, atinente exclusivamente a la nacionalidad española del reclamado como causa de denegación de la extradición, no habría sido objeto del Auto ahora impugnado en amparo ni, en consecuencia, puede considerarse enmendada por dicha resolución ya que en la misma no se discute acerca de la cualidad de ciudadano español del actor. No se daría, por ello, ni la triple identidad de sujeto, objeto y acción exigida por la jurisprudencia para apreciar la excepción de cosa juzgada ni, sobre todo, el presupuesto indispensable de que la resolución anterior hubiese sido emitida por el Juez o Tribunal al que jurisdiccional y competencialmente viniera asignado el conocimiento de la infracción, ya que de lo que se trata en el procedimiento extradicional es de dar cauce a la cooperación entre Estados, lo que puede variar en función de la confianza existente entre ellos, y no de resolver sobre la responsabilidad del inculcado; de manera que la negativa a la entrega en un momento concreto y de acuerdo con una determinada situación legal no puede condicionar ni impedir una posterior solicitud de entrega al amparo de nuevas circunstancias y de nuevos instrumentos de cooperación internacional.

3. Una vez expuestas las distintas posturas mantenidas respecto de la cuestión objeto de debate, procede recordar los puntos esenciales de la doctrina sentada por este Tribunal acerca de la eficacia de la cosa juzgada material tanto desde un punto de vista general, como en relación con resoluciones dictadas en el marco de un procedimiento extradicional.

Desde una perspectiva general, hemos declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material tanto en su aspecto positivo o pre-judicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una resolución que haya adquirido firmeza, como en su aspecto negativo o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya resuelto en resolución firme (SSTC 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 226/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 15/2002, de 28 de enero, FJ 3); aspecto negativo este último que sería precisamente el efecto que reclama el recurrente del Auto de la Audiencia Nacional de 23 de febrero de 1990 por el que se denegó su extradición a Francia. También hemos afirmado que el desconocimiento de tal efecto de cosa juzgada material por parte de los Tribunales implicaría privar de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídicas de quien se vio protegido judicialmente por una resolución dictada en un proceso anterior entre las mismas partes (entre otras, SSTC 226/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 2). Ahora bien: no puede dejar de destacarse que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables (SSTC 204/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; STC 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 15/2002, de 28 de enero, FJ 3; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 2).

Por lo que se refiere, en particular, a la posibilidad de otorgar efecto de cosa juzgada a las resoluciones que resuelven sobre la procedencia o no de la entrega con causa

extradicional, hemos declarado que, en atención precisamente a la propia naturaleza del proceso extradicional, «las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no producen el efecto de cosa juzgada y, por lo tanto, pueden en determinados supuestos ser sustituidas por otras» (SSTC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 5; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 3).

Esta limitación expresa de la indicada posibilidad de sustitución a «determinados supuestos» implica una necesaria remisión a las características del caso concreto, esto es, al examen de las razones por las que anteriormente se había denegado la entrega del demandante de amparo a Francia por Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 23 de febrero de 1990 y de las esgrimidas ahora por el Auto recurrido en amparo para acceder a la misma. Pues bien: del contenido de ambas resoluciones cabe inferir lo siguiente:

a) que la única razón por la que en la primera de dichas resoluciones se denegó la extradición del recurrente a Francia fue su condición de nacional español, que el órgano judicial no consideró excluida por su posterior adquisición de la nacionalidad francesa.

b) que en el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2005 no se discute que el recurrente sea nacional español, sino que el fundamento de la decisión de acceder a su entrega a Francia viene constituido por la estimación, por parte del órgano judicial, de que no puede apreciarse la excepción de cosa juzgada en relación con la anterior solicitud de extradición que había sido denegada «toda vez que tanto en el [Convenio europeo de extradición] como en el procedimiento regulado mediante la [orden europea de detención y entrega] nos encontramos ante procedimientos cuyo ámbito se desenvuelve estrictamente en la cooperación jurídica de carácter internacional como medio

de auxilio judicial ... sin que en ninguno de los aludidos procedimientos ... se ventilen ningún tipo de responsabilidad derivada de la culpabilidad del sujeto, por lo que ningún acto de enjuiciamiento sobre su culpabilidad se produce, y por consiguiente, no puede decirse que alguien es juzgado, al ser sometido a un procedimiento de extradición y después a un procedimiento de [orden europea de detención y entrega], a juicios diferentes por el mismo hecho. En definitiva, las normas reguladoras del procedimiento de extradición y de la orden europea de extradición son normas procedimentales o instrumentales, que se han sucedido en el tiempo para lograr una más eficaz colaboración internacional en el ámbito jurídico».

Antes de proceder a la revisión de dicha motivación al efecto de establecer si, como pretende el recurrente, con ella se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva de acuerdo con el canon que hemos establecido para este derecho —canon que debe considerarse reforzado en este caso dada la conexión de esta cuestión con otros derechos fundamentales del recurrente como su derecho a la libertad personal y sus libertades de entrada y salida del territorio nacional de residencia (SSTC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 5; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 3)— resulta necesario señalar algunas de las peculiaridades que concurren en este caso dada su relevancia para resolver en términos constitucionales la cuestión planteada.

(...)

5. Una vez descartada la anterior vía argumental como fundamento de la existencia de una pretendida vulneración del derecho del actor a la tutela judicial efectiva por parte del Auto recurrido, queda despejado el camino para examinar, como una nueva manifestación de esa misma pretensión, las alegaciones desarrolladas en la demanda acerca de la insuficiente ponderación realizada por el órgano judicial en relación con la exigencia de reciprocidad, establecida en el art. 13.3 CE, en este concreto supuesto de entrega a Francia de un nacional español por ra-

zón de un hecho delictivo cometido en este último país con anterioridad al 1 de noviembre de 1993.

A este respecto, señala el demandante que el Auto recurrido se limita a afirmar que procede la entrega respecto de los hechos cometidos antes de la indicada fecha, sin haber valorado convenientemente que Francia había efectuado en relación con el Convenio europeo de extradición la reserva consistente en no conceder la extradición de sus nacionales a otro país. A su juicio, el principio de reciprocidad obliga además a que tampoco España aplique la orden europea de detención y entrega en relación con peticiones de entrega realizadas por Francia por razón de hechos cometidos con anterioridad a la indicada fecha de 1 de noviembre de 1993, lo que sería aquí el caso pues el hecho delictivo que dio lugar a orden de detención y entrega cursada por el Estado francés fue perpetrado en 1988. Respecto de los delitos cometidos antes de esa fecha, regiría en efecto la anterior normativa, esto es, el Convenio europeo de extradición, pero también entonces habría de denegarse la entrega del actor a Francia por razón del principio de reciprocidad dada su condición de nacional español, toda vez que por aquellas fechas Francia no concedía la extradición de sus nacionales a otros Estados firmantes del Convenio. El Auto recurrido en amparo no se refiere, sin embargo, en ningún momento a este último extremo sino que se limita a afirmar, con carácter general, que además de la orden europea de detención y entrega existían otros mecanismos internacionales de cooperación, eludiendo así tomar en consideración las señaladas consecuencias derivadas del principio de reciprocidad en relación con la indicada reserva hecha por Francia al Convenio europeo de extradición.

Planteada la cuestión en los indicados términos, hemos de comenzar por precisar que la solicitud de entrega del demandante de amparo fue cursada por Francia a través de una orden de entrega y detención ajustada al nuevo contexto de relaciones entre los

Estados miembros de la Unión Europea instaurado por una Decisión Marco del Consejo, en cuyo art. 32 se permitía que cada uno de dichos Estados hiciera una declaración en la que indicase que seguiría tramitando las solicitudes de entrega relativas a los actos cometidos antes de una determinada fecha con arreglo al sistema de extradición aplicable antes del 1 de enero de 2004. Francia hizo uso de esa posibilidad declarando que, como Estado de ejecución, seguiría tramitando las solicitudes relativas a los actos cometidos antes del 1 de noviembre de 1993 con arreglo al sistema de extradición aplicable antes del 1 de enero de 2004. Tiene pues razón el recurrente cuando afirma que, de acuerdo con esta declaración, Francia no procedería a la entrega de un nacional francés a España por razón de hechos cometidos con anterioridad a esa fecha de 1 de noviembre de 1993; no la tiene, en cambio, cuando de la formulación por Francia de la misma —de conformidad con la facultad que para ello confería el art. 32 de la Decisión Marco—, y del consiguiente reenvío de las solicitudes de entrega que le fueran cursadas en relación con hechos anteriores a la mencionada fecha al sistema del Convenio europeo de extradición respecto del que había hecho la reserva de no entregar a sus nacionales, deduce la producción de una quiebra del principio de reciprocidad que afirma lesiva de su derecho a la tutela judicial efectiva.

La Decisión Marco relativa a la orden europea de detención y entrega 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 (v. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 30 de septiembre de 2003 —Colegio de Oficiales de la Marina Mercante española, C-405/01— y de 30 de junio de 2005—*Tod's SpA, Tod's France SARL y Heyraud SA*, C-28/ 04). A ese sis-

tema debe ajustarse el Estado español en relación con la solicitud de entrega que le formule 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 art. 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 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.

6. Por lo demás, en sí misma la omisión de toda referencia al principio de reciprocidad por el Auto recurrido tampoco constituye un motivo que conduzca a la estimación del amparo ya que, como recordábamos recientemente en relación con un caso similar, la previsión de que la extradición se conceda «atendiendo al principio de reciprocidad (art. 13.3 CE) ha sido interpretada por este Tribunal, como una garantía de protección de determinados bienes jurídicos protegidos por el Derecho español y, muy en particular, de los derechos del ciudadano sujeto a la entrega, por lo que, en consecuencia, sólo en caso de un posible menoscabo de esos derechos el principio de reciprocidad habría de ser activado como causa vinculante de denegación» ya que, «no estableciendo el art. 13.3 CE derechos susceptibles de ser objeto de protección directa a través del recurso de amparo, la decisión de en qué grado haya de atenderse la reciprocidad en la decisión de

entrega es una cuestión que cae del lado de la legalidad ordinaria, la cual, por tanto, y salvo que la desatención de la reciprocidad comprometa la salvaguarda de derechos fundamentales del reclamado, o bien que su aplicación venga presidida por una motivación manifiestamente irrazonable o de todo punto arbitraria, queda extramuros de nuestra competencia» (STC 30/2006, de 30 de enero, FJ 7).

Habida cuenta de ello hemos de concluir, como también lo hacíamos en ese mismo lugar, que no cabe considerar irrazonable la decisión judicial impugnada en amparo a la vista de que «el principio de reciprocidad, carente de criterios uniformes de aplicación, no se proyecta en el presente caso sobre un aspecto concreto que pudiera involucrar a derechos fundamentales», toda vez que la extradición de nacionales en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma «no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio (SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 102/2000, de 10 de abril, FJ 8)».

7. En otro orden de cosas, el actor considera vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías por razón: 1) de la insuficiente motivación esgrimida en relación con la excepción de prescripción planteada por el demandante; y 2) del silencio que guarda el Auto recurrido en relación con el condicionamiento de la entrega a la exigencia de revisión de la Sentencia condenatoria dictada en su ausencia.

a) Por lo que se refiere a la primera de estas dos quejas, procede inicialmente señalar que el art. 12.2 i) de la Ley 3/2003 dispone que «la autoridad judicial de ejecución española podrá denegar la ejecución de la orden europea, cuando conforme a la legislación española el delito en que se funda la orden o la pena impuesta hubieran prescrito, si respecto de los hechos delictivos hubieran sido competentes para su persecución los tribunales españoles». En dicho precepto se basó el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para fundamentar su conclusión de que no era procedente denegar la entrega del demandante de amparo no ya porque entendiera que el hecho delictivo determinante de la misma no hubiera prescrito conforme a la legislación española —lo que no se llegó a someter a examen— sino, simplemente, porque no concurría la condición de que para la persecución del mismo hubiesen sido competentes los Tribunales españoles, dado que el hecho en cuestión se había cometido en territorio francés.

Como afirma el Ministerio Fiscal, dicha motivación satisface el canon aplicado por este Tribunal en materia de revisión de decisiones judiciales relativas al instituto de la prescripción de los delitos y de las penas —canon que no es otro que el propio del art. 24.1 CE— dado que en ella se argumenta que la aducida prescripción no puede ser apreciada por no existir posibilidad alguna de que la jurisdicción española enjuiciase el hecho delictivo pretendidamente prescrito en las circunstancias del caso, lo que no supone una interpretación y aplicación de lo dispuesto en el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que pueda considerarse irrazonable, arbitraria o incurso en error patente. No cabe, en consecuencia, reprochar por este motivo al Auto recurrido en amparo vulneración alguna de los derechos del actor a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

b) En cuanto a la segunda de las quejas más arriba enunciadas, considera el Ministerio Fiscal que procede su estimación dado

que, de conformidad con la doctrina establecida por este Tribunal a partir de la STC 91/2000, de 30 de marzo, la omisión por parte del Auto recurrido de toda alusión al condicionamiento de la entrega a que el Estado requirente haya de ofrecer al reclamado la posibilidad de revisión de la Sentencia condenatoria dictada en su ausencia constituye una vulneración de las exigencias dimanantes del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE.

La argumentación desarrollada por el demandante de amparo para fundamentar este motivo parte del presupuesto fáctico de que la orden europea de detención y entrega en cuestión tenía por objetivo el cumplimiento de una pena de prisión por tiempo de veinte años que le había sido impuesta por Sentencia núm. 14/98, dictada por la Sala de lo Criminal de los Pirineos Occidentales de 26 de octubre de 1998. Como ha quedado expuesto anteriormente, no obstante ser contradictorios los datos disponibles a este respecto no cabe duda de que contra el recurrente y en su ausencia fue dictada en su día la mencionada Sentencia condenatoria; como tampoco la hay de que el Pleno de la Sala de lo Penal no estableció, como condición para acceder a la entrega del recurrente, la consistente en la exigencia de que dicha condena pudiera ser revisada, exigencia que sin embargo este Tribunal ha venido imponiendo en circunstancias similares.

Así, según declaramos en la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 14, «cabe concluir que constituye una vulneración ‘indirecta’ de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana, acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa».

Cierto es que ni la Decisión Marco del Consejo relativa a la orden europea de de-

tención y entrega ni la Ley 3/2003 promulgada en aplicación de la misma establecen la mencionada exigencia como condición sine qua non para que el Estado de ejecución pueda proceder a la entrega solicitada. Pero ello no significa que quepa ignorar dicha exigencia, al ser la misma inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución cual es el derecho a un proceso —en este caso extradicional— con todas las garantías, debiendo como tal ser respetada —implícita o explícitamente— por toda Ley nacional que se dicte al efecto.

Por lo demás, el art. 5 de la Decisión Marco prevé la posibilidad de que, en el caso de que la orden europea de detención y entrega «se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuestas mediante resolución impuesta en rebeldía», la ejecución de dicha orden de entrega por la autoridad judicial de ejecución se supedite «con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución», entre otras, a la condición de que «la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista». Ello es indicativo de que la Decisión Marco no obliga imperativamente a los Estados miembros a establecer dicha condición para la entrega, sino que reenvía la cuestión a lo que a tal respecto venga dispuesto por sus respectivos Ordenamientos jurídicos. Siendo ello así, ha de entenderse que la exigencia en cuestión, dimanante del alcance dado por este Tribunal al derecho a un proceso con todas las garantías, debió ser expresamente formulada por el Auto recurrido en amparo como condición para la entrega del demandante a Francia y que, al no haberlo hecho así, dicha resolución vulneró el mencionado derecho (vid., entre otras, SSTC 91/2000, de 30 de marzo; 134/2000, de 16 de marzo; 162/2000

y 163/2000, de 12 de junio, y 183/2004, de 2 de noviembre).

8. Dos quejas más formula el demandante de amparo en relación con la pretendida vulneración por el Auto recurrido de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: la primera se refiere a la falta de motivación suficiente y arbitrariedad de la aplicación retroactiva de la Ley 3/2003, de 14 de marzo; la segunda, a la falta de consideración de su condición de nacional español, ya que la misma no se menciona en la resolución impugnada como posible causa de denegación de la extradición ni fue oído en ningún momento acerca de la posibilidad de denegarla para que el cumplimiento de la pena impuesta se hiciese efectivo en España.

a) La primera de dichas quejas se basa en la consideración de que la disposición transitoria segunda de dicha Ley, en cuyo segundo apartado se establece que «los procedimientos de extradición que se encuentren en curso en el momento de la entrada en vigor de la presente ley seguirán tramitándose como tales hasta su conclusión», constituía en este caso un obstáculo para la aplicación de la Ley 3/2003 dado que, según dicho precepto, la solicitud de entrega cursada a través de la orden europea de detención y entrega debió ser resuelta de conformidad con la normativa precedente al encontrarse en curso un procedimiento de extradición anterior. La realidad, sin embargo, contradice esta opinión puesto que, como sostiene el Ministerio Fiscal, el primer procedimiento extradicional seguido contra el recurrente estaba ya concluso por decisión firme, al no haber sido recurrido el Auto de 23 de febrero de 1990. De manera que, frente a lo que mantiene el recurrente, la orden europea de detención y entrega no supuso una continuación de dicho procedimiento sino que inauguró un procedimiento distinto que, como tal, se regía por la normativa contenida en la Ley 3/2003. En consecuencia, ningún reproche cabe dirigir al Auto recurri-

do por haber aplicado motivadamente dicha normativa, ya que a ello venía autorizado por el primer apartado de la citada disposición transitoria segunda a cuyo tenor: «la presente Ley será aplicable a las órdenes europeas de detención y entrega que se emitan con posterioridad a su entrada en vigor, aun cuando se refieran a hechos anteriores a la misma».

La interpretación dada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a esta disposición no puede, por consiguiente, ser tildada de arbitraria, irrazonada o irrazonable, sino que por el contrario resulta plenamente ajustada a su tenor literal. Por lo demás, ni siquiera cabe hablar de una aplicación retroactiva de la Ley 3/2003 puesto que de dicha disposición se infiere que sólo es aplicable a las órdenes europeas de detención y entrega que fuesen dictadas con posterioridad a su entrada en vigor, y no a las dictadas con anterioridad a su vigencia. El hecho de que una euroorden que cumpla tal requisito pueda traer por causa hechos delictivos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2003 no significa que esta se aplique retroactivamente sobre esos hechos, lo que vendría vedado por el principio de irretroactividad de las normas penales caso de ser menos favorable la normativa en ella contenida, pues no se trata de una Ley penal que introduzca variaciones respecto de los mismos o de sus sanciones sino de una Ley procesal exclusivamente referida a un instrumento que facilita el enjuiciamiento y eventual condena de su autor.

b) Mayor enjuindia presenta la segunda de las quejas anteriormente enunciadas, a la vista de que el art. 12.2 de la Ley 3/2003 establece que «la autoridad judicial de ejecución española podrá denegar la ejecución de la orden europea en los casos siguientes ... f) Cuando la orden europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad, siendo la persona reclamada de nacionalidad española, salvo que consienta en cumplir la misma en el Estado de emisión. En

otro caso, deberá cumplir la pena en España». Contrasta en dicho precepto el empleo de la forma 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 forma 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 se accede a ella, únicamente podrá cumplirse en dicho país si así lo consiente el penado. En cualquier caso, nada de ello se dice en el Auto recurrido, no obstante haber manifestado el actor su oposición a ser entregado a Francia para cumplir allí la pena impuesta por un Tribunal francés. Ha de darse, pues, la razón al recurrente cuando reprocha al órgano judicial la falta de consideración de tales extremos que, en definitiva, revierte en una falta de tutela judicial a un nacional español al haberse decidido su entrega a Francia sin tener en cuenta que, siendo la finalidad de la misma la de cumplir condena, era obligado oírle al efecto de que prestase para ello el debido consentimiento.

9. Conviene finalmente señalar que no cabe reprochar al Auto impugnado las vulneraciones de los derechos del actor a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías por las razones expuestas en el primer bloque de alegaciones. En primer lugar porque, por lo que se refiere a la pretendida vulneración de su derecho a la defensa que se afirma cometida por haberse entregado el expediente a su Abogado defensor instantes antes de celebrarse la audiencia prevista en el art. 14 de la Ley 3/2003, ha quedado acreditado en las actuaciones —concretamente en el acta de

la vista— que la representación del recurrente no sólo no alegó nada en su debido momento respecto de ello, sino que tampoco solicitó un aplazamiento, lo que podía haber hecho si consideraba que el tiempo dado para el análisis de las actuaciones le impedía la correcta defensa de los intereses de su cliente. En segundo lugar porque, no siendo el procedimiento extradicional equiparable al procedimiento penal, según ha reiterado este Tribunal en distintas ocasiones (por todas: STC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3), dado que en él «no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se realiza pronunciamiento condenatorio sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado», 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. En tercer lugar, porque ninguna vulneración de los indicados derechos puede entenderse producida por el hecho de que el recurrente únicamente fuera oído por el Juzgado Central de Instrucción ya que, frente a lo que se mantiene en la demanda,

ningún defecto de transposición de lo establecido en la Decisión Marco del Consejo cabe entender producida por la previsión contenida a este respecto en el art. 14 de la Ley 3/2003 en la medida en que, de una parte, el art. 14 de dicha Decisión Marco establece únicamente que toda persona detenida tiene derecho a ser oída por la autoridad de ejecución «de conformidad con el derecho interno del Estado miembro de ejecución», y en que, de otra parte, de conformidad con la definición que da el art. 2.2 de la Ley 3/2003 de lo que ha de entenderse en España por «autoridad judicial de ejecución», no cabe duda alguna de que tal condición es compartida en nuestro país por los Juzgados Centrales de Instrucción y por la Audiencia Nacional. Y en cuarto y último lugar porque no se ha producido ninguna quiebra del principio de igualdad de armas por el hecho de que el Ministerio Fiscal, a diferencia de la defensa, hubiese tenido la posibilidad de elevar un informe a la Sala ya que dicho informe no versaba sobre el fondo del asunto sino que tenía por objeto solicitar que, dadas las cuestiones planteadas por el recurrente, conociera del mismo el Pleno de la Sala de lo Penal, lo que no ocasionó al actor situación de indefensión alguna.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del TS de 25 de abril de 2006

Único asunto: Prescripción: Interrupción del plazo

Acuerdo:

“El artículo 5.1 de la LOPJ, interpretado conforme a los artículos 117.1, 161.1.b) y 164.1 de la CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el artículo 123.1 de la CE.”

Segunda cuestión dentro del mismo asunto: Qué debe entenderse por procedimiento que se dirija contra el culpable

Acuerdo:

“Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005.”

Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 30 de mayo de 2006

Asunto: Relación concursal existente (de delitos o de normas) entre los artículos 188.1 y 312.2 del Código Penal

Acuerdo:

“Cuando los hechos enjuiciados constituyan un delito del artículo 188.1 del CP y un delito del artículo 312.2, segundo inciso, se producirá ordinariamente un concurso real de delitos”.

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda de 18 de julio de 2006

Primer asunto

Acuerdo:

“El artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente.”

Para el conocimiento de estos supuestos, la Sala Segunda se constituirá siempre con un mínimo de cinco magistrados.

Segundo asunto

Acuerdo:

“Los Acuerdos de Sala General (Pleno no Jurisdiccional) son vinculantes.”

Sentencia 1621/2005, Sala de lo Penal del TS, de 29 de diciembre de 2005

ASESINATO. PRINCIPIO ACUSATORIO. ENCUBRIMIENTO. DELITOS. PRESCRIPCIÓN

Arts. 131, 139 y 451 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

A diferencia de la solución seguida en la STS 511/2006, de 9 de mayo, recogida en este mismo número de la Revista de Derecho Penal, se entiende que la condena por encubrimiento, siendo la acusación por asesinato, no

quebranta el principio acusatorio. Se entiende, por otra parte, que el plazo de la prescripción debe referirse al delito más grave por el que se acusó, aunque el objeto de la condena sea otro menos grave.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Octavo.—Formaliza un tercer motivo para aducir la prescripción del delito de encubrimiento, invocando los artículos 14 de la CE, en relación con el 852 de la LECrim., y el 849 de este texto por no haber sido aplicado el 131 del CP. Suscita, según lo anterior, una doble argumentación. En primer lugar, porque en su momento fueron imputadas otras personas en esta causa como encubridoras (artículo 451 del CP) a las que se aplicó la prescripción, reclamando el mismo tratamiento el recurrente. En segundo lugar, sostiene que su primera detención tiene lugar el 17-3-1998, habiendo transcurrido más de tres años desde que se produjo el delito (durante la noche del 7 al 8-1-1994), luego aunque la imputación haya sido como partícipe en un delito de asesinato (luego calificado como homicidio) hasta la sentencia, como ésta le condena como encubridor, delito autónomo, debió aplicarse el plazo de prescripción correspondiente a este último.

Esta cuestión fue suscitada en la instancia y la Audiencia (fundamento de derecho primero) contesta a la misma invocando la doctrina del Tribunal Supremo en materia de prescripción, cuando se trata de diversas infracciones vinculadas entre sí, siendo el plazo aplicable el correspondiente a la más grave de las mismas. Efectivamente está consolidado el criterio según el cual persiguiéndose un hecho como posible delito, si después es calificado definitivamente como falta, no se aplicará el plazo de prescripción de éstas (seis meses) sino el correspondiente al delito de que se trate. La razón de ello es que debe atenderse a la calificación de los hechos en cada momento y si los mismos estaban catalogados como delito no le podía ser de aplicación el plazo prescriptivo de las

faltas, lo que sólo sucederá cuando ésta sea la tipificación acogida. Así, la STS 1444/2003 contiene una detallada exposición de la doctrina de esta Sala con numerosos precedentes. Este es el criterio aplicado cuando la modificación de la calificación desciende de delito a falta. El caso enjuiciado es análogo pero no idéntico, puesto que tiene lugar una mutación de la calificación durante el procedimiento cambiándose el título delictivo más grave (asesinato), sostenido por las acusaciones, por otro más benigno (encubrimiento) acogido por la Audiencia. Naturalmente el recurrente sostiene que, puesto que esta última es en definitiva la calificación, en todo caso debe aplicarse el plazo de prescripción del encubrimiento y no del asesinato, por lo que el delito del artículo 451 del CP estaría ya prescrito. Sin embargo, este argumento, además de no ajustarse a la Jurisprudencia de esta Sala a la que nos acabamos de referir, no tiene en cuenta que mientras no concurre una calificación definitiva de los hechos, que es la acogida por el Tribunal que debe juzgarlos, es decir, mientras no existe una sentencia firme, se trata en realidad de calificaciones o catalogaciones de hechos con apariencia delictiva necesariamente sujetos a un juicio provisional de tipicidad, de forma que lo que se declara prescrito con anterioridad a la sentencia no es un delito o falta propiamente dicho sino un hecho con apariencia de delito o falta. Siendo ello así, sólo podrá tenerse en cuenta la calificación vigente en el momento en que vaya a aplicarse la prescripción, pues no existe otra que tenga mayor corrección, de forma que si es en la propia sentencia donde se califican los hechos como constitutivos de un delito de encubrimiento sólo a partir de este momento podrá entenderse aplicable el plazo de prescripción co-

respondiente a dicho delito, pues durante el procedimiento sólo puede considerarse como catalogación correcta en cada momento la del homicidio o el asesinato. Por lo tanto, hasta que no concurre una calificación definitiva no puede jugar el plazo de prescripción que le corresponda: no es propiamente una cuestión de seguridad jurídica (como también la Jurisprudencia ha apuntado en algunas ocasiones) sino de tipificación penal (juicio de tipicidad). Ello no sólo se manifiesta en este aspecto, sino en muchos otros: tipo de procedimiento, medidas cautelares personales o reales. Por otra parte, no es posible admitir la aplicación de la prescripción por el Instructor y mantener simultáneamente la tesis de la calificación definitiva en la esfera de investigación del delito. Por último, si ha habido alguien condenado por el delito de asesinato, como es el caso, también es aplicable la doctrina tradicional

según la cual, abiertas actuaciones penales por el delito más grave, ello impide la prescripción de los restantes delitos enjuiciados en la misma causa.

Resuelto así el argumento sustancial del motivo, debemos concluir que la aducida infracción del artículo 14 de la CE carece de fundamento porque la tipificación de los hechos como encubrimiento en relación con el recurrente tiene lugar en el momento de dictarse la sentencia, luego el juicio de tipicidad en el transcurso del procedimiento no era otro que el de homicidio o asesinato. En segundo lugar, los imputados en el desarrollo del motivo no consta que lo fuesen por otro título que el del encubrimiento, luego cuando se aplicó la prescripción se tuvo en cuenta la calificación vigente en dicho momento conforme a lo que hemos señalado más arriba.

Sentencia 146/2006, Sala de lo Penal del TS, de 10 de febrero de 2006

PENAS. MULTAS. CUOTAS

Art. 50 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

Se expone la doctrina de la Sala en el sentido que no es necesaria la acreditación de la capacidad económica, ni especial motivación de la resolución, cuando la cuantía de la multa impuesta se encuentra en la parte inferior del marco que permite la ley.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—A su vez, los motivos Segundo y Cuarto denuncian, con cita del artículo 120.3 de nuestra Constitución, la falta de

motivación de las penas impuestas y, en concreto, la cuantía de las cuotas diarias de las multas.

La exigencia de una adecuada fundamentación de la decisión judicial íntegra, como

con reiteración ha proclamado esta Sala y el propio Tribunal Constitucional, de una parte, el cumplimiento del mandato contenido expresamente en el artículo 120.3 de nuestra Constitución, y también, de otra, una manifestación más del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el 24.1 de la misma Carta Magna, en tanto que manifestación esencial del Estado democrático de derecho (art. 1.º de la CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Ley, huyendo de soluciones arbitrarias (art. 117.1 de la CE) (vid. la STC 55/1987, entre otras).

Esa necesidad de motivación cumple diversas finalidades al erigirse, en primer lugar, en garantía para los justiciables mediante la que pueden comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad (art. 9.3 de la CE) (STC 165/1993, por ejemplo), permitiendo, a su vez y con la posibilidad de discusión de tales argumentos, acceder a la vía impugnativa de esa decisión, si de ella se discrepa, y, seguidamente, el control por parte de un Tribunal superior del acierto de los argumentos en que se apoya.

Supone, también y de manera quizá aún más importante, que el propio Juzgador reflexione sobre el sentido y validez de su razonamiento, al verse obligado a justificarlo, auxiliándole eficazmente en la honesta búsqueda de la rectitud y justicia de la decisión.

En definitiva, y en concreto en el ámbito de lo Penal en el que las Resoluciones tienen carácter público, es la Sociedad misma la que, conociendo los argumentos en los que los Tribunales apoyan sus pronunciamientos, percibe los contextos jurisprudenciales en la aplicación de la norma y accede, en su caso, a la posible crítica legítima de los criterios aplicados.

Todo ello, sin embargo, sin que suponga tampoco que el Juez esté obligado a una descripción totalmente exhaustiva del proceso intelectual que le ha llevado a decidir en un concreto sentido, ni que haya de pronunciarse expresamente sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, pues

basta con que se conozca, de forma clara e inteligible, el por qué de lo por él resuelto.

En este sentido y para el caso que aquí se nos somete, es de advertir la innecesariedad de una mayor motivación de las sanciones impuestas pues, de una parte, poco habrá que justificar, desde la perspectiva de los recurrentes, en orden a unas penas privativas de libertad (sustituídas en la propia Sentencia por las multas correspondientes) que se ajustan al mínimo legalmente posible, dentro de las previsiones respectivas a las infracciones enjuiciadas e incluso, en el caso de María, tras hacer uso el Tribunal de la rebaja, no en uno sino en dos grados, de la pena aplicable, consecuentemente con la apreciación de una eximente incompleta.

Y, de otro lado, tampoco una cuota diaria de multa por importe de 4,80 euros (800 pesetas) cuando, según el artículo 50 del Código Penal, al tiempo de comisión de los hechos, podría extenderse entre las doscientas y las cincuenta mil pesetas diarias, parece merecedora de mayor justificación por su realmente reducido importe para quienes, al menos, poseían un vehículo que fue la causa inicial del altercado, evidenciando con ello cierto poder adquisitivo.

Como decían a este respecto nuestras Sentencias de 3 de junio y 7 de noviembre de 2002 y 28 de enero de 2005, entre varias otras:

“El artículo 50.5 del Código Penal dispone, en efecto, que la cuantía de la cuota diaria de la sanción de multa ha de adecuarse a las condiciones económicas del condenado, teniendo que ser proporcional a las mismas.

De modo que esa cuantía deberá en todo caso, y a riesgo de quedar de otro modo en la más completa inaplicación el referido precepto en cuanto a las exigencias que establece, fundamentarse en alguno de los siguientes extremos: a) la acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad civil; b) alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil, por ejemplo); c) cuando menos, algún dato que, el Juzgador de instancia, desde la apreciación que

le permite su inmediación de juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto; o d) en todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal 'ad quem' vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, y toda vez que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos.

No podemos olvidar, en ese sentido, que si bien algunas Resoluciones de este mismo Tribunal se muestran radicalmente exigentes con estos aspectos, aplicando, sin paliativos, la cuantía mínima legal de la cuota diaria, en ausencia de investigación sobre la capacidad económica del acusado [STS de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998\7106), por ejemplo], otras más recientes en el tiempo, por el contrario, admiten que, dada la amplitud de los límites cuantitativos previstos en la Ley, de doscientas a cincuenta mil pesetas, la imposición de una cuota diaria en la 'zona baja' de esa previsión, por ejemplo en quinientas pesetas, no requiere de expreso fundamento [STS de 26 de octubre de 2001 (RJ 2001\9619)]. Interpretación que no ofrece duda alguna en su admisión cuando el total de la multa a satisfacer, por la cuantía verdaderamente reducida de la cuota (no más de quinientas pesetas generalmente) o por los pocos días de sanción (al tratarse de la condena por una simple falta, por ejemplo), es verdaderamente nimia, hasta el punto de que su rebaja podría incurrir en la pérdida de toda eficacia preventiva de tal pena.

Así, son de destacar también, en la misma línea, las recientes SSTs de 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9549) y 15 de octubre de 2001, que afirman, la primera de ellas para una cuota de mil pesetas y la segunda incluso para la de tres mil, que la fijación de unas cuantías que o no superan siquiera las del salario mínimo o, en todo caso, llevan a una sanción, en el ámbito penal, incluso inferior a la que pudiera considerarse equivalente impuesta por la Administración en el ejercicio de su función sancionadora, no requieren mayor justificación para ser consideradas conforme a Derecho, pues-

to que 'Una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva'.

A su vez, la STS de 11 de julio de 2001 (RJ 2001\5961) insiste, con harto fundamento y reuniendo la doctrina más actual de esta Sala, en que:

"El art. 50.5 del Código Penal señala que los Tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias 'teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo'. Como señala la Sentencia núm. 175/2001, de 12 de febrero, con ello no se quiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (200 ptas.), como pretende el recurrente, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales, como señalaba la sentencia de esta Sala de 7 de julio de 1999 (RJ 1999\280).

Ha de tenerse en cuenta que, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para

casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de mil pesetas.

Aplicando el criterio establecido en la referida sentencia de 7 de julio de 1999 si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (de 200 a 50.000 ptas. de cuota diaria), lo dividiésemos hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión (de 4.980 ptas. cada uno), el primer escalón iría de 200 a 5.180 ptas., por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando por ejemplo una cuota diaria de mil ptas., ha de estimarse que ya se está imponiendo la pena en su grado mínimo, aun cuando no se alcance el mínimo absoluto. En estos supuestos sí consta, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por otras circunstancias genéricas, que no se encuentra en situación de indigencia o miseria, que son los supuestos para los que debe reservarse ese mínimo absoluto de 200 ptas. diarias, la pena impuesta debe reputarse correcta, aun cuando no consten datos exhaustivos sobre la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales.

Así, por ejemplo, la sentencia de 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9549), núm. 1800/2000, considera correcta la imposi-

ción de una cuota diaria de mil pesetas, aún cuando no existiesen actuaciones específicas destinadas a determinar el patrimonio e ingresos del penado, porque se trata de una cifra muy próxima al mínimo legal e inferior al salario mínimo, lo que supone que el Tribunal sentenciador ha considerado igualmente mínimos los posibles ingresos del acusado, estimando correcto que ante la ausencia de datos que le permitieran concretar lo más posible la cuota correspondiente, se haya acudido a una individualización 'prudencial' propia de las situaciones de insolventia y muy alejada de los máximos que prevé el Código Penal tomando en consideración, aun cuando no se especifique en la sentencia la actividad a la que se dedicaba el acusado y sus circunstancias personales".

Por ello, en el supuesto que nos ocupa, aun cuando es cierto, como el Recurso refiere, que no constan las circunstancias económicas de los recurrentes ni el Tribunal de Instancia ha consignado motivación expresa para la imposición de las mil pesetas diarias que aplica, ha de considerarse que, en definitiva y de acuerdo con la doctrina expuesta, la fijación en mil pesetas diarias de la cuota integrante de la sanción pecuniaria no puede tacharse, en modo alguno, de desproporcionada o no ajustada a las previsiones legales."

En definitiva, aplicando tales precedentes doctrinales, es claro que han de desestimarse los motivos.

Sentencia 179/2006, Sala de lo Penal del TS, de 14 de febrero de 2006

PRUEBA PERICIAL (ADN)

Art. 326 de la LECrim.

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

SÍNTESIS

Se aplica por la Sala el criterio sentado en el Pleno no jurisdiccional de 31 de enero de 2006 (reproducido en el n.º 18 de la Revista de Derecho

Penal) para afirmar la corrección procesal de la práctica de la prueba de ADN y su aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Amparado en el art. 5.4 de la LOPJ, en el correlativo ordinal estiman violado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE), al sustentarse los hechos probados en una diligencia probatoria integrada por análisis periciales de ADN extraídos de una colilla arrojada por los recurrentes y contrastados con el ADN de los restos biológicos hallados en algunas prendas recogidas al ocurrir los hechos en lugar próximo a los mismos.

1. El argumento jurídico para entender infringida la Ley procesal en la recogida de muestras encuentra su apoyo en la doctrina que establece la reciente sentencia de esta Sala n.º 501 de 19 de abril de 2005.

Varias son las quejas sobre supuestas irregularidades radicales e insubsanables detectadas en la recogida de muestras y realización de la prueba de ADN.

a) los vestigios biológicos fueron recogidos por la policía sin hallarse plasmados en su atestado.

b) no pueden realizarse en el proceso penal análisis de esta naturaleza hasta que exista una regulación legal suficiente.

c) no existió autorización judicial previa para la realización de la diligencia, cuando es requisito de validez y de eficacia probatoria.

d) no existió consentimiento de los afectados en la recogida y utilización para fines de investigación policial de vestigios o excrecencias (saliva) encontradas en la colilla por ellos arrojada.

e) consecuentemente la prueba carece de total validez y con ello se produce un

vacío probatorio, que deja sin justificar la sentencia condenatoria (presunción de inocencia).

2. Sobre la ausencia de consentimiento de los acusados, ni la autoridad judicial ni la policial que investiga a sus órdenes ha de pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones. Cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, que haría precisa la autorización judicial.

En el caso de autos una colilla arrojada por los recurrentes, se convierte en “res nullius” y por ende accesible a la fuerza policial si puede constituir un instrumento de investigación de los delitos.

En el caso que nos ocupa había informe policial escrito sobre la recogida y práctica de la diligencia pericial, como consta en la causa.

El atestado policial se confeccionó tan pronto ocurrieron los hechos y después de practicadas las diligencias inmediatas se procedió por el juzgado al sobresimiento provisional de la causa, ya que se había comprobado la comisión de un delito, pero se desconocía el autor o autores del mismo.

Fue posteriormente, en las diligencias de investigación que el instructor al sobreseer provisionalmente la causa ordena practicar a la policía, cuando surge este dictamen pericial que provoca la reapertura del proceso. Así pues, atestado existió desde un principio; y sobre la incidencia sobrevenida, apuntando a una prueba incriminatoria de especial relevancia, se comunicó por escrito al juez, entregándole el informe y la pericia realizada, debidamente documentadas.

Tampoco resulta acorde con la estructura y finalidad del proceso penal la afirmación

de que en ausencia de regulación legal sobre recogida de vestigios no puedan éstos ser recogidos, analizados y sometidos al dictamen pericial.

Nos halláramos ante una prueba pericial legítima de la que pueden servirse tanto las partes acusadoras, como acusadas, sin perjuicio de que merezca mayor o menor credibilidad en atención a las garantías de su práctica, en ausencia de disposiciones legales que la regulen con suficiencia.

3. Análisis separado debe merecer el argumento, que encuentra apoyo jurisprudencial en la sentencia de esta Sala, antes aludida (501/2005), sobre la necesidad de la iniciativa judicial en la práctica de la prueba como condición de licitud o validez de la misma.

Dicha sentencia contiene un argumento central, condicionante del fallo, que asegura su corrección legal. Cuando declara la invalidez de la pericia practicada fue porque faltaban toda clase de garantías en su realización, particularmente porque no se aseguraba la cadena de custodia, si atendemos al desarrollo de la actuación policial. Ante la irregularidad descalificante de la diligencia la causa quedó huérfana de prueba de cargo suficiente para asentar una condena. La sentencia contenía una decisión justa.

Junto a esa idea, con carácter de refuerzo argumental, se realiza en la propia sentencia algunas manifestaciones, exacerbando la intervención judicial para atribuir validez a la práctica de la prueba.

En nuestro panorama legislativo actual quedan bien diferenciadas la obtención de muestras para la práctica de la prueba de ADN del cuerpo del sospechoso, de aquellas otras en la que no se precisa incidir en la esfera privada con afectación a derechos fundamentales personales.

En el primer caso contamos con el art. 363 de la LECrim. y para el segundo el 326 de la LECrim., ambos reformados por la Ley Orgánica 15 de 25 de noviembre de 2003.

En el 363, párrafo 2.º se dice: “Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

El art. 326, párrafo 3.º, se pronuncia en los siguientes términos: “Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquéllas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282”.

4. La precitada sentencia 851/2005 ante el raquitismo normativo existente en el momento de ocurrir los hechos ensayó una interpretación posible pero rigurosa, con apoyo en el párrafo 1.º del art. 363 de la LECrim. vigente a la sazón, sosteniendo que “sin resolución judicial que ordenara o autorizara la prueba de ADN”, nos hallamos ante una prueba irregular, ilícitamente obtenida y por tanto sin ningún valor probatorio.

Es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello. En tal hipótesis es esencial la autorización judicial.

Pero el supuesto que nos concierne es otro. Será el art. 326 de la LECrim. sistemáticamente incluido dentro de la inspección ocular a practicar en el sumario, el aplicable, en el cual dando por supuesta la intervención del juez, se establece un mecanismo para dotar del mayor grado de garantía posible a la diligencia que atribuye el control de la misma a la autoridad judicial en

los casos usuales y al sólo objeto de “garantizar la autenticidad” de la recogida de la muestra y posterior análisis.

Pero lo cierto es que después de la reforma de 2003, y como criterio asumible antes y después de la misma, se puede concluir que la intervención del juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma.

Ésa ha sido la decisión de la Sala 2.^a, del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero del corriente año que estableció:

“La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”.

5. Conforme a tal doctrina resulta que en la recogida de muestras sin necesidad de intervención corporal para la práctica de análisis sobre ADN, conforme al art. 326 de la LECrim., la competencia la tendrá tanto el juez como la policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes. Las medidas de garantía para la autenticidad de la diligencia deberán adoptarse, según el orden preferencial siguiente:

— el juez de instrucción en los casos normales.

— en supuestos de peligro de desaparición de la prueba también la policía judicial en atención a la remisión que el art. 326 hace al 282.

No obstante, esta Sala estima oportuno interpretar de forma flexible las facultades atribuidas a la policía, dada la vetustez del párrafo 1.º del mentado art. 282 al que remite el art. 326, que debe verse enriquecido con una interpretación armónica en sintonía con el contexto legislativo actual, en atención a las más amplias facultades concedi-

das a una policía científica especializada y mejor preparada, con funciones relevantes en la investigación de los delitos [véase Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986, art. 11.1.g); y Real Decreto de Policía Judicial de 19 de junio de 1987, art. 4.º].

Todavía habría que plantearse los supuestos en que sin ordenarlo el juez instructor y sin existir riesgo de que la prueba se pierda o desaparezca, intervenga la policía y conforme a sus protocolos proceda a la recogida y práctica documentada de la diligencia, poniéndola en conocimiento del juez y aportando a la causa sus resultados.

En estos casos nos hallaríamos ante una infracción procesal, que no viciaría de nulidad la diligencia, sin perjuicio de la devaluación garantista de autenticidad provocada por el déficit formal que podría llegar hasta la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía, como fue el caso contemplado por la reseñada sentencia de esta Sala n.º 501 de 19 de abril de 2005.

(...)

7. Trasladando las precedentes observaciones al apartado final del motivo sobre presunción de inocencia, hemos de dejar sentada la corrección procesal de la práctica de la prueba de ADN.

El instructor del sumario había dictado auto de sobreseimiento provisional por falta de autor. La policía autonómica vasca al entregar el atestado, y después de practicadas las primeras diligencias justifica indiciariamente la comisión de uno o varios delitos, quedando pendiente en su cometido o función el descubrimiento del autor o autores de los mismos. La policía advierte al juez que sigue practicando diligencias, de cuyo resultado positivo le dará oportuna cuenta. Y así fue, ante unos jóvenes sospechosos, se les sigue y en un momento que arrojan una colilla al suelo, se procede a la recogida de la muestra entregándola a la Jefatura de Policía, que la remite a su Laboratorio de genética forense; revelada la “huella genética” resulta coincidente con tres de los perfiles

que se detectaron en las capuchas y mangas de jersey halladas junto al lugar de los hechos y que utilizaron los autores del delito para ocultar su identidad.

Todo ello lo hacen en la correspondiente diligencia, por escrito y documentada, procediendo a su entrega al juez, que no advierte ninguna irregularidad y la une a los autos.

A continuación el Instructor requiere a los imputados para que faciliten saliva u otro fluido corporal al objeto de realizar una prueba de contraste, a lo que se niegan, a pesar del poco sacrificio personal que ello suponía. En el juicio oral son citados el policía o policías que practican la recogida y los que realizan los análisis; éstos últimos para la práctica de la prueba pericial correspondiente, junto a los que también intervino otro perito especialista en análisis de este género, propuesto por la defensa, emitiendo el correspondiente parecer en juicio y confirmando los análisis realizados con posibilidad de contradicción de todas las partes procesales.

La Audiencia Nacional, en su sentencia y dentro de la fundamentación jurídica, con el carácter cointegrador del factum, establece y repite para cada uno de los tres procesados, ahora recurrentes, la siguiente frase referida al agente que por orden de la Jefatura policial vigila a los sospechosos: “y al ver que tiraba una colilla de un cigarro que se había fumado..... sin ser perdida de vista en ningún momento por dicho agente, recogió la misma, manteniendo las más elementales normas para su no contaminación, entregándola seguidamente a la Jefatura de la Unidad para su traslado a la Unidad de Policía Científica”.

En definitiva, garantizada la cadena de custodia, al Tribunal no le ofrece la menor duda que la muestra recogida pertenece a la persona vigilada y que los perfiles genéticos se corresponden con los hallados en las muestras dubitadas intervenidas en su día.

Consecuentemente, la prueba es válida y eficaz para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.

Sentencia 180/2006, Sala de lo Penal del TS, de 16 de febrero de 2006

EXIMENTES. MIEDO INSUPERABLE

Art. 20.6 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se trata de una de las escasas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que asigna plena eficacia eximente al miedo insuperable, en el caso de un trabajador irregular extranjero que se ve compelido a la realización del delito ante el fundado temor de los males que, en caso contrario, pudiera sufrir su familia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) En cuanto a la inaplicación de la eximente de miedo insuperable, el motivo será estimado. El hecho probado declara, en este particular, que el recurrente, en principio, no quiso colaborar con el actuar delictivo que le había sido propuesto y que, seguidamente, le fue exhibida una fotografía de su familia y la indicación de que la tenían controlada. Es decir, la inicial negativa a participar en el delito se troca en una conducta de cooperación y en ese cambio tiene relevancia la amenaza de actuar contra la familia. Sabemos, porque así lo declara el hecho que al tiempo de la ejecución de los hechos imputados busca la ayuda de un agente de la autoridad en demanda de una salida a la situación antijurídica en la que estaba colocado. Tenemos en cuenta, además, que el tribunal de instancia ha vulnerado la tutela judicial efectiva, al no dar respuesta a la pretensión deducida lo que comporta, en esta instancia, que debamos atender al enjuiciamiento de la causa, y su documentación para proporcionarle esa tutela efectiva. Allí comprobamos que las manifestaciones del recurrente, sobre el motivo de su llamada al agente de la guardia civil era el de comunicarle los hechos que realizaba, extremo que es confirmado por el guardia civil que acudió como testigo al juicio. Además que el recurrente narró haber actuado por miedo a represalias a su familia, que, cuando pudo sustraerse de la situación de temor, lo comunicó a su vecino, el guardia civil, y que se marchó a Rumanía a ver a su familia y comprobar la situación de ésta. Posteriormente colabora con la policía en la detención del otro acusado.

Expuesto lo anterior, en la configuración de la eximente de miedo insuperable hemos de tener en cuenta hechos de la realidad social que se documenta en el sumario. El acusado es un trabajador inmigrante y originario de un país en el que funcionan activa-

mente organizaciones de delincuentes con capacidad importante de presión; se encuentra trabajando en España, en una situación de precariedad a lo que se une el desarraigo familiar.

La doctrina jurisprudencial sobre la circunstancia eximente de miedo insuperable, por todas STS 340/2005, de 8 de marzo, parte de la consideración de que la naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica en la doctrina. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo. El art. 20.6 del nuevo Código Penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo art. 8.10.º del Código Penal derogado. La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de

una manera personalísima. Esta influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado. Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio (S. 16-7-2001, núm. 1095/2001). La aplicación de la eximente exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aún reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta (S. 16-07-2001, núm. 1095/2001). La doctrina jurisprudencial (STS 1495/99, de 19 de octubre), exige para la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable, la concurrencia de los requisitos de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva (Sentencia de 29 de junio de 1990) En parecidos términos la STS 1382/2000, de 24 de octubre, en la que se afirma que la naturaleza jurídica ha sido discutida en la doctrina si se trata de una causa de inimputabilidad, o de inculpa-bilidad, o de inexigibilidad de otra conducta distinta, e incluso de negación de la acción, tiene su razón de ser en la grave perturbación producida en el sujeto, por el impacto del temor, que nubla su inteligencia y domina su voluntad, determinándole a realizar un acto que sin esa perturbación psíquica sería delictivo, y que no tenga otro móvil que el miedo, sin que, ello no obstante, pueda servir de amparo a las personas timoratas, pusilánimes o asustadizas (v., ss. de 29 de junio

de 1990 y de 29 de enero de 1998, entre otras)”.

Cuando acudimos al hombre medio como criterio de valoración de la situación, no queremos decir que haya de indagarse en una especie de fantasma un comportamiento esperado. Ello sería injusto y además sólo serviría para transferir a un ser no real comportamientos de seres humanos, en su situación concreta. Se trata de indagar si la persona que ha actuado, en su concreta situación anímica y social, tuvo posibilidad de actuar conforme prescribe el ordenamiento jurídico. Es decir, se utiliza el recurso el hombre medio sin olvidar las concretas circunstancias concurrentes.

De lo anterior podemos afirmar la existencia de una situación de miedo que redujo las capacidades de actuar de la víctima de la acción atemorizante de acuerdo a la norma.

Un ciudadano extranjero, trabajador en un establecimiento hostelero que es requerido a la realización de un hecho delictivo a la que, inicialmente se niega, siendo determinante de su cambio de criterio la exhibición de una fotografía de su familia, ignorando como ha llegado a su poder, y la afirmación de un control sobre la misma. Esta amenaza la realiza alguien que ya está en el delito, en un delito cometido, normalmente, por grupos organizados, y la amenaza se realiza a un trabajador en un país lejano del suyo y alejado de su familia. En esta situación objetiva, la situación de temor alcanza una notable intensidad, basta con colocarse en su situación para comprender la inexigibilidad de la conducta adecuada a la norma. Máxime en este supuesto en el que inmediatamente a la acción antijurídica lo participa a un agente de la autoridad quien pone a desencadenar la investigación con lo que, posteriormente, colabora.

En cuanto logra superar el miedo, acude a su vecino, guardia civil, al que denuncia los hechos, es decir realiza la conducta adecuada a la norma y, descubiertos los hechos, colabora con la policía en la detención del otro acusado. Ese comportamiento es consi-

derado en la sentencia como de colaboración muy calificada con la declaración de concurrencia de una atenuante calificada. Nosotros creemos que este acto de colaboración es manifestación del comportamiento debido que realiza una vez supera el miedo que inicialmente le atenazaba.

Consecuentemente, en el momento en el que compromete su acción a la falsificación, el recurrente actuó movido por el temor fundado de un mal inminente, hasta el punto que se desplaza a su país para comprobar la

realidad de la amenaza, y, seguidamente, avisa a quien considera puede solucionar la situación que sufre, y colabora con la policía en la averiguación del hecho en el que ha participado. Al tiempo de la realización de la conducta en la falsificación no le era exigible otra conducta y la que podría realizar, la denuncia a los agentes de la autoridad, la actúa tan pronto puede realizarlo.

El motivo, como dijimos, será estimado, declarando la exención de la responsabilidad criminal.

Sentencia 164/2006, Sala de lo Penal del TS, de 22 de febrero de 2006

PRINCIPIO ACUSATORIO

Arts. 24.2 CE; 21.6 y 376 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras exponer la doctrina jurisprudencial sobre el principio acusatorio, se declara su vulneración al desvincularse el Tribunal de instancia de la petición del Fiscal en orden a la aplicación de los efectos atenuatorios del art. 376 del CP, estimando tan sólo la atenuante analógica de confesión del art. 21.6 del CP sin estimarla muy calificada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Decimosegundo.—En el caso presente, la sentencia de instancia —en contra de lo afirmado en el recurso— si razonó, Fundamento Jurídico 4.º, la no aplicación a Carlos José de los beneficios penológicos contemplados en el art. 376 del CP, por cuanto tanto

él como Bernardo solo mostraron una actitud de colaborar con la investigación de los hechos una vez que éstos se descubrieron y tras ser detenidos, y especialmente Carlos José si la droga que llevaba en el camión no hubiera sido descubierta tampoco, hubiera dicho nada acerca de su existencia. No obstante al considerar que su colaboración fue

muy importante para la investigación de los hechos, la tiene en cuenta como atenuante analógica del art. 21.4 del CP, imponiéndole la pena de 3 años y 1 día prisión, entendiéndose que con ello no se rompe el principio acusatorio, al ser la aplicación del art. 376 del CP apreciación discrecional y poder el Tribunal imponer la pena dentro de los límites previstos para el tipo penal objeto de acusación al corresponder al órgano judicial la aplicación individualizada de la pena.

Esta última argumentación necesita ser matizada en cuanto plantea una cuestión de indudable interés, que ha dado lugar a opiniones doctrinales diferentes, la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas por las acusaciones. un sector doctrina entiende, ciertamente, que tal decisión puede infringir el principio acusatorio al actuar el Tribunal más allá de lo pedido por las acusaciones, y también el derecho de defensa, pues el acusado organiza su defensa en función de la acusación y no de una eventual agravación, de la clase que sea procedente del Tribunal.

No obstante, la línea mayoritaria de esta Sala y del Tribunal Constitucional considera que el Tribunal puede imponer pena más grave que las solicitadas por las acusaciones siempre que la motive suficientemente y se mantenga dentro de los límites establecidos, pues la vinculación del órgano jurisdiccional deriva de la Ley y no de las peticiones de las partes y la individualización de la pena corresponde únicamente al Tribunal y no a la acusación (SSTS 21-10-1988, 16-11-1989, 18-6-1994, 22-5-1995, SSTC 43/1997, AT 477/1987), que precisan que el principio acusatorio no exige la vinculación estricta del Juzgador con las calificaciones jurídicas y al “petitum” de las partes, sino solo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquel sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un “crimen”, sino un “factum” que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al “hecho punible objeto de la acusación sin incurrir en incongruen-

cia”, aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal.

Además, en cuanto a la limitación de que la sentencia no pueda imponer pena superior a la solicitada, y la cuestión suscitada de si el Tribunal está restringido por la pena que corresponde al delito determinado por la acusación o el límite se encuentra en la pena concreta solicitada que, por error u otro motivo, puede no corresponder con la que legalmente está fijada para el delito acusado, la redacción actual del art. 789.3, y su relación sistemática con lo dispuesto en el procedimiento ordinario, lleva a considerar que, en todo caso, un error material en la solicitud de la pena, por clara divergencia entre lo pedido en el escrito de acusación y la pena que señala la Ley para el delito que es objeto de la acusación, no vincula al Tribunal sentenciador.

Decimotercero.—Ahora bien, el principio acusatorio, partiendo de que la resolución judicial no puede sorpresivamente asumir cuestiones jurídicas no debatidas en el juicio ni consideradas por las partes, se manifiesta en las siguientes condiciones:

a) El Tribunal de instancia carece de facultades para penar un delito con más grave sanción que la que ha sido objeto de la acusación, como tampoco puede castigar infracciones que no hayan sido incluidas en la misma, excepto cuando la pena impuesta fuese mayor, dentro de los grados permitidos por la norma, a impulsos del recorrido autorizado por las reglas dosimétricas del art. 61 del Código Penal.

b) El Tribunal de instancia, carece de atribuciones para penar un delito distinto de aquél que ha sido objeto de enjuiciamiento, aunque las penas de una y otra infracción sean iguales o incluso si la correspondiente al delito innovado fuese inferior a la que señala el Código para el delito inicialmente comprendido en la calificación definitiva, a menos que se dé una clara y manifiesta homogeneidad.

c) Por lo común, será el hecho asumido por la calificación definitiva de las acusaciones el que marcará los límites entre lo prohibido y lo permitido en este aspecto, aunque la modificación de conclusiones con objeto de introducir nuevas situaciones fácticas y jurídicas obligue a la adopción de otras medidas por parte de los Jueces para facilitar la defensa legítima (art. 793.3 de la LECrim. actual art. 788.4, redacción Ley 38/2002 que entró en vigor el 28-4-2003).

d) Tampoco esta permitida la apreciación de circunstancias agravantes o subtipos agravados, si no han sido invocadas en juicio o han sido suprimida por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas (SS. 563/1995, de 20 de abril, 500/1997, de 18 de abril), lo que ha de hacerse extensivo al supuesto en el que la sentencia agrave la pena no por la concreta apreciación de alguna circunstancia agravante, sino porque, rechazando circunstancias modificativas alegadas por el Ministerio Fiscal —incluso aceptadas por la defensa— asuma en cambio otras que llevan a penas superiores en grado a las solicitadas (SS 450/1994, de 26 de febrero, 563/1995, de 20 de abril).

Conforme a esta doctrina jurisprudencial el principio acusatorio vincula en relación a las atenuantes apreciadas por las acusaciones públicas y privadas, de modo que la valoración jurídica correspondiente se integra en las garantías propia de dicho principio.

Por tanto, si el Ministerio Fiscal postuló la aplicación del tipo privilegiado del art. 376 del CP y la rebaja en un grado de la pena, si el Tribunal, partiendo de la discrecionalidad de la aplicación de dicho precepto, entendió que no concurrían los requisitos del mismo, pero si la atenuante analógica de confesión del art. 21.6 del CP, debió estimarla como muy cualificada y equiparar así los efectos atenuatorios del precepto propuesto por el Ministerio Fiscal, por cuanto, tal como recuerda el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso, la intensidad o cualificación de determinada circunstancia de atenuación determinante de la degradación penológica, en cuanto que constituye una valoración asimismo jurídica, pertenece a la vinculación predicada.

Consecuentemente, la pena debió degradarse en un grado estimándose el motivo en este aspecto.

Sentencia 166/2006, Sala de lo Penal del TS, de 22 de febrero de 2006

PRUEBA ANTICIPADA. CONCENTRACIÓN

Arts. 744 y 788.1 LECrim.

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

SÍNTESIS

Declarada la suspensión del inicio de la sesión del juicio oral, y practica- da con carácter anticipado en ese momento la declaración testimonial de ex- tranjeros que habían comparecido, la Sala considera que no le afecta el plazo previsto en el art. 793.1 de la LECrim. (por no tratarse de suspensión de juicio oral ya iniciado) ni la necesidad de que el Tribunal mantuviese idéntica composición al momento del fallo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno.—El motivo quinto, al amparo del art. 852 de la LECrim. por vulneración del art. 24.2 de la CE en el aspecto relativo al derecho de todo ciudadano a un proceso con todas las garantías, en relación con el art. 793.2 de la LECrim. al considerar que el plazo transcurrido entre el acto de celebración de la prueba anticipada de 8-10-2002 y 13-1-2004, y el acto del juicio de 15 y 16-6-2004, suponen romper la unidad impuesta por el art. 793.2 de la LECrim., hoy 788.2, máxime cuando la composición de la Sala en una y otra sesión fue diferente.

El motivo debe ser desestimado.

Como detalla la sentencia recurrida, cuando el juicio oral se señaló por primera vez en fecha 8-10-2002, se interesó la suspensión del mismo por las defensas, precisamente a raíz del escrito presentado por la defensa del hoy recurrente el 4-10-2002, para acordar la acumulación del procedimiento que se tramitaba ante el Juzgado de Instrucción n.º 2 de San Vicente de Raspeig por referirse a los mismos hechos, con distintos perjudicados y los mismos acusados.

No obstante, habida cuenta de que habían comparecido en ese acto la mayor parte de los testigos extranjeros que se habían desplazado desde Francia expresamente para la celebración del juicio oral, se planteo la Sala la posibilidad de practicarse la practica de su prueba con el carácter de anticipada de aquellos testigos, posibilidad que fue trasladada a las partes en el momento de la sesión, sin que se formulase protesta alguna, y con el cumplimiento de los principios procesales de contradicción, oralidad y publicidad, al poder ser interrogados por las defensas y además, dada lectura de nuevo el día 16-6-2004, fecha de la celebración del juicio oral, a fin de traer a la vista oral las declaraciones practicadas ante la Sala como prueba anticipada y pudieran ser valoradas en debida forma por los componentes de la Sala.

Situación que se repitió el día 13-1-2004, al tener que suspenderse de nuevo el juicio y plantearse la misma cuestión por haber comparecido dos testigos procedentes de Francia, comunicándose por el Presidente de la Sala la posibilidad de practicar con el carácter de anticipada para garantizar la oportuna contradicción, el interrogatorio de aquellos dos testigos, sin que existiera protesta alguna de las defensas.

Consecuentemente no puede entenderse que la practica de estas pruebas los días 8-10-2002 y 13-1-2004, ocasionara indefensión alguna al hoy recurrente, pues tal prueba se realizo con expreso consentimiento de las defensas y además fueron sometidas a contradicción en el plenario del día de la celebración del juicio oral, en virtud de la lectura del resultado de dicha prueba en ese momento procesal, a fin de poder ser valorada en debida forma y en unidad de acto por el Tribunal. No se trata de la suspensión de un juicio ya iniciado, que motivaría la aplicación del plazo del art. 793.3 de la LECrim. y la necesidad de que el Tribunal estuviera constituida por los mismos miembros, sino prueba anticipada practicada con el asentimiento de todas las partes, dadas las especiales características de los testigos perjudicados, extranjeros que se habían desplazado expresamente desde Francia, con la debida intervención de los letrados de los acusados garantizándose así la debida contradicción.

(...)

Décimo.—(...) como recordábamos en STS 1699/2000 y como expone la STC 41/1991, de 25 de febrero, la doctrina de la practica en el acto del juicio oral de los actos de prueba se ha modulado en la medida en que puede suceder, por varios motivos, que los testigos que han depuesto en forma en el sumario no puedan comparecer en el acto de la vista, extrayendo como consecuencia que:

“si tales declaraciones figuran en autos vertidas con las debidas garantías, estamos ante la denominada prueba preconstituida

que, en tanto prueba documentada, que no documental, puede ser traída al juicio oral al solicitarse por las partes la lectura o reproducción de lo sumarialmente actuado”, ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 730 de la LECrim. vía que permite al Tribunal ex art. 726 de la LECrim. tomar en consideración dichas declaraciones documentadas, siendo condición necesaria para ello que en el Plenario se proceda a la lectura concreta y particular de las declaraciones sumariales, no siendo suficiente el formalismo de tenerlas “por reproducidas”, pues dicha lectura expresa constituye el complemento necesario de su regular introducción en el debate, cumpliéndose de esta forma los principios mencionados, especialmente, el de contradicción.

Posibilidad que se recoge en la doctrina del TC 49/1998 que en su fundamento de Derecho 2.º expone: “al respecto conviene recordar que, por regla general, solo tienen la consideración de pruebas de cargo aquellas que son practicadas en el acto del juicio oral con las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e intermediación, según una consolidada doctrina de este Tribunal que se inicia con la temprana STC 31/1981. La misma regla rige en materia de prueba testifical donde —como hemos advertido en los SSTs 137/1988, 10/1992, 303/1993, 64/1994 y 153/1997— la exigencia de contradicción viene expresamente requerida por el art. 6.3.d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales y por el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos. Ahora bien, dicha regla no tiene un alcance absoluto y permite ciertas excepciones, en supuestos de la denominada prueba preconstituida y anticipada; esto es, se admite la eficacia probatoria de las actuaciones no producidas en el acto del juicio oral, cuando resulta imposible su reproducción en el mismo, si bien dicha eficacia le subordina a que el acto de investigación participe de los caracteres esenciales de la prueba, intervención de la autoridad judicial

y posibilidad de contradicción, con respeto estricto del derecho de defensa (SSTC 62/1985, 137/1988, 182/1989, 10/1992, 79/1994, 32/1995, 200/1996, 40/1997).

Si bien la sentencia precedentemente transcrita hace referencia expresa a las pruebas preconstituidas y anticipadas, lo cierto es que aquellas son las que al practicarse ya se conoce la imposibilidad o, cuando menos, extraordinaria dificultad de su reproducción en el acto del juicio oral, por lo que es evidente que la sentencia precitada al referirse tan solo a la imposibilidad o acusada dificultad de reproducción en el acto de la vista pública de las diligencias sumariales de que se trate, está extendiendo la virtualidad probatoria no tan sólo a las diligencias practicadas en fase de instrucción y que sean constitutivas de prueba anticipada o preconstituida, sino también a aquellas diligencias que, en el momento de su práctica, no existía previsión alguna sobre su irrepitibilidad en el juicio oral, siempre, eso sí, que las mismas se practicaran con sujeción a los principios de intermediación y contradicción. (...)

También la jurisprudencia del TS (SS 360/2002, 1338/2002, 1651/2003) ha venido admitiendo la validez de la introducción en el Plenario, a efectos de garantizar el principio de contradicción, mediante la lectura de la declaración correspondiente, de lo manifestado por el testigo en fase sumarial y ante el Juez instructor siempre que dicha declaración se haya producido conforme a las prescripciones de la LECrim. Las condiciones previstas en el mencionado artículo se refieren a que la diligencia sumarial no pueda ser reproducida en el juicio oral por causas independientes a la voluntad de las partes.

Con independencia de supuestos de imposibilidad absoluta, como es el fallecimiento del testigo, se han perfilado por la jurisprudencia otros supuestos en los que la presencia deviene funcionalmente imposible, bien sea por tratarse de personas con residencia en el extranjero o que se encuentren en paradero desconocido o ilocaliza-

bles, lo que deberá tener su adecuada constancia en los autos, sin perjuicio de que el Tribunal, atendiendo a los diversos casos que puedan plantearse, debe desplegar la diligencia adecuada para localizar a la persona de que se trate.

Evidentemente debe tratarse de declaraciones prestadas ante el Juez de instrucción reuniendo los requisitos exigidos por la Ley, pues fuera de este supuesto no se trataría propiamente de diligencias sumariales de prueba, de forma que, aún no satisfaciéndose el principio de contradicción en aquella declaración, puesto que sucede con frecuencia, sobre todo cuando se trata del denunciante que su declaración se produce con anterioridad a la del imputado, que dicho principio esencial del proceso se desenvuelve en el acto del Plenario mediante lectura con-

creta y puntual de la diligencia, abriéndose de esta forma a las partes la posibilidad de salvaguardar sus derechos STS 4-3-2002).

En el caso enjuiciado las declaraciones de los testigos se prestaron en las adecuadas condiciones de contradicción procesal ante la propia Sala sentenciadora, con la asistencia de los acusados y sus letrados defensores y su introducción en el juicio oral, vino dada por la vía del art. 730 de la LECrim., mediante su oportuna y completa lectura. Es decir la prueba se practico con todas las garantías legales y con contradicción de las defensas cumpliéndose las condiciones de la prueba preconstituída, sin protesta ni oposición alguna de las partes, y además en el plenario se procedió por el Secretario a la lectura de las actas donde estaban documentadas las declaraciones de dichos testigos.

Sentencia 172/2006, Sala de lo Penal del TS, de 22 de febrero de 2006

MALVERSACIÓN. RESPONSABILIDAD CIVIL. RESTITUCIÓN

Arts. 115 y 432.1 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Se establece en la sentencia la plena compatibilidad entre la condena penal por malversación de caudales públicos, con su correspondiente responsabilidad civil “ex delicto”, y el procedimiento de reintegro llevado a cabo ante el Tribunal de Cuentas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—El tercer submotivo denuncia la infracción del art. 49.3.º de la Ley 7/1985, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas al haberse señalado en la

sentencia cuya casación se insta la responsabilidad civil, por el delito al que ha sido condenado nuestro patrocinado en la cuantía de 21.430,26 euros, con carácter solidario con el otro condenado D. Gerardo.

Alega el recurrente que estos mismos hechos fueron objeto del Procedimiento de reintegro por alcance ante el Tribunal de Cuentas, y que según el art. 49.3.º de la Ley mencionada 7/1985, cuando los hechos fueran constitutivos de delito, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa, se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellas, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos. Añade que en la sentencia impugnada se determina como responsabilidad civil, la cantidad de 21.340,26 euros, habiendo sido dictada sin que constara la resolución del Tribunal de Cuentas en el Procedimiento de Reintegro por alcance ante el Tribunal de Cuentas del Reino, n.º A165/00, que ha fijado una cantidad inferior de alcance contable a la indicada en la sentencia recurrida, en su consecuencia y por infracción de derecho sustantivo, y en concreto del artículo 49.3.º de la Ley 7/1985, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

El reproche no puede ser acogido por los propios razonamientos que el Tribunal sentenciador expone para rechazar la misma censura, toda vez que, en efecto no existe incompatibilidad alguna entre ambas jurisdicciones la penal y la contable, y por tanto para que los órganos encargados del enjuiciamiento de un presunto delito conozcan al tiempo que los órganos de la jurisdicción contable de esos mismos hechos; tratándose de dos jurisdicciones distintas pero compatibles, la penal y la contable, y expresándolo así el artículo 18 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, cuando dice que la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos

con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal, y así mismo el artículo 16 de dicha ley cuando dice que no corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de c) los hechos constitutivos de delito o falta. Por tanto la posible responsabilidad contable por acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad, y que pudieran haber menoscabado caudales o efectos públicos, no es de la que conocen los órganos de la jurisdicción penal entre los que nos encontramos.

Esta argumentación se encuentra corroborada por la doctrina de esta Sala a tenor de la cual: Según el art. 49.3 de la Ley 7/1985, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas “Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el art. 8.2 de la LO 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellas, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos”.

No han de coincidir necesariamente las cifras del alcance y las que señale el fallo penal. El alcance es concepto mucho más amplio que el de malversación. Aquél incluye algunas partidas (recargos de apremio, premios de cobranza, etc.), que no se tienen en cuenta en la malversación. Por otra parte, no pueden restarse del importe de los caudales apropiados las fianzas que el recaudador haya podido reintegrar en el curso del procedimiento (S. 180/1998, de 10 de febrero).

La fijación del alcance que verifique el Tribunal de Cuentas sólo se refiere al ámbito competencial que le es propio (S. 844/1996, de 12 de noviembre).

Sentencia 280/2006, Sala de lo Penal del TS, de 2 de marzo de 2006

AGRAVANTES (REINCIDENCIA). ATENUANTES (ADICCIÓN)

Arts. 21.2.º y 22.8.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

En caso de penas refundidas, no se toma en cuenta la pena resultante (a cumplir), sino las penas separadamente consideradas, a los efectos de determinar la posible cancelación de antecedentes penales que imposibilite la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia. Se recuerda, por otra parte, la distinta incidencia de la drogadicción en la graduación de la responsabilidad criminal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El primer motivo se formula por infracción de ley, por el cauce del art. 849.1, por indebida aplicación de la agravante de reincidencia del art. 22.8 del CP.

Según consta en los hechos probados de la sentencia recurrida, el acusado fue ejecutoriamente condenado por sendos delitos contra la salud pública, en sentencias firmes de 13-2-1996 y 22-5-1998. Se afirma también en los fundamentos jurídicos que “en el sumario 100/1995 dejó extinguidas las responsabilidades el 15-5-2000, para el mismo día comenzar a redimir las del PADD n.º 94/1995, lo que ocurriría el 4-8-2002... y aunque en virtud de la refundición de ambas penas quedaran ambas extinguidas el 20-8-2000, a pesar de que ambas separadamente consideradas serían penas menos graves con un plazo de cancelación de tres

años... en virtud de la acumulación pasó la pena a ser grave, estimando que sí existe reincidencia.”

Ello no puede aceptarse. La limitación de las penas acumuladas, establecida en beneficio del reo, no puede determinar la conversión de dos penas menos graves en una pena grave, en una improcedente interpretación contra reo.

Los requisitos de la cancelación vienen en el artículo 136 del mismo Código, en el que se señalan unos plazos en función del tipo de pena impuesta, y se determina que se contarán desde el día siguiente a aquél en que quedara extinguida la establecida en la sentencia (Cfr. STS de 31-1-2005, n.º 92/2005).

De ello se infiere —como apunta el Ministerio Fiscal— que no procede tomar en cuenta como parámetro para determinar el “días” de la extinción, la extensión de la pe-

na única resultante según el auto de refundición, sino sólo y exclusivamente la extensión de las penas refundidas, tal como han venido establecidas en las respectivas sentencias en que han sido impuestas.

Consecuentemente, tratándose de dos penas menos graves, conforme al art. 136.2.º del CP será aplicable el plazo de tres años sin delinquir, previsto para la cancelación de los antecedentes, que ha de reputarse transcurrido en la fecha de ejecución de los hechos de autos, que tuvo lugar en 25-5-2004.

Por ello el motivo ha de ser estimado, no pudiendo ser aplicada la circunstancia agravante de reincidencia tenida en cuenta en la sentencia de instancia.

Segundo.—El segundo motivo se formula por infracción de ley, por el cauce del art. 849.1, por indebida inaplicación como muy cualificada de la atenuante de drogadicción del art. 21.2 del CP.

El recurrente afirma que en la causa existen pruebas de su politoxicomanía con muchos años de adicción, lo que debe traducirse en el reconocimiento de un deterioro más intenso de su entendimiento y voluntad.

El motivo no puede ser cogido. Lo impide, en primer lugar, su formulación deficiente, pues el error probatorio que se postula sólo podría tener encaje en el motivo basado en el error facti, al amparo del art. 849.2 de la LECrim., y no en la infracción de ley o error iuris que se alega. En segundo lugar, la narración fáctica que, con tal valor, recoge la sentencia en su fundamento de derecho tercero, aunque reconoce la politoxicomanía antigua y prolongada en el tiempo del acusado, rechaza la aplicación de una atenuante con efectos privilegiados, por no darse en él el influjo en la ejecución del hecho y merma de las facultades psicofísicas requeridas para su estimación, resaltando la destreza al volante demostrada por el acusado y sus inteligentes maniobras para deshacerse de la cocaína y avisar a terceros para su recuperación.

Y con el criterio de la Sala de instancia hay que coincidir ya que es acorde con la

doctrina de esta Sala, según la que —como recuerda la STS de 22-7-2005, n.º 961/2005— “se contempla en el tratamiento legal de los efectos sobre la imputabilidad del adicto, los siguientes estadios:

a) El consumo de drogas tóxicas que ocasione auténticas psicosis con la abolición completa del juicio y de la voluntad del agente, que eliminan la imputabilidad de éste. Para este supuesto sería aplicable el art. 20.1 del CP vigente, o bien el art. 8.1 del CP anterior, en cuanto uno y otro preceptos contemplan al autor de una conducta penalmente típica ejecutada con un grado de deterioro mental de tal envergadura que le impida conocer lo que hace o actuar de modo distinto. En estos casos, la exención de la responsabilidad del sujeto exige la acreditación no sólo de la toxicomanía del acusado, sino la constatación de que al momento de delinquir el déficit intelectual y/o volitivo de aquél era completo y absoluto, bien porque tal plena perturbación se hubiera instalado de manera estable en la psiquis de la persona, bien porque ésta hubiera actuado en dicho estado como consecuencia del denominado síndrome de abstinencia pleno (art. 20.2 del CP), equiparable al trastorno mental transitorio del antiguo art. 8.1 del CP de 1973.

2) Cuando la intoxicación no produzca plenos efectos sobre la capacidad de la conciencia y/o la voluntad del adicto, o cuando éste actúe bajo un síndrome de abstinencia limitado, teniendo la imputabilidad sensiblemente disminuida, aunque no anulada, sería aplicable la eximente incompleta del art. 21.1 del CP vigente, o la misma del art. 9.1 del CP derogado, debiéndose también haber quedado demostrada —normalmente, como en el caso anterior, con informes facultativos— el deterioro mental del sujeto al ejecutar el hecho ilícito.

3) No obstante un tercer estadio a examinar es el que con notable frecuencia nos presenta al toxicómano autor de un delito cuyo estado psíquico al momento de ejecutar la acción no ha sido determinado. Es el

caso del delincuente del que únicamente ha quedado acreditada su drogodependencia, pero que al no haber sido sometido a un reconocimiento médico inmediato, no es posible concretar si su conducta se desarrolló con sus facultades mentales deterioradas y, en su caso, en qué grado de perturbación. La moderna doctrina de este Tribunal Supremo ha sentado el criterio, ya profundamente consolidado, de que en estos casos puede

aplicarse la circunstancia atenuante del art. 21.2.º del CP —o la atenuante analógica del art. 9.10 del CP anterior— siempre que haya quedado suficientemente probado que el sujeto no sólo es un toxicómano, sino que se halla preso de una dependencia a sustancias específicas que, por su naturaleza, producen severos trastornos en los resortes psíquicos de la persona”.

Sentencia 318/2006, Sala de lo Penal del TS, de 6 de marzo de 2006

FALSO TESTIMONIO

Art. 458 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se analizan en la sentencia los requisitos de la figura delictiva del falso testimonio, centrándose especialmente en el problema de la diferencia entre las condiciones de confesante y testigo, a los efectos de decidir sobre el carácter típico de la conducta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El delito de falso testimonio definido en el art. 458 del Código Penal, se comete cuando una persona llamada a prestarlo en causa judicial se aparta sustancialmente de la verdad tal como ésta se le representa, es decir, miente en lo que sabe y se le pregunta. Decir la verdad es un deber moral sin cuyo cumplimiento la vida social, basada en la confianza mutua, se hace hartamente difícil. No siempre, sin embargo, la mentira

—acto inmoral— recibe una respuesta punitiva porque en una sociedad plural y libre sólo un reducido núcleo de la moral debe estar respaldado por la coacción penal, siendo éste seguramente uno de los más certeros indicadores del grado de libertad garantizado en cada grupo social a sus miembros. La reacción penal frente a la mentira sólo es admisible —y obligada— cuando ésta lesiona concretos bienes jurídicos, individuales o colectivos, cuya salvaguarda es indispensable para una sana y pacífica convivencia. Así, por ejemplo, faltar a la verdad en la

declaración que se presta como testigo en un procedimiento judicial es delito porque el testimonio es uno de los medios de prueba sobre los que se puede basar la convicción del juzgador sobre los hechos que han de constituir la premisa menor del silogismo judicial. Existe, pues, la posibilidad de que un testimonio falso, si induce a error al juez o tribunal ante el que se presta y es valorado como verdadero, provoque una resolución injusta, esto es, un pronunciamiento en que no se realice el valor superior de la justicia y se lesione un interés que debe ser protegido por el poder judicial. Esta es la razón fundamental por la que, en una sociedad democrática, el falso testimonio es tipificado como delito en la Ley penal. De acuerdo con esta "ratio", el CP 1995 ha prescindido de la casuística tipología que presidía la regulación del falso testimonio en los textos anteriores y distingue únicamente, en su art. 458, dos tipos delictivos según la importancia de los bienes jurídicos que pueden ser vulnerados como consecuencia de una alteración sustancial de la verdad en la declaración prestada por un testigo en causa judicial: el falso testimonio dado en contra del reo en causa criminal por delito —castigado con pena más severa en consideración a las privaciones o restricciones de derechos, incluso fundamentales, que podrían eventualmente derivarse de una condena provocada por la declaración falaz— y cualquier otro falso testimonio dado en causa judicial, que constituye el tipo básico. El tipo agravado, a su vez, figura en el apartado 2 del citado artículo acompañado de un subtipo aún más grave definido por la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad: la de que, como consecuencia del testimonio, hubiera recaído sentencia condenatoria (véase la STS 1624/2002, de 21 de octubre).

Para la persecución de este delito, no se exige autorización del Tribunal en el que se prestó la declaración, conforme ya declaró el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1985, de 30 de septiembre, pues este requisito no está previsto por el legislador. El falso testimonio ha de prestarse en causa judicial, esto es, ante cualquier procedimiento

que tenga esta naturaleza; correlativamente no será posible ante órganos de naturaleza administrativa. Es un delito especial y propio, en tanto que solamente pueden cometerlo aquellos que sean testigos en causa judicial, como analizaremos más adelante, y los "extranei" pueden participar mediante un acto de inducción, pero difícilmente mediante cooperación necesaria. No requiere resultado alguno para su consumación, sin perjuicio de que el dictado de una sentencia condenatoria se prevé como una condición objetiva de punibilidad. En cuanto a la falsedad de las declaraciones, ha de recaer sobre aspectos esenciales a efectos del enjuiciamiento, y no sobre cuestiones intrascendentes, debiendo referirse a hechos y no a opiniones o simples juicios de valor. No se trata de la credibilidad mayor o menor del testigo, sino de que falte sustancialmente a la verdad; dicho de otra manera: que mienta en aquello que le es preguntado. Así, pues, el delito se integra de dos elementos: el subjetivo, constituido por el dolo integrado por la conciencia de la alteración de la verdad (imposible de cometer por imprudencia) y la voluntad de emitir la falsa declaración (lo que habrá de ser puesto en relación con la teoría del error), sin que sea preciso que se abarque la trascendencia que pueda tener en la posterior resolución judicial, a la que la declaración sirve como medio de prueba; y el objetivo, consistente en la falta a la verdad sobre extremos sustanciales o esenciales, pues junto al falso testimonio pleno, existe otra figura, calificada por la doctrina clásica como falso testimonio parcial, en la que se pena la reserva, inexactitud o reticencia en la declaración, que no obstante no sea sustancial o esencial (artículo 460), y que puede ser apreciado, sin quiebra del principio acusatorio, en cuanto se trata de un delito homogéneo con el previsto en el art. 458, por cuanto los elementos típicos de aquél están incluidos en éste, y de menor gravedad punitiva.

Digamos que este delito de falso testimonio tiene una gran importancia como delito contra la Administración de Justicia, pues la declaración prestada por los testigos tiene

por objeto acreditar o desacreditar las diversas tesis mantenidas en un proceso por las partes litigantes, de modo que la contrapartida de un falso testimonio reside en la carga negativa penal que ha de conferirse a faltar a la verdad en aquello que le fuere preguntado al testigo, deduciéndose el oportuno tanto de culpa ante la jurisdicción penal. Observamos que dicha contrapartida no se exige con el necesario rigor en la práctica de los Tribunales.

Quinto.—El problema que ha de resolverse en esta instancia casacional es si el acusado actuaba en efecto como testigo, o bien se trataba propiamente de un confesante, a quien no le afecta la obligación de decir verdad. El Ministerio fiscal ha apoyado el motivo bajo dos argumentos: por el primero, entiende que el acusado fue propuesto como testigo y declaró en concepto de tal, pero que lo procedente hubiera sido que prestara confesión judicial en tanto que su declaración iba a referirse a hechos personales del declarante (su firma). En segundo lugar, que la cuestión sobre la que versaba su manifestación está excluida del recurso de anulación del Laudo, regulado en el art. 45 de la Ley de Arbitraje. Comenzando por esto segundo, al no venir reflejado en los hechos probados de la sentencia recurrida, es claro que no puede ser tenido en cuenta. Y con respecto a la primera objeción, los únicos que pueden ser confesantes son aquellos que ostentan en el proceso civil la condición de partes, no los terceros en el mismo, por más que se encuentren (directa o indirectamente) afectados por la resolución judicial que se dicte. Desde luego, lo que no puede hacerse en el proceso penal por falso testimonio es discernir si el tema por el que declaró el acusado era procedente o no, como parece querer sugerir el Ministerio fiscal en esta instancia. De manera alguna puede la jurisdicción penal decidir si el acusado había sido, o no, traído correctamente al proceso de anulación de laudo arbitral en calidad de testigo. Revisada la causa, a los efectos dispuestos en el art. 898 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aparece que Iván intervino ciertamente en calidad de testigo. En con-

creto, contestó a las generales de la ley, señalado que es esposo de doña María del Pilar, pero que “ello no le va a impedir decir la verdad”, y al que le fue recibido juramento que “presta en forma legal”. Téngase en cuenta que es recibida tal declaración a instancias de la parte contraria, no de su esposa. Es más, figura un informe administrativo (folios 60 y 61) en el que se expone que Iván “no es titular de ninguna empresa operadora”, pero sí lo es su esposa, María del Pilar, que es titular de la empresa operadora de juego número 125.648, y que en los archivos de la Sección de Juego de la Comunidad Autónoma Valenciana figura la autorización como empresa de juego a favor de la Sra. María del Pilar, pero que tiene reconocida firma por entidad bancaria a favor de su marido, el acusado, por el que puede recibir cualquier tipo de documentación que vaya a su nombre.

De lo que se expone se deduce que el marido, el acusado, Sr. Iván, no podía intervenir como confesante, pues no era parte en el procedimiento de arbitraje, al ser ajeno a la empresa de su esposa, luego únicamente podía intervenir como testigo, a salvo de una inhabilidad que no fue declarada por nadie, o una tacha de testigo, que igualmente no consta tampoco fuera propuesta, máxime cuando le proponía la parte contraria a su esposa. Lo que sí consta es que fue propuesto como testigo, que se le recibió juramento de decir verdad, que lo prestó en forma legal, y que manifestó que a pesar de ser esposo de María del Pilar, esto no le impediría decir verdad, pero que, en efecto, faltó a tal verdad, mintiendo ante la autoridad judicial. Absolverle bajo el argumento de que era confesante sin serlo, o que no podía ser testigo, siéndolo, sería permitir cualquier falsedad en la declaración de un testigo, que es propuesto como tal y que se presenta como testigo, al que se le recibe juramento, bajo el ardid posterior, en caso de que mienta, que no le afectaba el estatus de testigo.

Por tanto, el delito de falso testimonio se comete al faltar a sabiendas a la verdad, bien por no haber sido leal en las generales de la ley, bien mintiendo en las respuestas a las

preguntas y repreguntas formuladas; ya que si no se falta a la verdad, no se comete el ilícito penal. Y ello con independencia de si el testigo es hábil o inhábil.

Lo anterior es así, por cuanto que tal y como ya se ha indicado, el tipo penal no exige un resultado concreto fruto de ese falso testimonio, ya que tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 28 de mayo de 1992, “en el caso de que un testigo legalmente inhábil sea admitido y declare en el proceso civil, su único efecto será el de la ineficacia de su declaración, lo que desde luego (ya se ha manifestado anteriormente) no evita la falsedad de la declara-

ción, ni tampoco la condición de testigo”. Y si bien es cierto que no debió admitirse la declaración de esa persona, no es menos cierto que tal testimonio prestado voluntariamente y bajo los apercibimientos legales una vez formuladas las generales de la ley, despliega todos sus efectos penales si el mismo se emite con conocimiento y “desprecio de la verdad”. Desprecio que de manera indirecta incide y se proyecta sobre la Administración de Justicia, cometiéndose de esta manera el delito, de falso testimonio.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Sentencia 302/2006, Sala de lo Penal del TS, de 10 de marzo de 2006

DEFRAUDACIÓN. ESTAFA

Art. 250 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

Después de establecer que la agravación relativa a la vivienda (la 1.^a del art. 250.1 del CP) se limita a las que se refieren a uso propio, no las adquiridas con fines de inversión, se expone el curso de la evolución legal y jurisprudencial en torno a la agravación del delito de estafa por razón de la cuantía de lo defraudado (n.º 6.º del art. 250.1 del CP).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En el motivo correlativo se alega infracción de ley, por aplicación indebida del art. 250 apartado primero, 1.º y 6.º, y apartado segundo CP. Para el recurrente no concurre el subtipo agravado de “vivienda”, ya que en el relato de todos los hechos

comprendidos en los apartados de la A) a la M), si bien existen referencias a entregas de dinero con finalidad de inversión, no consta que el dinero entregado lo fuera con la finalidad de destinarlas a domicilio habitual. Y tampoco considera apreciable el subtipo de “especial gravedad”, por no constar que quedara en difícil situación económica la

víctima o su familia, mas allá de las interesadas afirmaciones de los tenidos como perjudicados.

1. Pues bien, en cuanto al primer supuesto de agravación, con el recurrente hay que reconocer que en los apartados del relato fáctico, en que se trata de manera pormenorizada a cada perjudicado, no se precisa si la referencia genérica que en la parte preliminar del “factum” se lleva a cabo respecto a la intención de los mismos “bien de adquirir los inmuebles subastados, bien de realizar operaciones de inversión inmobiliaria”, fue una u otra.

La contemplación de las viviendas que se mantiene en el artículo 250.1.^a del Código vigente, también con efectos agravatorios, como antes se realizaba en el artículo 529.1.^a del Código Penal de 1973, se hace en atención a su calidad de bienes de importante utilidad social, derivada de su naturaleza en relación con el uso que se hace de ellas.

Es decir, que la especial protección que supone la agravación se justifica —como recuerda la STS 7-3-2005, n.º 297/2005— por su relación con el artículo 47 de la Constitución, en cuanto reconoce el derecho a una vivienda digna.

Por ello —sigue diciendo la sentencia citada— “solo será procedente su aplicación cuando la defraudación recaiga sobre viviendas que se destinen a su uso propio como lugar de residencia de la persona, donde puede establecer su domicilio, pues son las únicas que pueden ser consideradas bienes de primera necesidad.

Ello ha llevado en ocasiones a la jurisprudencia de esta Sala a negar su aplicación en casos de segundas viviendas, (STS núm. 559/2000, de 4 abril; STS núm. 658/1998, de 19 de junio; STS núm. 373/1998, de 2 de junio; STS núm. 971/1995, de 6 de octubre)”.

Siendo así, y no declarándose probado que las entregas de dinero fueran destinadas a adquirir primeras viviendas, descartando-

se claramente que se tratara de realizar una mera inversión patrimonial ante las expectativas de revalorización existentes en el sector inmobiliario, la agravación no resulta procedente, por lo que este aspecto del motivo debe ser estimado.

2. En cuanto a la apreciación de la circunstancia específica de agravación del n.º 6.º del art. 250 del CP, no debe olvidarse que consiste en que la estafa “revista especial gravedad”.

La jurisprudencia del anterior Código Penal, en relación a esta agravante y especificando este concepto jurídico indeterminado, había señalado la cuantía a partir de la cual debía operar con un criterio objetivo en 1.000.000 ptas. (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero y 28 de diciembre de 1987, 28 de junio y 16 de julio de 1990).

A partir del año 1991, se elevó la cantidad a 2.000.000 de pesetas para la agravante de cuantía ordinaria y se fijó la de 6.000.000 de pesetas para la agravante muy cualificada (sentencias de 21 de junio y 16 de septiembre de 1991) conformando módulos que se han mantenido hasta la actualidad (SSTS de 16-7-1992, 28-9-1992, 13-5-1996, 25-11-1996, 12-12-1996, 12-5-1997, 17-11-1997, 7-1-1998, 22-1-1999, 21-3-2000, 6-11-2001).

En la sentencia 1444/2002, de 14 de septiembre, se declara que en virtud de la LO 8/1983 se sustituyen en los delitos de estafa y de apropiación indebida los módulos fijos que establecían el paso a las sucesivas escalas punitivas por criterios económicos, sociológicos y criminológicos que tratan de ajustar la respuesta sancionadora, teniendo en cuenta circunstancias más mensurables como la naturaleza de los bienes sobre los que recae el hecho delictivo, los modos o formas empleados para su comisión, la situación de la víctima o la proliferación de sujetos pasivos, sin abandonar totalmente la cuantía a que asciende lo defraudado cuando revistiera especial gravedad.

También, esta sala ha dicho en sentencias como las n.º 180/2004, de 9-2-2004; n.º

2381/2001, de 14-12-2001, siguiendo la n.º 173/2000, de 12-2-2000 que “ciertamente, el Código Penal de 1995 conecta dicha agravante con varios parámetros y entre ellos con la situación económica en que quede la víctima, pero, que si bien es cierto que el núm. 6.º del apartado 1.º del art. 250 une mediante una conjunción copulativa la mención de los tres resultados que dan lugar al tipo agravado, en tanto en el art. 235 (con relación al hurto) se prevén en distintos apartados, de una parte, el “valor de los efectos sustraídos” o los “perjuicios de especial consideración” y de otra, la grave situación en que se ponga “a la víctima o a su familia”, de suerte que, si la previsión de resultados diversos en distintos apartados significa claramente la existencia de tipos agravados independientes, la conjunción disyuntiva que separa el “valor de los efectos sustraídos” de los “perjuicios de especial consideración”, obliga a entender que basta la producción de uno de estos resultados para que surja este otro tipo agravado de hurto; no siendo, en principio, tan diáfana la lectura del art. 250.6.º del CP”.

Y en las mencionadas resoluciones se añade que, “aunque sea manifiesta la diferencia entre la forma gramatical con que ha sido legalmente expresado el tipo agravado del hurto y el de la estafa, parece lógico entender que el segundo debe ser interpretado a la luz del primero.

En primer lugar, porque no es fácil imaginar las razones que haya podido tener el legislador para dar un distinto tratamiento punitivo, desde la misma perspectiva, a uno y otro delito.

En segundo lugar, porque el diverso tratamiento privilegiaría a los culpables de delitos, como la estafa o la apropiación indebida, que en sus tipos básicos están castigados con mayor severidad que el tipo correspondiente de hurto.

En tercer lugar, porque el núm. 6.º del art. 250 del Código Penal de 1995 parece ser

una refundición puramente estilística de los núms. 5.º y 7.º del art. 529 del CP de 1973, con independencia de que, como ya hemos dicho, el “valor de la defraudación” y la “entidad del perjuicio” no son sino anverso y reverso de la misma realidad.

Y por último, porque la interpretación según la cual es suficiente para la apreciación del tipo agravado la producción de uno solo de los resultados indicados en el art. 250.6.º del Código Penal, parece la más congruente con el segundo inciso del art. 249 en que, para la fijación de la pena en el delito de estafa —y en el de apropiación indebida en virtud de la remisión establecida en el art. 252— se han de tener en cuenta una pluralidad de circunstancias —entre las que se encuentran “el importe de lo defraudado” y “el quebranto económico causado al perjudicado”— que se expresan como independientes unas de otras”.

En el presente caso los hechos probados revelan que el importe objeto de la defraudación —superando individualmente en muchos casos los mínimos exigidos para la apreciación— ascendió a las siguientes cantidades, según se refleja en los diferentes apartados: A) 7.333.000 pts.; B) 7.500.000; C) 5.000.000 y 3.990.000; D) 4.375.000; E) 1.500.000; F) 2.100.000 ;G) 5.000.000; H) 1.300.000; I) 1500.000; J) 2050.000; K) 1.200.000; L) 2.500.000; LL) 1.690.000; M) 10.536.000, de modo que su total supera los cincuenta y siete millones de pesetas. Y esta cuantía, acorde con la jurisprudencia de esta sala a la que se ha hecho antes referencia, justifica la apreciación de esta agravante específica, con independencia de la indudable situación económica de dificultad que a muchos de los afectados les ocasionaría la pérdida del dinero defraudado, según manifestaciones efectuadas por los mismos, tal como reconoce el recurrente.

Consecuentemente, desestimándose este aspecto del recurso, el mismo se estima sólo parcialmente.

Sentencia 330/2006, Sala de lo Penal del TS, de 10 de marzo de 2006

CUESTIONES PREVIAS

Art. 793.2 LECrim.

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre el momento para resolver en el proceso abreviado las cuestiones previas del art. 793.2 de la LECrim.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El primer motivo de Aurelio denuncia, como vulneración constitucional del proceso debido (art. 24.2 de la CE), la actuación de la Sala sentenciadora de instancia que, ante la petición de declaración de nulidad probatoria del resultado de la interceptación de las conversaciones telefónicas, alegada como cuestión previa, al amparo de lo autorizado en el art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la sazón vigente, se difiera para sentencia definitiva la respuesta legal a dicha petición.

En suma, la cuestión ahora planteada ha dado lugar a una abundante doctrina jurisprudencial de esta Sala Casacional.

Desde la ya añeja Sentencia 2249/1994, de 23 de diciembre, ya se dijo que la observación del artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal y como fue redactado por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 diciembre, pone al descubierto la introducción en el plenario del novedoso (y creado por dicha norma) “procedimiento abreviado” (establecido por el legislador con la preten-

sión de reforzar la “celeridad” y la “concentración”) de una atípica “audiencia preliminar”, tomada —al decir del Auto de esta Sala de 18 de junio de 1992 (caso Naseiro)— de los sistemas procesales más próximos a nuestra cultura jurídica y que respondiendo a los principios de “concentración” y “oralidad”, pretende acumular en dicho debate previo una serie de cuestiones que en el “proceso ordinario” daban lugar a incidencias sucesivas que dilataban el proceso (vid. artículo 666 de la Ley Procedimental referida y la Circular número 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, en relación con el procedimiento abreviado); cuestiones que, a efectos de su inflexión en la “indefensión”, pueden dividirse en dos parcelas o campos distintos.

De un lado, aparece la “competencia” del órgano judicial, las causas de “suspensión” del juicio oral y el contenido y finalidad de las “pruebas” propuestas o que se propongan para practicar en el acto, temas que —como dice la Sentencia, antes citada, de 31 de mayo de 1994— evidentemente han de resolverse en el mismo acto, conforme

requiere “in fine” el artículo 793.2 de la Ley Adjetiva repetida. En cambio —dice la misma resolución—, las restantes cuestiones son repetibles en el desarrollo del plenario, así la alegación de “vulneración de un derecho fundamental” puede hacerse valer no sólo en tal trámite, sino también en los recursos ordinarios o extraordinarios (casación) o en amparo constitucional, y los artículos de “previo pronunciamiento” pueden reproducirse como medios de defensa en el juicio (artículo 678 de la Ley Rituaria citada).

Al no poder tener ambos grupos de cuestiones un tratamiento unitario a efectos de “indefensión” de las partes, procede concluir que no existe “preclusión” alguna para el segundo grupo en base a citado artículo 793.2 de la Ordenanza Procesal Penal; sin que a ello se oponga el contenido de los Autos de 18 de junio de 1992 (caso Naseiro) ya citado, y de 18 de diciembre de 1992 (caso “Filesa”), que establecen tal trámite para la alegación y resolución por la vulneración de derechos fundamentales, ya que no lo hacen como algo preclusivo al posterior desarrollo del plenario, sino que indican tal oportunidad respecto a la fase de instrucción, como indica la repetida Sentencia de 31 de mayo de 1994.

En cualquier caso, sería aplicable al supuesto enjuiciado lo declarado por esta Sala en Sentencia de 18 de octubre de 1993, al examinar un caso, sino igual, muy similar al que hoy ocupa la atención del Tribunal, en que se desestimó la crítica casacional, dado que el postergar al momento de sentencia el resolver las cuestiones planteadas sobre infracción de derechos fundamentales, no tenía influencia práctica alguna, puesto que, en juego el principio de concentración y rapidez que preside el procedimiento abreviado y al no indicar la norma nada al respecto, contra la decisión del Tribunal no cabe otro recurso que el que se dé en su momento contra la sentencia.

Es cierto que, desde el punto de vista de la estructura del proceso penal en nuestro sistema constitucional, el planteamiento de

cuestiones previas requiere, por lo general, una respuesta efectiva e independiente sobre los temas planteados. Los expresamente previstos en el artículo 793.2 de Ley de Enjuiciamiento Criminal son: competencia, vulneración del algún derecho fundamental, artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para celebrar en el acto.

Como dice la STS 1655/1994, de 27 de septiembre, el legislador ha dispuesto que el Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas sin establecer una exigencia expresa sobre la forma que debe adoptar la decisión del órgano juzgador. Es evidente que el planteamiento de estas cuestiones y sobre todo las que suscitan la vulneración de derechos fundamentales exige una respuesta suficiente y razonada sobre su estimación o desestimación pero ello no quiere decir que deba producirse en resolución separada del cuerpo de la sentencia que pone fin a la iniciación del juicio oral. Esta desmembración de la respuesta judicial sólo sería inexcusable si consideramos la potestativa audiencia preliminar como una fase preclusiva incrustada como un apéndice dentro de la unidad de acto que supone el juicio oral. El legislador no ha construido este debate previo como una fase autónoma tal como sucede con los artículos de previo pronunciamiento en el procedimiento ordinario en los que necesariamente debe recaer una resolución antes de entrar en las sesiones del juicio oral.

Esta doctrina se recoge, entre otras, en la Sentencia de 27 de junio de 1994, que interpretando el precepto incoado —artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, sostiene que el juzgador dispone de varias opciones que deben ser valoradas en atención a las circunstancias que concurren en cada caso. En algunos supuestos la evidencia de la vulneración de derechos fundamentales requiere, por pura exigencia metodológica, un pronunciamiento previo sobre la validez de las pruebas cuestionadas con objeto de trazar el ámbito del debate contra-

dictorio y delimitar el contenido del material probatorio evitando la interferencia innecesaria y perturbadora de pruebas ilícitas de nulo valor probatorio.

Si el Juez de lo Penal o la Sala sentenciadora acuerdan abordar el tema de la validez de las pruebas y deferirlo al momento de dictar sentencia, no sólo no vulnera el principio de unidad del acto, sino que cumple estrictamente con las previsiones del legislador contenidas en la proposición final del artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que sólo exige la resolución, en el mismo acto, de las cuestiones planteadas. Los recurrentes han obtenido una adecuada y razonada respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, por lo que no pueden invocar la falta de tutela judicial efectiva ni la vulneración de sus derechos fundamentales.

Otras veces, se ha dicho que aunque es cierto que, del tenor literal del artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (“El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas”), parece obligada la resolución de las

cuestiones alegadas en el trámite previo al comienzo de las sesiones del Juicio Oral, en el Procedimiento Abreviado, inmediatamente después de su planteamiento, no lo es menos que una reiterada práctica judicial remite, en numerosas ocasiones, ese momento decisorio a la propia Sentencia, por obvias razones de viabilidad, al no resultar hasta ese instante posible ponderar todas las razones, especialmente los elementos acreditativos de las mismas, expuestas en sustento de la cuestión planteada. Solución que, en cualquier caso, no puede ser tildada de contravención a derecho fundamental alguno ni causante de indefensión, toda vez que quien plantea la cuestión dispone de la ulterior cobertura que le ofrece, en garantía de su derecho de defensa, la impugnación, en vía de recurso, de la decisión adoptada.

Máxime cuando, como en este caso y según lo que a continuación se dirá, las cuestiones planteadas carecían de fundamento alguno para su admisión, por lo que, resueltas en el momento procesal que lo fueran, su destino no podría ser otro que el desestimatorio, como dice la STS 189/2003, de 12 de febrero.

Sentencia 16/2006, Sala de lo Penal del TS, de 13 de marzo de 2006

DEFRAUDACIÓN. ÉSTAFA

Art. 248 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se trata de la primera sentencia que aplica el Acuerdo de Sala de 28 de febrero de 2006 (recogido en el n.º 18 de la Revista de Derecho Penal), en el sentido de entender que “el contrato de descuento bancario no excluye el dolo de la estafa si la ideación defraudatoria surge en momento posterior, durante la ejecución del contrato”. Se resume el curso de la doctrina jurisprudencial al respecto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Son varias las ocasiones en las que esta Sala se ha pronunciado sobre el delito de estafa en relación al contrato de descuento bancario y la conexión con los negocios civiles normalizados y la distinción entre el dolo civil y el dolo penal, bien que lo haya hecho en un doble y opuesto sentido que exigió la celebración de un Pleno para resolver la contradicción.

Como recuerda la STS de 17 de noviembre de 1997 "... la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil, en los delitos contra el patrimonio, se sitúa en la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa, es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el Ordenamiento Jurídico establece remedios para restablecer el imperio del derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles...". En definitiva, la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuridicidad penal, quedando extramuros de ella el resto de ilicitudes para las que la "sanción" existe pero no es penal. Sólo así se salvaguarda la función del derecho penal como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira —Exposición de Motivos Código Penal 1995—.

Proyectando esta distinción sobre los negocios jurídicos o contratos criminalizados, entendiéndolos por ellos cuando ha mediado un engaño que es el causante del incumplimiento contractual, la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el incumplimiento contractual quede criminalizado bajo la forma de la estafa cuando con ocasión de la contratación de negocios jurídicos de carácter privado, ya sean civiles o mercantiles, uno de los contratantes —el sujeto activo— simule desde el principio el propósito de contratar con otra persona, cuando lo verdaderamente apetecido es aprovecharse del

cumplimiento de la otra parte contratante, pero sin intención de cumplir la suya, en tal sentido, y entre otras muchas, la STS de 20 de julio de 1998, afirma que sólo existe estafa en los casos en los que el autor simula un propósito serio de contratar, cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento.

Esta distinción descansa en la existencia de un engaño inicial y causante en uno de los contratantes que da lugar al incumplimiento contractual, pero tal incumplimiento queda criminalizado, dando vida a la existencia del dolo penal propio del delito de estafa porque desde el principio existe una discordancia entre la voluntad interna de uno de los contratantes de no cumplir y enriquecerse, y la exteriorizada y engañosa que manifiesta un propósito de cumplimiento inexistente, radicando aquí el engaño —SSTS de 16 de marzo de 1995 y las en ella citadas, y entre las más recientes, ad exemplum las STS 309/2001, de 26 de febrero—. En los negocios jurídicos criminalizados se sabe ex ante que no habrá cumplimiento por uno de los contratantes, y sí tan sólo aprovechamiento del cumplimiento del otro contratante —SSTS 1946/2000, de 11 de diciembre y 61/2004, de 20 de enero.

En relación al contrato de descuento bancario, entendiéndolo por tal cuando una persona obtiene de una entidad bancaria o de ahorro, una línea de descuento de letras con o sin fijación tope cuantitativo y a consecuencia del cual el banco le anticipa el importe de los títulos mercantiles, cheques, pagarés o letras de cambio al titular del contrato se plantea la cuestión de qué ocurre si los títulos mercantiles descontados son falsos, no existiendo negocio causal subyacente justificador de su emisión, ni siquiera conocimiento por el supuesto librado de tales efectos en el marco de un contrato de descuento que inicialmente ha sido cumplido correctamente.

Ciertamente que todo descuento bancario lleva inscrita la cláusula “salvo buen fin” reveladora de que el anticipo del importe —el descuento—, lo es a condición de que la cambial sea abonada a su vencimiento, pero interesa distinguir cuando se está en un supuesto de mero incumplimiento contractual a reclamar civilmente, y cuando se está en una modalidad de estafa, y por tanto de dolo penal.

Algunas sentencias de esta Sala han situado el límite del dolo penal y por tanto la legitimidad de la respuesta penal sólo en aquellos casos en que se acredite la existencia de un dolo inicial de incumplimiento, es decir la existencia de un engaño antecedente por parte del contratante del descuento bancario, quedando extramuros del sistema penal los incumplimientos de las obligaciones pactadas por los contratantes —STS 210/2001, de 17 de febrero—. Esta ha venido a ser la respuesta dada por la Sala a situaciones muy semejantes a las ahora estudiadas, y en tal sentido se pueden citar las siguientes sentencias:

1. STS 1839/2000, de 27 de noviembre.

En el marco de un contrato de descuento bancario, se descuentan diversas letras que no respondían a negocio alguno. En casación se revoca la sentencia y se absuelve al recurrente por no estar acreditada la existencia de engaño antecedente en la entidad bancaria.

2. STS 1092/2000, de 19 de junio.

Empresario que ante la precaria situación económica que padece urde un plan para poner en circulación letras de cambio con cargo a un librado con el que no tenía relación mercantil alguna, obteniendo el descuento de las cambiales en el marco del contrato de descuento que tenía suscrito.

En este caso sí se estimó la existencia de estafa, dice al respecto la sentencia “... uno de los medios con más frecuencia utilizados

por los defraudadores es el que proporciona el contrato de descuento bancario, el cliente consigue del banco una línea de descuento y emite letras vacías o de colusión con librados imaginarios o reales pero no deudores, se apropia del precio del descuento y cuando las letras regresan, se ha hecho insolvente o simplemente no paga...”, en base a que el plan defraudatorio estaba urdido desde el principio.

3. STS 2056/2001, de 31 de octubre de 2001.

Sentencia absolutoria en la instancia, confirmada en casación rechazando el recurso del Ministerio Fiscal. No hubo ánimo defraudatorio inicial en la suscripción del contrato de descuento bancario. Fue posteriormente cuando se presentaron, a sabiendas de su falsedad determinadas cambiales. Se estimó que hubo un dolo subsequens, que no es apto para el delito de estafa. Se mantuvo la condena por falsedad documental respecto de la que se afirma “... cubre suficientemente la condena típicamente antijurídica del acusado...”. Hay que retener el dato del “factum” de que el contrato de descuento se formalizó en noviembre de 1995, efectuándose desde entonces diversos descuentos de cambiales con toda normalidad, hasta que en el período comprendido entre el 12 de febrero al 21 de abril, ambos de 1997 se descontaron diecisiete cambiales falsas, estimándose que existió un dolo subsequens inidóneo para el delito de estafa.

4. STS n.º 1302/2002, de 11 de julio, de 2002.

También aquí existió un engaño penal en el marco de un contrato de descuento bancario, la peculiaridad del caso estriba en que el tenedor descontante de las cambiales falsas y el director de la sucursal bancaria estaban coaligados para defraudar al banco. En casación se condenó a ambos por el delito de estafa.

5. Auto de Inadmisión de 19 de junio de 2003.

Recurrente condenado por estafa. Se inadmitió el recurso en aplicación de la doctrina de que cuando el sujeto activo sabe desde el mismo momento de la perfección del contrato que no podrá o no querrá cumplimentar su prestación, se está en presencia del dolo penal propio de la estafa.

6. STS 814/2005, de 14 de junio de 2005.

En el marco de un contrato de descuento bancario que inicialmente se desarrolló con total normalidad, once meses después, se presentó un pagaré falso que no respondía a negocio causal subyacente alguno, el cual fue descontado por el banco, sin que a su vencimiento fuese atendido por el librado, ajeno a toda la actuación llevada a cabo por el condenado. En la instancia se condenó por estafa y falsificación de documento mercantil. Esta Sala absolvió por estafa por estimar que no se había acreditado el dolo antecedente bastante y causante por parte del recurrente en el banco al contratar el descuento dada la normalidad con la que se desarrolló dicho contrato durante esos once meses. Obviamente se mantuvo la condena por el delito de falsedad en documento mercantil.

La jurisprudencia de esta Sala reseñada ha coexistido con otra que, en sentido contrario al expuesto anteriormente, ha estimado que también en esta situación se estaba ante un engaño antecedente y no subseguens porque la normalidad en la ejecución del contrato de descuento que haya podido existir, constituiría, precisamente, el engaño antecedente cuando el contratante expide letras falsas confiando en que la normalidad anterior en el cumplimiento del contrato sirva de engaño previo que permita consumir la estafa, doctrina que es la que sigue la sentencia sometida al presente control casacional, pudiéndose citar las sentencias de esta Sala de 10 de julio de 1991, 16 de octubre de 1991; 1302/2002, de 11 de julio; 1632/2003

de 5 de diciembre; 181/2005, de 15 de febrero y 1523/2005, de 20 de diciembre.

Con el fin de superar esta doble jurisprudencia y contradictoria e incompatible con la función casacional de esta Sala como último intérprete de la legalidad ordinaria penal, consolidando el principio de seguridad jurídica y de igualdad ante la Ley —arts. 9.3.º y 15 de la Constitución—, en el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 28 de febrero de 2006 se tomó el acuerdo de estimar que: “El contrato de descuento bancario no excluye el dolo de la estafa si la ideación defraudatoria surge en momento posterior, durante la ejecución del contrato”.

En acatamiento al acuerdo adoptado, debemos, con asunción del mismo, estimar que en el presente caso existió un engaño antecedentes, único elemento cuestionado en el motivo, con la consecuencia de concluir que no se acredita error alguno en la valoración que efectuó el Tribunal sentenciador, y en consecuencia debe mantenerse el “factum” en el que se objetivó el engaño antecedente con el que actuaron los recurrentes, engaño instrumentalizado en las cambiales en las que falsificaron la firma del acepto, ya que en el caso de autos se parte de la existencia previa de relaciones comerciales entre (...) C.B. y “Juan Vallés Sala, S.A.”, así como que en el ámbito del contrato de descuento bancario firmado el 28 de junio de 1999, se descontaron con total normalidad una muy importante cantidad de letras de cambio —un total de 27 cambiales desde septiembre de 1999 a mayo de 2000—. Fue en este escenario que se descontaron nueve cambiales falsificadas —folios 212 a 200—, en el acepto, lo que reconoció Jesús Carlos, no respondiendo tales cambiales a negociación alguna, debiéndose estimar de acuerdo con la decisión adoptada por el Pleno de referencia que precisamente esa normalidad inicial en el ámbito del contrato fue instrumentalizado por los recurrentes para obtener el descuento del banco, debiéndose estimar, en consecuencia que hubo un engaño antecedente.

El motivo debe ser desestimado.

Sentencia 307/2006, Sala de lo Penal del TS, de 13 de marzo de 2006

HOMICIDIO IMPRUDENTE. IMPRUDENCIA PROFESIONAL

Art. 142 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras analizar los elementos determinantes de la conducta imprudente, así como los que conducen a apreciar la gravedad de ésta, se centra la resolución en la causa de agravación del homicidio imprudente por razón del carácter “profesional” de la imprudencia, manteniendo una interpretación restrictiva de la misma (no se aprecia en el disparo mortal de un policía local a un compañero al intentar detener a un atracador).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno.—El noveno motivo (el recurso carece de motivo octavo), con sede procesal en el art. 849.1.º de la LECrim., denuncia infracción de ley, “por aplicación indebida del artículo 142.1 del Código Penal”.

Dice la parte recurrente, en el extracto del motivo, que, “a la vista de los motivos anteriores, es evidente que mi mandante no es autor del delito por el que se le ha condenado”, y que, “con independencia de ello, (...), debe ponerse de manifiesto que a lo largo de la sentencia no se hace ninguna referencia a la supuesta gravedad de la conducta llevada a cabo por el Sr. Oscar, por lo que no procede condenarle como autor de un delito comprendido en el artículo 142.1 del Código Penal”.

“El tipo de imprudencia grave —dice la parte recurrente— requiere una desatención absoluta de las normas de cuidado, de manera que no se prevea la producción de un resultado, cuando cualquier otra persona en el lugar del autor lo hubiera previsto”. “La imprudencia temeraria (hoy grave) (...) consiste en la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar en los actos de la vida ordinaria”. “Los hechos probados no contemplan los elementos propios de la imprudencia grave por la que se condena al mismo”; “consideramos que los hechos probados son erróneos y no responden a prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia de mi representado”.

El Tribunal de instancia, por su parte, dice que “el acusado realizó de forma voluntaria una conducta, la de disparar el arma de fuego en dirección a un atracador que iba

armado, infringiendo un deber de cuidado, que en este caso consistía en efectuar ese disparo teniendo en la línea de fuego a su compañero a quien le causó la muerte no querida pero evitable si no hubiera efectuado el disparo en esas condiciones” (v. FJ 4.º “in fine”).

Como es sobradamente conocido, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que, para que pueda apreciarse una conducta imprudente, es menester la concurrencia de los siguientes requisitos: a) una conducta —acción u omisión— voluntaria, pero no intencional; b) previsibilidad y evitabilidad del resultado dañoso de tal conducta; c) infracción por el agente de un deber objetivo de cuidado, especialmente impuesto en las correspondientes normas reglamentarias de la actividad de que se trate o en las normas socioculturales exigibles al ciudadano medio; d) producción del resultado dañoso o lesivo de bienes jurídicos legalmente determinados; y e) existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el resultado producido. Cumplidos los anteriores requisitos, la distinción entre la imprudencia grave y la leve radica en la mayor o menor importancia del deber de cuidado infringido (v., por todas, la STS de 30 de junio de 2004).

En el presente caso, en el que es preciso partir del pleno respeto del relato de hechos declarados probados por el Tribunal de instancia (v. art. 884.3.º de la LECrim.), cosa que la parte recurrente parece haber olvidado al cuestionar la existencia de la correspondiente prueba de cargo y hacer expresa mención de “los motivos anteriores” —todos ellos desestimados—, es indudable la concurrencia de los requisitos integradores de la conducta imprudente: ha existido una conducta voluntaria (el disparo del arma de fuego reglamentaria), no intencional (en cuanto, de modo patente, el mismo no fue efectuado con el propósito de alcanzar al compañero que se había parapetado, tras un vehículo, delante del acusado), pero realizada sin el cuidado que las exigencias concre-

tas demandaban, lo que produjo un resultado lesivo (la muerte de un agente de la Policía Local), resultado evitable (de haber actuado el acusado con la diligencia exigible a un agente de la Policía, evitando efectuar un disparo cuando una persona —en este caso un compañero suyo— se encontraba en la trayectoria del mismo), y unido a su conducta por una evidente relación de causalidad.

Nos resta, por tanto, examinar la cuestión relativa a la aludida omisión del deber de cuidado exigible en la conducta del acusado (Policía Local del Ayuntamiento de Vall D’Uxó), y valorar la gravedad de la misma, teniendo en cuenta que en el acusado concurría la circunstancia de ser un agente de la Policía Judicial [v. arts. 29.2 y 53.1.e) y g) LO 2/1986], de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al que, por tanto, eran de aplicación las prescripciones de dicha ley: la exigencia fundamental de actuar siempre de acuerdo con el ordenamiento jurídico (v. arts. 103 y 104 de la CE y art. 5.1 de la LO 2/1986), así como la específica relativa al uso de las armas de las que están dotados estos agentes, que les impone una adecuada formación profesional, tanto teórica como práctica [v. art. 5.1.d) de la citada LO]; siendo evidente que, en el presente caso, el hoy recurrente efectuó el disparo que ocasionó la muerte del su compañero, Sr. Everardo, que se hallaba delante de él —parapetado detrás de un vehículo y armado también, al igual que el acusado—, frente al atacante al que pretendían detener, el cual se hallaba a unos diecisiete metros de distancia de la víctima, sin reparar en que el Sr. Everardo se encontraba en la línea de fuego de su disparo-omisión de diligencia ciertamente notable, por el evidente riesgo que comportaba para quien lógicamente tendría su vista en el atacante, sin poder prestar atención a cuanto quedaba a su espalda, tratándose además de un cuerpo móvil, cuyos movimientos, no podían ser controlados por el autor del disparo, y que, por consiguiente, podía interponerse, en cualquier momento, en la trayecto-

ria del disparo —al incorporarse, mover su cabeza o desplazarse—, en la trayectoria de los disparos efectuados por el acusado contra el atacante.

Es preciso concluir, de todo lo dicho, que el acusado actuó —al efectuar el disparo causante de la muerte de su compañero, Sr. Everardo— con una importante omisión del cuidado exigible a quien —por su condición de Policía Local— debía tener una especial capacitación y experiencia en el manejo de las armas de fuego y que, por otra parte, no podía ignorar que su compañero se encontraba en el espacio que les separaba del atacante al que pretendían detener. Su conducta debe calificarse, por tanto, de imprudencia grave causante de homicidio (v. art. 14.1 del CP). Por consiguiente, no es posible apreciar la infracción legal denunciada en este motivo.

Procede, en conclusión, la desestimación de este motivo, al concurrir, en el presente caso, todos los requisitos que la jurisprudencia exige para apreciar una conducta gravemente imprudente y penalmente típica.

Décimo.—El décimo motivo, deducido también por el cauce procesal del art. 849.1.º de la LECrim., denuncia infracción de ley “por aplicación indebida del art. 142.3 del Código Penal”.

Dice la parte recurrente, en el extracto del motivo, que “es evidente que mi mandante no es autor del delito por el que se le ha condenado”; “a lo largo de la sentencia, no se hace ninguna referencia a que la acción llevada a cabo por el Sr. Oscar fuera una imprudencia profesional, y no una mera imprudencia de un profesional”, dado que la “imprudencia profesional sólo supone “un plus de antijuricidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales”.

El art. 142.3 del CP, cuya infracción aquí se denuncia, dice que “cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profe-

sión, oficio o cargo por un período de tres a seis años”.

El Tribunal de instancia ha calificado los hechos que declara probados en su sentencia como constitutivos de “un delito de homicidio por imprudencia profesional, previsto y penado en el artículo 1, 2 y 3 del Código Penal”, “al concurrir todos los elementos que configuran tal infracción” (v. FJ 3.º, “ab initio”); y tras, examinar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el particular, viene a concluir que “el acusado realizó en forma voluntaria una conducta (...) no querida, pero evitable si no hubiera efectuado el disparo en esas condiciones y siendo el acusado agente de Policía Local le era exigible un mayor deber de cuidado en el uso del arma de fuego, lo que hace calificar la conducta enjuiciada como imprudencia profesional del artículo 142.1.2 y 3 del Código Penal, ...” (v. FJ 4.º, “in fine”).

Desaparecida en el texto del artículo 142.3 del vigente Código Penal la expresión, contenida en el art. 565, párrafo segundo, del Código Penal de 1973 —“cuando se produjere muerte (...) a consecuencia de impericia o de negligencia profesional (...)” (el subrayado es nuestro), en cuyo supuesto se estaría ante una imprudencia profesional y se impondría la correspondiente pena en su grado máximo—, al utilizarse en el texto actualmente vigente únicamente la expresión homicidio “cometido por imprudencia profesional”, sin mayores precisiones, la jurisprudencia, que bajo la vigencia del Código Penal de 1973, vinculaba la imprudencia profesional con la impericia, viene configurándola actualmente —partiendo de que la conducta enjuiciada constituya una imprudencia grave— como aquella en la que concurre “un plus de antijuricidad consecutivo a la infracción de la ‘*lex artis*’ y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisculpables a personas que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos propios de esa actividad profesional ...” (v. ad

exemplum, la STS de 23 de octubre de 2001).

La falta de una definición auténtica de lo que debe entenderse por imprudencia profesional es causa de la conocida polémica doctrinal a la hora de distinguir entre lo que se viene denominando “imprudencia del profesional” y la “imprudencia profesional” propiamente dicha, cuestión especialmente difícil. La jurisprudencia, como hemos visto, pone el acento de la distinción —para apreciar la imprudencia profesional— en la posible infracción de la “lex artis” y de las más elementales cautelas exigibles a quienes, por su condición de profesionales, deben tener una especial capacitación y preparación para el desempeño de sus actividades profesionales, especialmente de las potencialmente peligrosas; siendo preciso, para el debido enjuiciamiento de este tipo de conductas, ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

En el presente caso, es especialmente destacable el hecho de que el acusado y sus compañeros —uno de ellos desarmado, por tratarse de un agente interino— se encontraron a escasa distancia (a unos diecisiete metros) de un peligroso atracador armado (que comenzó a disparar contra ellos, cuando intentaban parapetarse tras de unos vehículos aparcados en batería), y que el art. 5.2.d) de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece —entre los “principios básicos de actuación” de los miembros de estos Cuerpos— que “solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, 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” (es decir, los “principios de congruen-

cia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance”); circunstancias que, indudablemente, concurrían en el presente caso, por lo que es preciso reconocer que la utilización del arma reglamentaria por parte del acusado estaba amparada por las correspondientes previsiones legales.

Llegados a este punto, es preciso reconocer que el especial deber de cuidado en el manejo de las armas, inherente a la condición de Policía Local que ostentaba el acusado, que, por tal circunstancia, había de tener una especial capacitación —teórica y práctica— para ello, ha sido tenida en cuenta para calificar su conducta de gravemente imprudente (v. FJ 9.º), lo cual impide, lógicamente, tener en cuenta de nuevo su condición de Policía Local para calificar su conducta como constitutiva de imprudencia profesional, por cuanto ello implicaría, de un lado, un indebido “bis in idem”, y, al propio tiempo, una aplicación prácticamente objetiva —impropia de un derecho penal de culpa— de un subtipo penal agravado, lo que no es jurídicamente admisible. En todo caso, no puede desconocerse que, como ya hemos puesto de relieve en el Fundamento Jurídico anterior, el uso del arma reglamentaria por parte del acusado (que es lo que podría afectar más directamente al aspecto profesional de su actuación), estaba legalmente justificada, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, de tal modo que cuanto afecta a la mayor o menor destreza en el uso del arma, al efectuar el disparo causante de la muerte de uno de sus compañeros, debe ser valorado fundamentalmente a la hora de calificar su imprudencia que, como ya hemos dicho, debe ser considerada grave a los efectos del artículo 142.1 del Código Penal.

Por todo lo expuesto, procede la estimación de este motivo.

Sentencia 396/2006, Sala de lo Penal del TS, de 13 de marzo de 2006

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. CÓMPUTO

Art. 33 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se plantea la cuestión de la incidencia de la suspensión de la pena de arresto de fin de semana en la legislación especial. En el caso concreto, la aplicación de un precepto de la Ley Electoral que preveía arresto mayor, equivalente a arresto de fin de semana de acuerdo con las Disposiciones Transitorias del Código Penal. El problema ha dado lugar a un Acuerdo de Sala de 29 de noviembre de 2005 (recogido en el n.º 17 de la Revista de Derecho Penal), que es aplicado en esta resolución (así como entre otras, en las SSTs 1626/2006, de 20 de enero y 202/2006, de 20 de febrero). Recogemos también un interesante voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Audiencia Provincial de Barcelona condenó al acusado Carlos Miguel como autor de un delito electoral tipificado en el art. 143 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, a las penas de multa de seis meses, con cuota diaria de seis euros, y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, en caso de impago, e inhabilitación especial para el sufragio pasivo por tiempo de un año; así como al pago de las costas procesales.

El Ministerio Fiscal, al amparo del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), denuncia la infracción del art. 143 de la LO 5/1985, en relación con la

Disposición Transitoria Undécima del Código Penal, aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre. Lo que centra en que la sentencia no impone la pena que sustituye a la de arresto de siete a quince fines de semana establecida por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que, su vez, había reemplazado a la de arresto mayor que preveía aquel art. 143.

Segundo.—El delito por el que Carlos Miguel ha sido condenado —art. 143 de la Ley de Régimen Electoral General— llevaba aparejadas las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 ptas., junto a la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo prescrita por el art. 137 del mismo Cuerpo Legal. Tras la promulgación del nuevo Código Penal en 1995 y por imperativo de su Disposición Tran-

sitoria 11.^a tales penas quedaron sustituidas por las de arresto de siete a quince fines de semana y multa de tres a diez meses, además de la reseñada inhabilitación. La reforma del Código Penal por la LO 15/2003, que ha entrado en vigor el uno de octubre de 2004, ha suprimido la pena de arresto de fin de semana, sin que se haya realizado previsión alguna para los tipos contenidos en la legislación penal especial.

Tercero.—El Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 29 de noviembre de 2005 ha adoptado el siguiente Acuerdo: “al arresto de fin de semana, dentro del Código Penal, le son de aplicación el régimen de las Disposiciones Transitorias de este Cuerpo Legal. Las Disposiciones Transitorias del Código Penal, en particular la número 11, se aplican también en relación con las Leyes penales especiales”. Basándose en que una interpretación que generalizara el que, en todos los casos en que la legislación especial siga mencionando la pena de arresto mayor habría que entender como no existente tal mención atendido que la pena de arresto de fin de semana ha desaparecido del art. 33 del Código Penal, sería inasumible porque supondría una despenalización en determinadas infracciones que continúan figurando como tales en la legislación especial con una sola pena, la de arresto mayor.

Así las cosas, según las sentencias que viene pronunciando esta Sala (20-1-2006 y otras) sería de aplicación el apartado 1 de la Disposición Transitoria Undécima del Código Penal, según la cual “cuando se hayan de aplicar leyes penales especiales... se entenderán sustituidas... cualquier otra pena de las suprimidas en este Código (en este caso, la pena de arresto de fin de semana), por la pena o medida de seguridad que el Juez o Tribunal estime más análoga y de igual o menor gravedad. De no existir o de ser todas más graves, dejará de imponerse”.

Y, siempre según esa doctrina, la nota de la equivalencia se encuentra en la Disposición Transitoria Octava, que establece que cada arresto de fin de semana se corresponde con dos días de privación de libertad, de

suerte que la pena de arresto de 7 a 15 fines de semana equivale a privación de libertad de 14 a 30 días. Además a continuación entran en juego las normas de sustitución del art. 88 del CP según la regulación establecida en dicho precepto.

Cuarto.—Por todo lo cual procede estimar el recurso, casar la sentencia impugnada y, dictar otra nueva, para sancionar el hecho punible con la pena de catorce días de prisión además de la multa fijada en la sentencia recurrida, debiendo practicarse, en su caso, en ejecución de sentencia las sustituciones penológicas procedentes de acuerdo a las disposiciones legales citadas. Y, con arreglo al art. 901 de la LECrim., han de ser declaradas de oficio las costas del recurso. (...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ
A LA SENTENCIA NÚM. 396 DE FECHA 13
DE MARZO DE 2006 QUE RESUELVE
EL RECURSO NÚM. 457/2005

Entiendo que el Fiscal tiene razón cuando afirma que “el desajuste legislativo” que incide en la causa sobre la que versa este recurso “plantea un espinoso problema interpretativo”, al que no puede darse una respuesta plenamente satisfactoria sin una intervención del legislador.

Y es que, en efecto, como bien razona la Sección IX de la Audiencia Provincial de Barcelona, la supresión por la LO 15/2003 de la pena de arresto de fines de semana y su sustitución caso por caso, sin una disposición de carácter general para los no específicamente contemplados —entre los que se hallan los del género del aquí tratado— suscita un verdadero vacío de previsión legal. Un vacío que no puede cubrirse —según hace la mayoría, de conformidad con el criterio establecido en el pleno no jurisdiccional de 29 de noviembre de 2005— acudiendo a la disposición transitoria 11 del Código Penal de 1995, exclusivamente prevista para disciplinar cuestiones de derecho transitorio ocasionadas por la entrada en vigor de este

texto, en su relación con la legislación penal precedente.

Así las cosas, la situación creada por ese descuidado modo de operar del legislativo se abre a una alternativa, con dos opciones posibles. Una primera, la que se expresa en la sentencia recurrida: ya no existe pena de arresto de fin de semana para el delito aquí contemplado. Otra, la que se hace patente en el recurso del Fiscal.

Éste pone en el punto de arranque de su razonamiento una afirmación: “no hay motivo alguno para suponer que el legislador haya querido disminuir el reproche penal por esa conducta y otras descritas en normas penales especiales y sancionadas inicialmente con la pena de arresto mayor”. Y ve tres posibilidades de salida de la situación: entender que la pena de arresto de fin de semana subsiste en alguna legislación especial; arbitrar mecanismos interpretativos para buscar el equivalente a esa penalidad; acudir a la disposición transitoria 11 del Código Penal. Pero ocurre que no hay precepto legal alguno que establezca una excepción a la supresión de la pena de arresto de fin de semana. Y que, como bien explica la Audiencia, las disposiciones transitorias del Código Penal vigente tienen circunscrita su aplicación a supuestos problemáticos emergentes de la relación de este último, en su redacción original, con la legislación anterior. En consecuencia, la única vía practicable sería la apuntada en segundo término, es decir, la interpretativa.

Ahora bien, esta opción desemboca de manera inevitable en el uso del argumento analógico. En efecto, como bien se sabe, tal es el que entra en juego cuando se considera que la formulación legislativa no refleja la voluntad del legislador, que, presumiblemente, se habría “quedado corto” —*lex minus dixit quam voluit*— al reglar una determinada clase de supuestos, dejando fuera a alguno de ellos; y para remediarlo se produce su integración en ese nuevo marco legal a través de la interpretación.

Tal es, lo aquí acontecido, pues el propio recurrente, al articular su concienzudo dis-

curso, parte del presupuesto de que existe una discordancia *in minus* entre lo querido y lo realmente dispuesto por el legislador. En efecto, como se ha visto, lo ocasionado es una situación de anomia o falta de tratamiento de ciertos supuestos. Algo que si la instancia parlamentaria hubiera actuado con mayor reflexión y rigor no se habría producido, pero que, aquí y ahora, dicho lisa y llanamente, es lo que hay.

Por tanto, lo cierto es que en este momento existe una clase de casos para los que ha dejado de estar expresamente prevista una determinada pena, por su desaparición con carácter general del catálogo punitivo y su explícita sustitución por otras, en algunos casos.

Se presume —y la verdad es que no sin fundamento— que esta consecuencia, la omisión literal o textualmente producida, no entraba en el propósito del legislador. De ahí el intento del recurrente y de la mayoría de suplirla operando de la forma más parecida a como se supone que aquél lo habría hecho, de haber actuado con menos precipitación. Y para ello se toman como referencia otros casos que guardan con el de la causa una relación de parecido.

Pues bien, ese operar por semejanza, es decir, mediante el argumento a simili no es más que recurrir a la analogía, según informa cualquier manual de Teoría General del Derecho. Y si se hace, como es el caso, para cubrir el vacío de previsión expresa de una pena, que beneficia al acusado, la analogía es clarísimamente en perjuicio de éste, es decir: contra reo. Que es en lo que consiste la extensión de un enunciado normativo que acarrea consecuencias desfavorables para el afectado, a un supuesto fáctico que no aparece directamente comprendido en él.

En efecto, el planteamiento de la mayoría, como el del pleno no jurisdiccional aludido, presenta un caso de libro de analogía en perjuicio del reo, como se advierte con sólo reparar en los momentos en que se articula:

A) El legislador de 2003 ha eliminado la pena de arresto de fin de semana, sustitui-

yéndola por otra en determinados casos y sin incluir ninguna previsión específica en los restantes; en concreto los de la legislación electoral.

B) El legislador de 1995, al introducir su entonces nuevo régimen de penas, estableció un sistema de equivalencias de carácter general, que incluía los supuestos contemplados en la legislación especial, destinado a operar (sólo) en relación con el *statu quo* normativo precedente.

C) Existe una semejanza relevante (analogía) entre las situaciones descritas en B) y A), que, supuestamente, permitiría extender la solución legislativa de B) a los defectos de previsión penológica ocasionados por el modo de legislar presente en A).

Creo que el Fiscal en su elaborado discurso da muchas y poderosas razones para dirigirse al legislador poniéndole de manifiesto el error en que parece haber incurrido, con objeto de que obre en consecuencia. Pero ninguna de ellas habilita a un tribunal para actuar en contra de la previsión del artículo 4.1 del Código Penal, que prohíbe aplicar las leyes penales a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. Así lo ha declarado en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional a partir de sentencias como la n.º 75/1984 y la 133/1987, que proscriben con total claridad la analogía *in peius*.

Es por lo que creo que tendría que haberse desestimado el recurso.

Sentencia 332/2006, Sala de lo Penal del TS, de 14 de marzo de 2006

PRUEBA TESTIFICAL INDIRECTA. TESTIGO DE REFERENCIA

Arts. 325 y 710 LECrim.; 24.2 CE

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, absolviendo al acusado que había sido condenado con base a testimonios de referencia sin haberse constatado la imposibilidad material de que compareciera en juicio y testificara con las prevenciones tuitivas de la LECrim. la víctima menor de edad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El único motivo formulado por este recurrente —coincidente con el segundo de la siguiente—, se formaliza por vulneración de precepto constitucional re-

cogido en el art. 24.2, refiriéndose al derecho a la presunción de inocencia, por inexistencia de prueba para sustentar el cargo, denunciando que la sentencia de instancia se basa exclusivamente en las declaraciones de una perito en la vista oral, en un testimonio

de referencia, y no directo de la presunta víctima, con ausencia de percepción directa de sus manifestaciones, todo ello ante la negativa rotunda a admitir los hechos por parte de los acusados.

1. Examinadas las actuaciones se comprueba que la víctima del presunto abuso sexual fue una niña, hija de los acusados (nacida el 4-4-1995) que, en el período de ejecución de los hechos imputados, vendría a tener seis años de edad, y en la fecha de la celebración del juicio (22-3-2004) ocho años.

Hubo unas declaraciones de la psicóloga del centro escolar (Sra. Guadalupe) a la que la menor asistía, y que efectuó la denuncia inicial; un informe pericial elaborado por una psicóloga (la Sra. María Inés) que se entrevistó con la niña y efectuó la correspondiente grabación en video, y otro informe de un nuevo perito (Sr. Claudio), efectuado a partir del de la Sra. María Inés y de las grabaciones por ella obtenidas, que vino a pronunciarse sobre la actuación de la anterior y validez de sus conclusiones. (...)

2. En nuestro caso, la víctima, considerada testigo por la jurisprudencia (SSTS de 4-5-1990, 12-7-1990, 18-9-1990, 17-11-2003, y, entre otras muchas la núm. 1556/2003, de 17 de noviembre, rec. 242/2003), no declaró en ningún momento, ni se manifestó ante la Policía, ni fue explorada por el Juez de Instrucción, ni por el Tribunal de instancia en la Vista del Juicio Oral.

En la fase sumarial, la explicación de ello se encuentra, probablemente, en la recomendación contenida en el informe (f.º 65) de la psicóloga Sra. María Inés, del Servicio de Atención Psicológica de Servicios Sociales del Instituto Espill, realizado a petición de la Sección de Menores de la Dirección Territorial de Alicante de la Consellería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, en el sentido de “evitar en lo posible, en la declaración judicial de la menor, situaciones desagradables y angustiosas para la menor”, poniendo a disposición del juzgado la

grabación efectuada y efectuando otra serie de sugerencias para el caso de que se considerara imprescindible tal declaración.

En la fase intermedia, el Ministerio Fiscal (f.º 27, 28 del rollo de Sala) propuso como prueba testifical la exploración de la menor, y dentro de la pericial la comparecencia de los psicólogos antes mencionados y del médico forense que reconoció físicamente a la niña. Las defensas en sus correspondientes escritos (f.º 30 y 31) propusieron los mismos medios que el Ministerio Fiscal, aunque fueron renunciados por él.

La Sala, por providencia de 2-12-03 (f.º 34) acordó pedir que se le remitieran las grabaciones efectuadas a la menor; y por auto de 11-2-2004 (f.º 55) acordó celebrar la Vista, declarando pertinentes todas las pruebas propuestas, pero sustituyéndose la testifical de la menor por el visionado de las cintas que contienen las grabaciones del testimonio de la menor, sin perjuicio de que pueda interesarse la testifical correspondiente.

Llegado que fue el día señalado para el comienzo de las sesiones de la Vista del Juicio Oral, comparecieron los acusados presentando declaración, así como los psicólogos autores del primer y del segundo informe pericial, y el médico forense propuestos. Y solicitado por el Ministerio Fiscal el visionado de las cintas —de varias horas de duración— (F.º 92) la Sala lo denegó considerando improcedente, indicando críticamente que, según los peritos, no hay relato.

3. De todo lo anterior se deduce que la menor víctima, que ni estaba enferma, ni incapacitada para acudir al Juicio, y que contaba con raciocinio suficiente para comparecer en él, no fue oída por el Tribunal de instancia, ni siquiera a través de las grabaciones efectuadas recabadas por el Tribunal para la Vista. (...)

6. (...) La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que, en efecto, es desarrollo tanto del art. 39.4 de la CE como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y en vigor en

España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2, como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, “la supremacía del interés del menor” y “la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal” y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección “se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor”.

Y en el art. 17 de la misma LO se contiene el mandato a cuyo tenor “en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, (...) la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra”.

El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/1925, de 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, precisa que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Pero, aún siendo todo ello cierto, puede sostenerse que el llamamiento judicial de un menor que se supone ha sido víctima de un delito, para que se someta a las preguntas de la Defensa del acusado, no es una interferencia innecesaria puesto que está en juego que al último se le declare culpable o inocente y, por otra parte, su derecho a interrogar tiene rango constitucional, sin perjuicio de las cautelas que tiene previstas el mismo legislador inspirado por tales principios para hacerlos efectivos, sin menoscabo de las garantías constitucionales y procesales de las partes del proceso.

No puede tampoco aceptarse —como a veces se sostiene— que al amparo de aquella normativa tuitiva resulte innecesaria la comparecencia de la víctima, dada su edad, y que existan siempre otros medios de prueba de entidad suficiente, no sólo para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, sino para fundamentar una sentencia condenatoria.

7. Los principios de protección del menor víctima han sido ya recibidos en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que sea compatible su testimonio directo con la preservación de su privacidad, y disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en cuanto a la revictimación o victimación secundaria, que todo proceso lleva consigo.

Así, la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales establece ya una serie de medidas entre las que se cuenta [art. 2.b)] la utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

Y la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, prescribe (art. 15.3) que en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

Y el mismo texto añade que (art. 15.5) el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal.

Por su parte, como ya vimos, el párrafo segundo del art. 707 de la LECrim. (introducido por la LO 14/1999, de 9 de junio) prescribe que cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual

con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.

En esta línea, el art. 229 de la LOPJ (tras la reforma producida por la LO 19/2003, de 24 de diciembre), después de proclamar en su núm. 2 que “las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el juez o tribunal, con presencia e intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley”, admite en su párrafo 3 que estas actuaciones se realicen “a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre las personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal”.

Y, finalmente, el art. 325 de la LECrim. (redacción de la LO 13/2003, de 24 de octubre) admite que “el Juez de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la LOPJ”.

8. Se ha constatado, en definitiva, que en nuestro caso la prueba testifical indirecta ha sustituido a la directa, con la imposibilidad de que el valor probatorio de esta última hubiere sido apreciado por el Tribunal, sin haberse acreditado la imposibilidad material de que compareciera en el juicio oral la testigo presencial víctima, a pesar de la petición en tal sentido realizada oportunamente

por las defensas de los acusados y del Ministerio Fiscal. Se ha acreditado que en la Vista, ni siquiera se procedió al visionado de las grabaciones de audio-video efectuadas —tal como estaba previsto por el Tribunal y solicitó expresamente el Ministerio Fiscal— denegando el Tribunal tal solicitud con una enigmática expresión, consistente en que: según la perito no hay relato.

Con ello cabe preguntarse, si no hay relato ¿qué es lo que hay? ¿opiniones de un perito? y ¿basadas en qué? Las incógnitas parecen insuperables.

Por otra parte, el visionado y audición de las cintas, —en defecto de la percepción directa del testimonio de la víctima— resultan fundamentales e imprescindibles para poder comprobar el contenido y sentido de las manifestaciones inculpatorias respecto de los dos acusados, en su caso, efectuadas por la menor, y para calibrar si la técnica utilizada por la psicóloga fue correcta en sus entrevistas estructuradas o no, evitando cualquier género de sugestión incompatible con las exigencias procesales (ex arts. 439,709 y concordantes de la LECrim.) garantizadoras de la espontaneidad de todo testimonio.

9. Lo expuesto viene en su conjunto a poner de manifiesto que podría entenderse vulnerado el precepto constitucional contenido en el art. 24.2 de la CE, pero no solamente por lo que se refiere a la presunción de inocencia, sino a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y al derecho a la celebración de un proceso con todas las garantías, utilizando los medios de prueba pertinentes.

Siendo así, solamente la falta de petición por parte de los recurrentes, bajo pena de incidir en una inaceptable reformatio in peius, impide que en este sentido pueda interpretarse su voluntad impugnativa, con la consecuencia de la estimación del motivo y la devolución de la causa al tribunal de procedencia para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se hubiera cometido la falta, la sustanciara y terminara con arreglo a derecho, repitiéndose la Vista del Juicio Oral con intervención de Tribunal distinto

de aquél que dictó la sentencia recurrida anulada.

10. Descartada esta solución, el motivo ha de prosperar en su estricta consideración de vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, por falta de

prueba válida para sustentar el cargo, lo que conlleva que su restablecimiento determine la anulación de la Sentencia impugnada (Cfr. STC 18-7-2005, n.º 208/2005), dictándose otra segunda sentencia por este Tribunal con la absolución del recurrente.

Sentencia 305/2006, Sala de lo Penal del TS, de 15 de marzo de 2006

COACCIÓN

Art. 172 Código Penal

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

SÍNTESIS

A propósito de un supuesto de uso arbitrario del ejercicio de facultades disciplinarias sobre funcionarios, se estudian en la sentencia los elementos configuradores del delito de coacciones (en particular, el concepto de “violencia”), así como los criterios de separación entre el delito y la falta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Analizamos, en primer término, la impugnación de la acusación pública que pretende la condena por delito de coacciones. Conforme a una reiterada jurisprudencia, el delito de coacciones protege los ataques a la libertad general de actuación personal que no estén expresamente previstos en otros tipos del Código, afirmando el carácter residual de esta figura delictiva. Son varias las figuras típicas en las que la coacción forma parte de la tipicidad, como las coacciones laborales del art. 315.3, o el robo con intimidación u otras figuras típicas. Las coacciones constituyen, pues, la figura base de los delitos contra la libertad.

Define el Código Penal el delito de coacciones en su art. 172 en el que se expresa que comete este delito “el que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”.

En el tipo objetivo, la acción consiste en impedir con violencia a otra persona hacer lo que la ley no prohíbe o compelerla, igualmente con violencia, a realizar lo que no quiera. El empleo de la violencia constituye el núcleo de esta figura delictiva. Y la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado por la admisión de la intimidación personal e incluso la violencia a través de las cosas siempre que de alguna forma afecte a la libertad

de obrar o a la capacidad de actuar del sujeto pasivo impidiéndole hacer lo que la Ley no prohíbe o compeliéndole a hacer lo que no quiere. Así se dice en la sentencia de 21 de mayo de 1997 que los actos de violencia en las cosas pueden repercutir en la libertad de las personas para el pacífico disfrute de sus derechos sin necesidad de amenazas ni de agresiones que constituirán actos punibles de otro tipo diferente.

Y el tipo subjetivo debe abarcar no sólo el empleo de la fuerza o violencia que doblegue la voluntad ajena, sino que es preciso también que ésta sea la intención del sujeto activo, dirigida a restringir de algún modo la libertad ajena para someterla a los deseos o criterios propios.

El delito de coacciones aparece caracterizado por: a) una conducta violenta de contenido material, como vis física, o intimidación, como vis compulsiva, ejercida sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o de modo indirecto; b) la finalidad perseguida, como resultado de la acción, es de impedir lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiere, sea justo o injusto; c) intensidad suficiente de la acción como para originar el resultado que se busca, pues de carecer de tal intensidad, se podría dar lugar a la falta; d) la intención dolosa consistente en el deseo de restringir la libertad ajena, lógica consecuencia del significado que tienen los verbos impedir o compeler; y, e) la ilicitud del acto desde la perspectiva de las normas referentes a la convivencia social y al orden jurídico. Lo cierto es que la gravedad de los actos coactivos debe entrar siempre en consideración a los efectos de dilucidar su carácter delictual o el de mera falta, susceptible de subsumirse en la previsión del artículo 620.2 del CP; a esta finalidad resulta necesario valorar la mayor o menor trascendencia del acto de coacción, la intensidad de la presión ejercida y el grado de malicia y culpabilidad del agente (STS de 2 de febrero del 2000) (ATS 20-3-2003).

De los anteriores requisitos, profusamente recogidos en la jurisprudencia quizás el más polémico es de los medios de comisión.

Ciertamente el que en este tipo penal se mencione, de forma exclusiva, a la violencia como medio comisivo, sin mencionar a otras modalidades, como la intimidación que sí figura en otros tipos penales en los que violencia e intimidación aparecen de forma conjunta, ha propiciado que parte de la doctrina entienda que en este tipo penal sólo cabe la violencia material, la “vis física”, excluyendo la violencia psíquica o la violencia en las cosas como medio comisivo. Esa interpretación restrictiva no ha sido mantenida en la jurisprudencia, que de manera constante, ha mantenido que el tipo penal de las coacciones es un “tipo abierto” o un “tipo delictivo de recogida” que alberga distintas modalidades de comisión, pues todo atentado o, incluso, la mera restricción de la libertad de obrar supone de hecho una violencia y por tanto una coacción, siendo lo decisivo el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción.

No entenderlo así, y referir la violencia sólo a la “vis física”, dejaría un estrecho margen de aplicación al tipo de las coacciones, limitado entre la atipicidad y el delito de lesiones, pues el empleo de una violencia física que superara el umbral de la mera coerción para producir un resultado lesivo haría de aplicación, por especialidad, el tipo de lesiones. Por último, avala esta interpretación jurisprudencial el hecho de que en la falta de coacciones, del art. 620.2 del Código Penal, que bien pudiera ser considerado como el tipo básico de esta figura delictiva, la coacción aparece en la falta junto a la amenaza, la injuria y la vejación injusta.

Estos elementos concurren en el caso enjuiciado. Existió, una restricción a la libertad de movimientos, y esa restricción se realizó desde la irrupción en el barco en el que pensaba viajar impidiendo que el mismo zarpara. La acusada logra la finalidad de doblegar la voluntad de la perjudicada, afectando a su libertad y capacidad de actuar. Esa finalidad perseguida la logra a través de un ejercicio arbitrario de una facultad disciplinaria, pues la Secretaría judicial que ejerce la jefatura personal había autorizado el

desplazamiento (454.2 de la LOPJ), lo que era conocido por la acusada quien, no obstante, impide la salida del barco.

Resta por examinar si los hechos se subsumen en el delito, como solicita el Ministerio Fiscal en su recurso, o en la falta de coacciones, como ha entendido la sentencia impugnada. Como hemos dicho, por todas STS 18 de abril de 2005, la diferencia de ambas, el delito de coacción y de falta de coacción, es meramente cuantitativa, siendo el criterio decisivo la entidad que la coacción haya tenido en la libertad de decisión y de acción del sujeto pasivo, su trascendencia y su intensidad.

Analizando los hechos comprobamos que la conducta realizada fue eficaz, pues la perjudicada salió del barco a consecuencia de la conducta de la acusada que impuso, desde un ejercicio arbitrario de su condición de Juez, una restricción a la libertad de actuar de la perjudicada y del barco, lleno de pasajeros, que no pudo salir hasta que el problema se solucionara, es decir, hasta que la Juez abandonara el barco. El contenido del acto violento no aparece desvirtuado por la expresión "pide" que emplea el hecho probado como conducta de la acusada, pues en el contexto del hecho probado resulta evidente el empleo de la coerción, primero avisando por megafonía y requiriendo la presencia del delegado de la compañía naviera quien insta a la perjudicada al abando-

no del barco, "quien le advirtió que el barco estaba detenido en el puerto, lleno de pasajeros, y sin poder zarpar hasta que no se solucionase el problema", y aunque se exprese que la perjudicada "accedió" al abandono del barco, ello no supone una voluntariedad sino el resultado de la coacción resultado también, probado que la perjudicada sufrió una crisis nerviosa.

Desde el hecho probado no resulta la levedad que se afirma en la valoración jurídica expresada en la motivación de la sentencia impugnada, pues como se afirma en la misma, hubo un exceso en el ejercicio de facultades disciplinarias, que no sólo afectó a la perjudicada, sino a un servicio público de transporte, motivando un retraso en la salida que no fue mayor de no ser por la conducta de la perjudicada que accedió a la realización del acto obligado. Por otra parte, la funcionaria perjudicada tenía permiso de la Secretaria judicial y el contenido del acto pretendido, "firmar una diligencia de ausencia", ni requería la presencia de la funcionaria, ni era necesario para acreditar la no presencia de ésta en horario laboral, se trató de un uso arbitrario de una pretendida potestad disciplinaria que rellena las exigencias de la tipicidad en el delito de coacciones.

Consecuentemente, el motivo será estimado, procediendo imponer la pena de seis meses de prisión, pena impuesta en el tramo mínimo de la prevista en el Código Penal.

Sentencia 321/2006, Sala de lo Penal del TS, de 22 de marzo de 2006

SENTENCIA. FALTA DE MOTIVACIÓN

Arts. 24 y 120 CE

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

SÍNTESIS

El absoluto incumplimiento por la sentencia de instancia del deber de motivación fáctica, conduce a su nulidad y a que el Tribunal de instancia, sin necesidad de repetir el juicio, le dé nueva redacción que incluya motiva-

ción suficiente acerca de la prueba de los hechos. Recogemos también el voto particular discrepante que postula, como consecuencia necesaria del vicio apreciado, la absolución del condenado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La exigencia de motivación viene referida tanto a los hechos como al derecho que se aplica. Según reiterada jurisprudencia abarca tres aspectos (entre otras SS. 14-5-98, 18-9-2001, 15-3-2002, 20-4-2005).

a) La motivación de los hechos y de la intervención que el imputado haya podido tener así como las circunstancias que puedan incidir en la resolución —Motivación Fáctica—.

b) La subsunción de los hechos en el tipo penal correspondiente con las circunstancias modificativas —Motivación Jurídica—.

c) Las consecuencias tanto penales como civiles derivadas —Motivación de la Decisión—, por tanto, de la individualización judicial de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas judiciales y de las consecuencias accesorias (STS de 23 de abril de 2002).

La motivación puede ser escueta, siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico, pero en cualquier caso una sentencia penal correcta debe contener una motivación completa, es decir, que abarque los tres aspectos anteriormente indicados, con la extensión y profundidad proporcionadas a la mayor o menor complejidad de las cuestiones que se han de resolver, (STS de 19 de febrero de 2002). No existe, desde luego, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, pero sí a que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación en cada caso concreto que permita

conocer los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (en este sentido SSTC 8/2001, de 15 de enero y 13/2001, de 29 de enero). (STS n.º 97/2002, de 29 de enero).

Este deber de motivación requiere, por consiguiente, no sólo la necesidad de argumentar —siquiera sea de manera sucinta— el proceso jurídico de la subsunción de los hechos declarados probados en los preceptos penales aplicados. Exige, además y previamente, la explicitación motivada de los medios probatorios utilizados por el Tribunal sentenciador para fundamentar su convicción en relación a los hechos que se declaran probados en el relato histórico, la participación que en los mismos haya tenido el acusado que allí se describe y los datos fácticos de los que pueda inferirse racionalmente el elemento subjetivo del tipo penal aplicado. Por ello cuando se trata de la llamada motivación fáctica, recuerda la STS 32/2000, de 19 de enero, la sentencia debe exponer cuál o cuales son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico. La motivación fáctica, insiste la STS 1488/2001, de 4 de octubre, exige decir la prueba utilizada como de cargo con los razonamientos oportunos, aunque no es necesario examinar todos y cada uno de los hechos de la prueba que se practicaron, bastando con expresar lo necesario para dejar de manifiesto que la condena se hizo en ba-

se a una prueba justificadora de la realidad de los hechos que se declaran probados.

La motivación en el aspecto jurídico relativo a la subsunción de los hechos en los correspondientes tipos penales, así como a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cumple con las funciones antes dichas en la medida en que quien resulta condenado solo puede ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva mediante el recurso de casación partiendo del conocimiento de las razones concretas que el Tribunal ha tenido para fundamentar una determinada calificación de los hechos. Solo el conocimiento de esas razones le permite impugnarlas mediante el sostenimiento de criterios razonados diferentes.

En lo que se refiere a la motivación de la pena concretamente impuesta, esta Sala ha insistido con reiteración en la necesidad de expresar con la suficiente extensión, las razones que el Tribunal ha tenido en cuenta en el momento de precisar las consecuencias punitivas del delito. Las penas, máximas sanciones del ordenamiento, suponen siempre una afectación a algunos de los derechos que forman el catálogo de derechos del ciudadano. En ocasiones, cuando se trata de penas privativas de libertad, a derechos fundamentales. Es por eso que, con carácter general, es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley, con o sin el establecimiento de criterios orientadores. En los casos de delito continuado, art. 69 bis del CP, el Tribunal deberá expresar si hace uso y porqué razones del aumento de la pena hasta el grado medio de la pena superior. En los casos de eximentes incompletas será necesario la exposición de las razones por las que se baja la pena en un grado o en dos, debiendo de ajustarse tales razones a las previsiones del artículo 66 del CP, esto es atendiendo el número y entidad

de los requisitos que faltaren o concurrieren. Esta potestad no es absoluta, sino que debe ajustarse a los mencionados criterios, lo que implica que puede ser revisada en casación, por lo que el Tribunal tiene la obligación de motivar su decisión, con la finalidad de permitir un efectivo ejercicio del derecho al recurso y facilitar el control que corresponde a esta Sala como Tribunal de casación. (STS 592/2002, de 27 de marzo).

Desde otra perspectiva, la ausencia de fundamentación perturba seriamente las funciones que corresponden a unos y otros Tribunales en la organización del Poder judicial. Aun cuando en ocasiones esta Sala ha procedido a suplir la falta de motivación de la sentencia de instancia en atención a evitar dilaciones, lo cierto es que su función es, en este aspecto y dentro del recurso de casación, el control de la aplicación de la ley por el Tribunal de instancia, con la finalidad de establecer la doctrina correcta, como consecuencia de su configuración como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la CE), lo cual requiere, como *prius* lógico, conocer las razones que aquel Tribunal ha tenido para sostener un determinado entendimiento de la ley. Nuestro sistema prevé una inicial aplicación de la ley sujeta a las exigencias constitucionales, y un control posterior sobre tal aplicación a través del recurso, en este caso, de casación, que además, como hemos dicho, se orienta hacia la fijación de doctrina. Tales previsiones solo se satisfacen si el Tribunal de instancia cumple las exigencias de motivación derivadas de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución.

Cuarto.—En el caso que nos ocupa, la ausencia de motivación de los hechos que se declaran probados es flagrante, absoluta e insubsanable. No es posible ni admisible la referencia genérica a las pruebas practicadas sino que el acusado tiene derecho a conocer el razonamiento lógico seguido por el Tribunal de instancia para llegar a la deci-

sión final de tener por probados unos hechos.

(...)

Se advierte, por tanto, una fundamentación jurídica, pero nula fundamentación fáctica, por cuanto no especifica los elementos fácticos de los que infiere el juicio de valor que se combate. Pero lo más grave es, que tampoco da cuenta de los elementos probatorios en virtud de los cuales se hayan acreditado esos supuestos datos fácticos indiciarios, puesto que la única mención que se hace al respecto se limita a aludir de manera difusa a la amplia prueba documental y testifical, pero sin hacer referencia concreta a qué documento o qué testigo y sus específicas manifestaciones para que pueda atribuírsele el contenido de prueba de cargo para llegar a una conclusión condenatoria y en ningún momento su pasaje de la sentencia se especifica cuáles, han sido los elementos de prueba emanados de aquellos medios probatorios que acrediten los hechos indiciarios ni mucho menos se hace un mínimo análisis de esos elementos probatorios, ni ha tenido en cuenta para desestimarla la prueba de descargo presentada por la defensa: (...)

En definitiva, podemos concluir afirmando que la sentencia de instancia ha incumplido el deber de motivación fáctica, por lo que no resulta posible formar juicio en esta sede casacional sobre la existencia o no de auténtica y válida prueba de cargo que sustente la condena. De este modo, la omisión del deber de consignar los elementos probatorios que fundamentan la convicción del juzgador sobre la verdad judicial de los hechos, impide al acusado impugnar la validez o legitimidad de las pruebas, la suficiencia incriminatoria de las mismas y la racionalidad del resultado valorativo, y a esta Sala de casación ejercitar la función revisora que el ordenamiento le encomienda (STS 10-4-1997 en un caso similar).

En efecto, ante la situación descrita, este Tribunal de casación leyendo atentamente la sentencia, no puede llegar a conocer que concreta imputación del acusado y que con-

creta declaración testifical y prueba documental permiten justificar, según un juicio racional o lógico, que el delito imputado se cometió y en él participó de forma activa, con conciencia y voluntad, el acusado.

No queremos decir que no exista prueba de cargo, sino que no se realiza el juicio valorativo o de credibilidad, que únicamente compete, por mor del principio de inmediatez, al Tribunal de instancia (art. 117.3 de la CE y 741 de la LECrim.).

Este Tribunal de casación no puede realizar una inmersión en el acta del juicio, con las remisiones que el desarrollo de la prueba hace a diferentes documentos, para intentar descubrir una prueba de cargo, dilucidando qué testimonios, documentos o pericias, merecen credibilidad y cuáles no.

Es imprescindible conocer en que actividad probatoria concreta se ha fundado el Tribunal para llegar al relato fáctico condenatorio, pues el órgano judicial decisor ha de realizar un juicio histórico, según el cual, su convicción acerca de la existencia de un hecho delictivo y la participación en él del acusado ha de tener un respaldo probatorio que, el Tribunal de casación, dentro del derecho a la presunción de inocencia, ha de someter al filtro controlador de la suficiencia de la prueba y la razonable valoración de la misma, esto es, comprobar si el discurso lógico ha discurrido por los cauces de la lógica y la experiencia.

Ante la imposibilidad de realizar tal función y sin excluir que pudieran existir sobradas pruebas de cargo, procede estimar este motivo, declarando nula la sentencia, para que se de a la misma nueva redacción que incluya motivación suficiente, acerca de la prueba de los hechos (SSTS 15-7-2004 y 26-3-2004).

El Tribunal partiendo de los hechos probados y sin necesidad de repetir juicio, deberá dictar nueva sentencia, en la que en sus fundamentos jurídicos incluya las concretas pruebas de cargo o incriminatorias que acrediten y justifiquen, según el efecto suasorio o credibilidad que les hayan merecido al

Tribunal, la narración histórica de la sentencia, pronunciándose en la parte dispositiva, según corresponda. (...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL EXCMO. SR. D. ANDRÉS MARTÍNEZ
ARRIETA, RESPECTO DE LA SENTENCIA
RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN
N.º 29/2005, CONTRA LA DICTADA POR LA
AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA,
DE FECHA 30 DE JUNIO DE 2004

Mi disensión con la Sentencia de la mayoría se concreta en los efectos de la constatación de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues, entiendo, esa vulneración declarada debió dar lugar a la absolución del condenado que lo ha sido de forma inconstitucional, por lesión a su derecho a obtener una resolución motivada y, también a sus derechos a una actuación jurisdiccional no arbitraria y observante de su derecho a la presunción de inocencia.

Participo de la argumentación contenida en la Sentencia de la mayoría cuando expone el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y en lo referente al deber de motivación de las sentencias penales. También cuando argumenta que la ausencia de motivación impide entrar a conocer el contenido de la impugnación del recurrente sobre la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, e, incluso, la impugnación por error de hecho en la apreciación de la prueba “pues desconoceríamos qué otras pruebas se han tenido en consideración para declarar un hecho probado...”. También me interesa destacar en la argumentación de este voto particular el razonamiento de la sentencia mayoritaria cuando afirma, y comparto en este caso, “la ausencia de motivación de los hechos declarados probados es flagrante, absoluta e insubsanable”.

Desde la perspectiva expuesta surge la razón de mi disensión. Para la sentencia de la mayoría, el remedio a esa ausencia de motivación “flagrante y absoluta” que impi-

de conocer la prueba valorada, es la nulidad de la sentencia por falta de motivación, remitiendo las actuaciones al tribunal de instancia para que dicte nueva sentencia que satisfaga las exigencias constitucionales en la resolución del conflicto a través de una sentencia.

A mi juicio, y en ello radica mi discrepancia, el único remedio eficaz, en este caso, para satisfacer la tutela judicial efectiva es el de absolver el recurrente que ha sido condenado con vulneración de sus derechos constitucionales. Solo así, entiendo, podremos reparar la vulneración producida al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

Hemos declarado con reiteración que el derecho fundamental a la presunción de inocencia comprende no sólo la constatación de la existencia de una actividad probatoria, también su obtención regular, su carácter de cargo, y que el tribunal exprese la convicción obtenida mediante la expresión de la misma en la fundamentación de la sentencia. Cuando uno de estos elementos falta, convenimos en declarar que el tribunal de instancia no ha observado el contenido esencial del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En la sentencia mayoritaria se llega a la misma conclusión cuando dice que analiza, en primer lugar, el motivo opuesto por falta de motivación, pues de no ser así no podría dar respuesta adecuada a las pretensiones impugnativas deducidas por error de hecho en la apreciación de la prueba “pues desconocemos que otras pruebas se han tenido en cuenta para declarar un hecho como probado”. Es decir, la Sentencia de la que discrepo afirma que en la resolución objeto de nuestra impugnación se ha vulnerado, también, el derecho fundamental a la presunción de inocencia al desconocerse el acervo probatorio tenido en cuenta para la relación fáctica. De lo anterior cabe concluir que si la impugnación hubiera sido planteada por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia hubiera sido estimada. En otras palabras, si la defensa hubie-

ra realizado un planteamiento mas adecuado de su impugnación, la estimación hubiera sido viable. Esta afirmación, obtenida de la sentencia de la que discrepo, nos llevaría, sin mas, a la absolución.

Pero aún prescindiendo de un apoyo en el derecho a la presunción de inocencia, el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva exige que la reparación de su lesión no se limite a la mera constatación de la vulneración, anulando la sentencia para que se dicte otra nueva, pues esa respuesta no respeta el contenido esencial del derecho fundamental. Nos encontramos ante un supuesto de vulneración “flagrante y absoluta” del deber de motivación que debe conllevar, para afirmar la vigencia del derecho fundamental, un efecto absolutorio de quien ha sido condenado con vulneración flagrante de un derecho, pues ésta es la forma mas adecuada de asegurar su vigencia frente a resoluciones judiciales que ejercen la función jurisdiccional con inobservancia de las

exigencias legales y constitucionales, entre ellas, la interdicción de la arbitrariedad.

Con esta solución de anular y mandar repetir el pronunciamiento jurisdiccional el Tribunal Supremo no ocupa su lugar en la jurisdicción. En la resolución de los recursos de casación, en muchas ocasiones, hemos mimetizado la posición del Tribunal Constitucional que, al no ser órgano del Poder Judicial, realiza su función sobre el control de constitucionalidad otorgando al amparo de quien ha sido inconstitucionalmente enjuiciado, retrotrayendo la causa al momento anterior de su vulneración. El Tribunal Supremo, que es el órgano jurisdiccional que culmina la organización judicial, no debe limitar su función a declarar la vulneración sino que, actuando funciones jurisdiccionales, debe reparar los efectos de la resolución inconstitucional, en este caso la condena, cuya reparación y restitución del derecho es la absolución pues ha sido condenado sin observancia de las exigencias legales y constitucionales.

Sentencia 331/2006, Sala de lo Penal del TS, de 24 de marzo de 2006

DELITOS. PRESCRIPCIÓN

Art. 132 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se exponen las posibles interpretaciones de la expresión “cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”, a los efectos de la posible interrupción del plazo de prescripción, ratificándose el Tribunal Supremo en su doctrina, pese a la interpretación que, en sentido diverso, ha sostenido el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 63/2005, de 14 de marzo (recogida en el n.º 16 de la Revista de Derecho Penal). En el mismo sentido, la STS 597/2006, de 11 de mayo. Véase, en este mismo número de la Revista de Derecho Penal, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 25 de abril de 2006.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) 1. Antes de descender a los pormenores del caso es necesario o cuando menos conveniente recordar el estado de la cuestión sobre el conflictivo y poco pacífico tema de la interrupción de la prescripción que resume la sentencia de esta Sala n.º 298 de 14 de marzo de 2003 en los siguientes términos:

Sobre la concreta interpretación de cuándo se considera que “el procedimiento se dirige contra el culpable” existen dos corrientes doctrinales, que han tenido su reflejo en la jurisprudencia de esta Sala:

a) La primera de ellas entiende que no cabe pensar que la querrela o denuncia sean actos procesales mediante los cuales se pueda dirigir el procedimiento contra el culpable y por tanto aptos para interrumpir la prescripción. Dentro de esta tendencia, basta para operar la interrupción una resolución judicial que recaiga sobre tal denuncia o querrela.

Otra línea interpretativa más rígida exige un acto formal de imputación, procesamiento o en el peor de los casos una simple citación del sospechoso para ser oído.

Bastaría, en una concepción más flexible, con la decisión judicial que abre el procedimiento, en tanto en cuanto es presupuesto imprescindible la existencia de procedimiento para poderlo dirigir contra el culpable. La ley establece esa conexión, aunque no señale ni precise la calidad ni la intensidad de la misma, como ha tenido oportunidad de recordar el Tribunal Constitucional (S. Pleno TC n.º 69 de 17 de marzo de 2001). La conexión se produce tras la admisión a trámite de la querrela dados los términos de la misma, ya que esa admisión a trámite sí es una actuación procesal en el sentido propio, susceptible de integrarse, en cuanto a su dominio subjetivo, con los pro-

prios términos de la querrela y entenderse dirigida contra los querrelados. Una muestra de esta tendencia interpretativa sostenida por la Sala Segunda en su línea moderada, de no exigir ningún acto de imputación formal, aparece directa o indirectamente reflejada en SS. de 3 de febrero de 1984; 21 de enero de 1993; 26 de febrero de 1993; 30 de septiembre de 1994; 31 de mayo de 1997; 28 de octubre de 1992; 16 de octubre de 1997; 25 de enero de 1999; 29 de septiembre de 1999; 25 de enero de 2000, entre otras.

b) La segunda corriente interpretativa entiende que la denuncia y querrela con que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento. Si en dichos escritos aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a efectos de la interrupción de la prescripción, sin que sea necesario, para tal interrupción, resolución alguna de admisión a trámite.

Esta segunda tendencia es la sostenida en los últimos años y aparece bastante consolidada en esta Sala. Ejemplo de ello lo tenemos en la SS. 3 de febrero de 1995; 6 de noviembre de 1995, 15 de marzo de 1996; 11 de febrero de 1997, 4 y 13 de junio de 1997; 30 de septiembre de 1997; 30 de diciembre de 1997; 25 de abril de 1998, 29 de julio de 1998; 23 de abril de 1999; 10 y 26 de julio de 1999, 6 de noviembre de 2000, 30 de octubre de 2001, 4 de febrero de 2003 y 5 de febrero de 2003, etc.

2. Esta Sala, por razones fundamentalmente de seguridad jurídica, viene inclinándose de forma decidida por la última de las posturas expuestas.

Según este punto de vista es suficiente para entender interrumpida la prescripción que en la querrela, denuncia o investigación (como sucede en el presente caso) aparezcan nominadas unas determinadas personas

como supuestos responsables del delito objeto del procedimiento.

Así lo explicita la sentencia de esta Sala n.º 879 de 17 de mayo de 2002 que nos dice: "no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito en cuestión cuando este procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o inconcretas o contra personas diferentes de quien interesa la prescripción, pero tampoco es exigible que se dicte auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación mediante la citación a declarar en concepto de inculpado, siendo suficiente para entender interrumpida la prescripción por dirigirse el procedimiento contra el culpable, que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas, como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en que la denuncia, querrela o investigación se dirija contra personas que, aun cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan suficientemente definidas". (...)

Segundo.—Al mantenimiento de tal doctrina no debe oponerse el nuevo criterio interpretativo del art. 132 CP, sostenido por el Tribunal Constitucional en la sentencia n.º 63 de 2005, sobre el alcance de la expresión "cuando el procedimiento se dirija, contra el culpable".

En el fundamento 5.º establece como necesario e imprescindible un acto de interposición judicial, de manera que será únicamente el juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el art. 132.2 del C.Penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión.

En el fundamento 6.º insiste y recalca que "para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querrela sino que se hace necesario que

concurra un acto de intermediación judicial. Así, hemos calificado a dichas actuaciones de parte como meras solicitudes de "iniciación" del procedimiento penal (por todas STC 11/1995, de 4 de julio), lo que implica que en tanto no sean aceptadas, dicho procedimiento no puede considerarse "iniciado" ni, por consiguiente, "dirigido" contra persona alguna....."

Sin embargo, concurren circunstancias de todo orden, para que el art. 5.1.º de la LOPJ que obliga a esta Sala, no actúe implacablemente:

a) se trata de un caso excepcional de presentación de querrela que permanece dormida en el juzgado durante dos años sin adoptar proveído alguno.

b) es un precedente aislado, no dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional y con la concurrencia de votos particulares.

c) el recurso de amparo no se interpone ante una sentencia del T. Supremo, sino frente a una resolución de la Audiencia Provincial.

d) el Tribunal Supremo sigue una sólida línea interpretativa, emanada de las competencias que le son propias conforme al art. 123 de la CE. No es a esta Sala, ni mucho menos, a la que corresponde delimitar el ámbito competencial del Tribunal Constitucional; muy al contrario, en materia constitucional, se limita a someterse a la doctrina general de ese Alto Tribunal, que la propia sentencia menciona y los votos particulares avalan, según la cual "la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad es una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional" (véase por todas STC 63 de 17 de enero de 2001, FJ 7).

e) el M.º Fiscal, después de tal sentencia, sigue manteniendo los mismos criterios que antes sostenía, como se refleja en la instrucción n.º 5/2005 de la Fiscalía General del Estado de 15 de junio de 2005.

Pero independientemente de tales motivaciones hay una fundamental en opinión de esta Sala y es que el caso de autos no contradice aquella doctrina del T. Constitucional, pues a una iniciación del proceso de oficio, según actos de investigación, decididos por el Instructor (actos de interposición judicial) dirigidos contra personas bien delimitadas (nominaciones precisas y concretas) terminan por su citación en calidad de imputados.

En ninguna parte de la sentencia del TC 63/2005 se identifica el acto de interposición judicial o dirección de la investigación con respecto a determinadas personas, con la citación de las mismas en concepto de imputadas. Tampoco se requiere la realización de cualquier acto formal de imputación, como citación en calidad de imputado, procesamiento, escritos de calificación, etc.

Sentencia 354/2006, Sala de lo Penal del TS, de 24 de marzo de 2006

MEDIDAS DE SEGURIDAD. APLICACIÓN

Arts. 99 y 104 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

La Sala de instancia impuso, junto a la pena, una medida de tratamiento externo en centro socioeducativo, a cumplir de acuerdo con lo previsto en el art. 99 del CP (sistema vicarial). El Tribunal Supremo señala que este precepto sólo es de aplicación si la medida comporta privación de libertad y sustituye aquella impuesta por la de internamiento, lo que resulta muy discutible.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Audiencia Provincial de Tarragona dictó sentencia por la que condenaba al acusado como autor de un delito continuado de abusos sexuales previsto en el art. 181.1.º y 2.º y penado en el art. 182, ambos del CP concurriendo la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental del art. 21.1.º en relación con el art. 20.1.º del

CP, imponiéndole la pena de cuatro años de prisión y, asimismo, y como medidas de seguridad “de preferente aplicación” se establece: “1.º El sometimiento externo a centro socio-educativo, incluyendo programas formativos en materia de educación sexual”.

El pronunciamiento condenatorio es recurrido por el Ministerio Fiscal mediante un solo motivo casacional que se formula al

amparo del art. 849.1.º de la LECrim. por incorrecta aplicación de los arts. 96.3, 99, 103, 104 y 105 del CP.

Alega la parte recurrente que la discrepancia con la sentencia radica en que ésta establece el cumplimiento de la medida de seguridad de sometimiento a tratamiento externo en centro socio-sanitario, como medida de seguridad de preferente aplicación o, como se dice en el fundamento cuarto, “con carácter preferente al ingreso en prisión”, pudiendo, además, deducirse que la voluntad de la sentencia es que el tiempo previo de cumplimiento de la medida no privativa de libertad sea abonable al cumplimiento de la pena privativa de libertad. Y esta decisión no se acomoda a las previsiones legales que regulan las medidas de seguridad en el Título IV del Libro I del CP.

El motivo debe ser estimado.

En efecto, el art. 104 del CP dispone que en caso de apreciarse la exigente incompleta del art. 20.1.º del CP, se pueden imponer, además de las penas correspondientes, las medidas de seguridad legalmente previstas, entre ellas la de internamiento, siempre que la pena lo sea de privación de libertad, no pudiendo exceder aquélla la de ésta, y estableciendo, finalmente, que para la aplicación de la medida se observará lo dispuesto en el art. 99, según el cual, en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Estos preceptos son expresamente citados por la sentencia, entre otros, como fundamento legal de la resolución adoptada.

Queda así, patente, que esta posibilidad se encuentra legalmente condicionada a que la medida de seguridad suponga la privación de libertad del afectado, cual es la de internamiento en centro psiquiátrico, de deshabitación o de educación especial previstas en el art. 96.2 del CP, pero no las que no comportan esa privación de libertad, como es la aplicada por el Tribunal “a quo”, que es la establecida en el art. 96.3.º.11.º, de “sumi-

sión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario” o la prevista como “medida no privativa de libertad” en el art. 105.1.f), consistente en sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo profesional, de educación sexual y otros similares.

En consecuencia, la resolución por la que se establece la medida de seguridad de “tratamiento externo en centro socio-sanitario”, y cuyo cumplimiento se efectuará con carácter preferente al ingreso en prisión, no respeta la normativa del Código en la materia que ha quedado consignada.

En esta situación, se abren dos vías: o bien el ingreso en prisión del acusado y el cumplimiento simultáneo de la medida de seguridad de tratamiento externo, o bien establecer la medida de internamiento en establecimiento apropiado para el tratamiento de la afección mental que sufre el acusado, en cuyo caso le serviría de abono para el cumplimiento de la pena de prisión que le fue impuesta.

En tal disyuntiva, pueden conjugarse los diferentes valores en juego, como son la represión del delito, la prevención general que la pena lleva consigo, y la retirada del colectivo social de una persona que constituye un indudable peligro para la comunidad; pero, junto a ello, la consecución del fin prioritario de la medida de seguridad, que no es otro que la desaparición a través del adecuado tratamiento terapéutico, de la peligrosidad del sujeto parcialmente inimputable, que le sirve de fundamento para su aplicación y mantenimiento, tal y como establece el art. 6.º del CP.

Entendemos que el conjunto de consideraciones que han quedado expuestas, fundamentan la doble decisión de esta Sala, por un lado de estimar el recurso, casando la sentencia de instancia en lo que atañe a la medida de seguridad mencionada establecida en la misma, y, por otro, la procedencia de dictar otra nueva en la que se establezca, junto a la pena de prisión, la medida de seguridad de internamiento en centro o esta-

blecimiento adecuado para el tratamiento de la deficiencia psíquica del acusado contemplada en los ya citados arts. 104, 103 y 96 del CP, tal y como había interesado el Fiscal, ahora recurrente, en sus Conclusiones definitivas, que le servirá de abono para el cumplimiento de la pena de prisión a que también fue condenado, teniendo en cuenta

que será sin duda mucho más eficaz el tratamiento aplicado en régimen de internamiento que el que pudiera proporcionar un régimen de prisión con tratamiento intermitente o ambulatorio.

Todo ello sin perjuicio de las facultades que al Tribunal de instancia le otorga el art. 105 y también el 99 del CP.

Sentencia 394/2006, Sala de lo Penal del TS, de 29 de marzo de 2006

DETENCIÓN ILEGAL. POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO

Arts. 163.4 y 167 Código Penal

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

SÍNTESIS

A propósito de una detención ilegal por policía fuera de las horas de servicio, se plantea la cuestión de la posible compatibilidad entre los artículos 167 y 163, número 4, del Código Penal (exceso de celo en la detención por particular, allá donde la ley excepcionalmente se lo autoriza).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El motivo plantea la compatibilidad entre el art. 167 y el art. 163.4.º. No se desconoce la existencia de resoluciones de esta Sala que se han mostrado partidarias de la posible aplicación del tipo de detención privilegiado cuando el sujeto activo se trata de un agente policial, aunque fuera de servicio, en tal sentido se contabilizan las sentencias —SSTS 1120/2000, de 23 de ju-

nio; 72/2003, de 28 de enero; 1516/2004, de 21 de enero de 2005 y 415/2005, de 23 de marzo—. Merece la pena un examen de estas dos últimas sentencias.

La sentencia 1516/2004, de 21 de enero de 2005, se refiere a la detención acordada por un agente policial en el marco de una investigación relativa a una imprudencia con resultado de daños derivado de un hecho de la circulación, en la que acordó, en la propia Comisaría, la detención del presunto

responsable. Abierta causa contra el agente policial por este hecho, la Audiencia calificó de “supina” la ignorancia del agente policial que acordó la detención ante el hecho a investigar que en modo alguno la justificaba, absolviéndole del delito del art. 167 en relación con el 163.4 del Código Penal. Esta Sala de casación estimando el recurso interpuesto por la Acusación Particular razonó que “es evidente que se debió aplicar el art. 167 y 163.4” condenándole en consecuencia a una pena mínima, dado el “carácter supino de la ignorancia de la antijuridicidad” que patentizó el agente policial al acordar la detención en aquel escenario.

La sentencia 415/2005, de 23 de marzo, también acordó aplicar el artículo 167, en relación con el art. 163.3 del Código Penal. Se trataba de una detención acordada por funcionario policial que, con la finalidad de tender una trampa en el marco de una operación de drogas, procede a la detención de una persona, la que fue llevada a cabo materialmente por otros funcionarios policiales avisados por el primero. Esta Sala casacional rechazó la sugestiva tesis de que la detención realmente no se había materializado por la decisión del funcionario imputado sino por la de la dotación interviniente, antes bien estimó que la dotación policial interviniente que actuó a instancias del imputado actuó como mero instrumento de la decisión adoptada en exclusiva por dicho imputado. La aplicación del párrafo 3.º del art. 163 se debió a la duración sobre la que se extendió dicha detención.

Pues bien, la conclusión que se deriva de las dos sentencias analizadas más in extenso es clara en el sentido de que por un lado cuando con plena conciencia de la antijuridicidad de la acción un funcionario acuerda sin causa legal la detención de un particular, no es posible derivar la acción al supuesto privilegiado del párrafo 4.º del art. 163, y por otro lado, en orden a la autoría es evi-

dente que ésta se concentra en el que decide la detención y que ejerce el dominio de la acción y no en la dotación policial que materialmente y siguiendo las instrucciones de aquél la lleva a cabo presentando al detenido en la Comisaría.

Con más claridad podemos citar la sentencia 1585/2003, de 30 de diciembre, de 2003, que excluye la aplicación del artículo 163.4 en los supuestos de ejercicio abusivo y desviado, y por tanto doloso de las funciones de policía en ejercicio de tal, estimando que el sujeto activo del artículo 163.4 sólo puede ser un particular. También se pueden citar las sentencias 666/2001, de 10 de abril y 435/2001, de 12 de marzo de 2001, en la primera se excluye la aplicación del párrafo 4.º del artículo 163 cuando el sujeto activo sea un miembro de la policía, y en la segunda, se mantiene la aplicación del párrafo 4.º por respeto a la interdicción de la “reformatio in peius” pero como obiter dicta se declara la incompatibilidad entre el artículo 167 y el 163.4.

En conclusión, resulta indudable el ejercicio doloso y abusivo de la condición de policía por el recurrente, y como tal, resulta imposible acogerse a la figura privilegiada de la detención hecha por particular del art. 163.4.º, antes bien, es correcta la aplicación del art. 167 en relación con el art. 163.1.º Código Penal, como se efectúa en la sentencia, pues lo que efectuó el recurrente no es ni más ni menos que la entrega de unas personas detenidas por él a la dotación policial que allí aparece a consecuencia de la situación creada por la antijurídica acción de los recurrentes, para que esa dotación lo lleve a cabo —como así hizo—, trasladándoles a la Comisaría, perpetuándose en el tiempo la detención acordada por el recurrente, con la colaboración inerte, por así decir, y totalmente instrumental de la dotación que creyó la realidad de lo que le decía el recurrente.

El motivo debe ser desestimado.

Sentencia 440/2006, Sala de lo Penal del TS, de 7 de abril de 2006

DELITOS. CONSPIRACIÓN

Art. 17 Código Penal

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

SÍNTESIS

A propósito de un supuesto de conspiración para el delito de homicidio, se analizan ésta y las otras dos formas (proposición y provocación) de actos preparatorios excepcionalmente punibles que recogen los artículos 17 y 18 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El tercer motivo del recurso, formalizado por estricta infracción del ley, del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de los artículos 141, 17.1 y 138, todos ellos del Código Penal.

Se reprocha en definitiva la subsunción jurídica de los hechos declarados probados como constitutivos de un delito de conspiración para cometer un delito contra la vida.

Los arts. 17 y 18 del Código Penal contemplan lo que doctrinalmente se ha venido llamando resoluciones manifestadas de voluntad, que tienen en común con los actos preparatorios el quedar fuera de la ejecución o materialización del delito, en tanto en cuanto no afectan al núcleo del tipo, ya que el sujeto realiza una manifestación de voluntad, cuya naturaleza inmaterial les distingue de los auténticos actos preparatorios.

Tanto respecto a los actos preparatorios, como a las resoluciones manifestadas, rige

la norma general de la no punición. Sólo excepcionalmente se castigarían estas últimas cuando de forma expresa los prevea la Ley (véase el art. 17.3.º y 18.2.º del CP). En la conspiración y provocación, los términos de la Ley parece que no originan dudas respecto a la intervención asignada a los conspiradores y provocadores.

La conspiración existe, según la ley, “cuando dos o más personas se concierten para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo” (art. 17.1.º del CP). Nos hallamos, pues, ante la denominada “coautoría anticipada”, en la que se prevé la intervención de todos los conspiradores en la realización material del hecho delictivo, sea cual fuere el cometido o la parte del plan acordado que les haya tocado ejecutar a cada uno de los concertados.

La provocación, por su parte, “existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de per-

sonas, a la perpetración del delito” (art. 18.1.º del CP). Es obvio que en este caso, referido a una incitación intensa, de indudable amplitud y fuerza difusora, el provocador no pretende cometer el hecho delictivo, quedando al margen del mismo, en la esperanza de que el mensaje lanzado, pueda ser asumido por alguno de los indeterminados destinatarios.

Por último “la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo”. Realmente se trata de una “inducción frustrada” o “tentativa de inducción”. En los términos en que la describe la ley, no resulta claro afirmar si tiene o no que participar personalmente en el hecho proyectado el que realiza la propuesta, o por el contrario ésta debe realizarla materialmente el instigado o requerido sin necesidad de intervenir el proponente. Sobre el particular está dividida la doctrina y la jurisprudencia, según expone nuestra Sentencia 1994/2002, de 29 de noviembre, aunque no es éste el objeto de esta resolución judicial, por lo que a ella nos remitimos.

Siguiendo, en cambio, a la STS 1129/2002, de 18 de junio, que mantiene una línea jurisprudencial poco discutida respecto a la conspiración, hemos de indicar primeramente y con carácter general lo siguiente: 1.º Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como un delito de “dinámica propia”, no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o “dependiente” de otro que podemos llamar “principal”, o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente “mediato” y no “inmediato”, de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro. 2.º Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el artículo 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la “ejecución de un delito” y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pre-

tendido (delito “matriz”). 3.º Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución. 4.º Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de “condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia” cual son, no sólo el carácter previo o “pactum scaeleris” entre esas formas sino también la decisión de su efectividad o “resolutio finis”.

La conspiración, como resolución manifestada de voluntad, es de algún modo, un tipo de iniciación al delito, que para diferenciarlo de la tentativa, se ha de precisar que, mientras ésta, es la progresión en un grado de ejecución del delito, aquélla es la progresión en un grado de ideación, que necesita del oportuno concierto de voluntades, serio y real, para la ejecución de un delito, sin que sea preciso que exista en ese momento un diseño acabado del modo de realizar la acción delictiva, esto es, un reparto de papeles, la fecha de la perpetración, el escenario concreto, ni siquiera el objetivo personal (si se trata de las previsiones del art. 141), pues queda fuera de toda duda que si lo concertado es matar a un hombre, cualquiera que sea su identidad (a veces a un miembro de un determinado cuerpo de seguridad, en acciones terroristas), es evidente que se cumplen todos los requisitos que la ley penal construye para su punición.

De otro lado, obsérvese que tanto la propia tentativa, es decir, en grado de progresión ejecutiva, como la resolución manifestada de voluntad (conspiración), en grado de progresión de ideación criminal, se castigan con la misma pena: pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito “consumado”. En ambos casos, la razón que justifica este tratamiento es la misma: el peligro que ambas progresiones re-

presentan ya para el bien jurídico protegido por la norma penal.

Ahora bien, así como el art. 62 del Código Penal nos da una pauta para la individualización penológica en caso de tentativa, fundada en parámetros de gravedad frente a dicho bien jurídico, y que se traducen en el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado, no existe precepto similar para el caso de las resoluciones manifestadas de voluntad, por lo que se aplicará, en consecuencia, los propios parámetros, de modo que esta cuestión tendrá su importancia en el motivo siguiente.

Con relación al motivo que ahora resolvemos, no puede prosperar, en tanto que las

expresiones que se recogen en el “factum”, son constitutivas de tal conspiración, “¡vamos a matarlo!”, “el Gordo no vuelve más”, señal inequívoca de su resolución de eliminarle, “no tenemos que decir estas cosas por teléfono” (que da idea de que lo hablado les compromete incriminatoriamente), locuciones todas ellas de donde extrae el Tribunal de instancia, la intención de matar a Paulino, y que aquí debe ser mantenida, sin que pueda acogerse el reproche que hace el recurrente acerca de la existencia de “dos pepes en las conversaciones”, pues ambos estarían protegidos por el derecho penal, como ya hemos expuesto al dar respuesta al motivo anterior.

Sentencia 411/2006, Sala de lo Penal del TS, de 18 de abril de 2006

ERROR INVENCIBLE

Art. 14.3 Código Penal

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

SÍNTESIS

A propósito de un delito de abuso sexual de una niña de 12 años, el desarrollo intelectual de ésta, unido al retraso cultural del autor, lleva al Tribunal Supremo a considerar invencible (y no vencible, como apreció la Sala de instancia) el error del sujeto en relación a la significación jurídica de su conducta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El motivo cuarto por infracción de Ley art. 849.1 de la LECrim. por considerar indebidamente aplicado el art. 14.3 del CP al apreciarse el error de prohibición en su modalidad de vencible, en lugar de invencible.

Argumenta el motivo que la sentencia recurrida estima probado que el acusado, de 24 años de edad, presentaba un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica, y en el Fundamento Jurídico tercero que Carlos Antonio tenía en convencimiento sincero de que las relaciones sexuales mantenidas con

la menor de tres años no constituían un ilícito penal, dado que en su país, Ecuador, hay personas que contraen matrimonio a esa edad, convencimiento que la Sala extrae del examen psicológico efectuado al proceso por los médicos forenses que valoran su sinceridad en este punto.

Partiendo de lo anterior, del escaso nivel cultural del acusado, las condiciones psicológicas y su falta de madurez, el error apreciado en la sentencia, considera el recurrente, debió serlo en su modalidad de invencible, pues teniendo en cuenta la realidad social vivida por acusado y víctima, los dos ecuatorianos, pertenecientes a una cultura que permite y consiente las relaciones y matrimonios con personas de doce y tres años, no pida el recurrente haber subsanado su error acerca de la ilicitud del hecho.

Constituye doctrina reiterada de esta Sala (STS 10-10-2003), que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 del CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aún cuando concorra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta.

Como decíamos en la STS. 601/2005 de 10 de mayo, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y como recuerdan las SSTS

17/2003 de 15 de enero, 755/2003 de 28 de mayo y 861/2004 de 28 de junio, la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS 457/2003 de 14 de noviembre, declara que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 del Código Penal.

También la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible (SSTS de 20-2-1998, 22-3-2001, 27-2-2003), afirmando reiteradamente que “no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas” (STS de 11-3-1996, 3-4-1998), añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorantia iuris non excusat, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemen-

tal, cuya ilicitud es “notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada” (STS de 12 de noviembre de 1986, 26 de mayo de 1987). El señalado distinto tratamiento del error, según se trate de infracciones de carácter natural o formal, se analiza en STS de 7 de julio de 1987, recordando que si tradicionalmente se ha venido afirmando que el Derecho vale y se impone por sí mismo y no por la circunstancia de ser o no conocido por sus destinatarios, esta construcción, que hipervalora el principio de defensa social, perdió fuerza al hacerse distinción entre aquellas conductas definidas en el Código, que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural (las acciones que la doctrina de los canonistas denominaba mala in se) y los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad (los actos mala quia prohibita). Desde esta perspectiva es claro que la ilicitud del trato sexual entre adultos plenamente capaces y niñas de edad tan escasa como la de doce años cuya capacidad de discernimiento todavía no se encuentra mínimamente formada es hoy notoriamente evidente y de conocimiento general.

Por otra parte, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (S 29-11-1994), de la misma manera y en otras palabras (SSTS 12-12-1991, 16-3-1994, y 17-4-1995) que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.

En definitiva la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis nos dice la STS 302/2003 de 27 de febrero debe efectuarse sobre el caso con-

creto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

En el supuesto que analizamos la sentencia recurrida en el apartado relativo a Hechos Probados recoge expresamente que “el procesado era conocedor de la edad que tenía Evelyn aunque desconocía que este acto pudiera ser delictivo, igualmente que “en el momento de los hechos la menor de edad presentaba una madurez mental superior a su edad cronológica”, “por su parte, el acusado, que no sufre alteración de sus facultades mentales y tiene un coeficiente intelectual normal, presentaba un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica”. Consecuente con tal declaración fáctica en el Fundamento Jurídico Tercero razona la concurrencia del error de prohibición, si bien lo califica como vencible por cuanto que el procesado con todas sus limitaciones, tenía la posibilidad de haber despejado cualquier duda sobre el particular dado que conocía la edad exacta de la menor y había entablado una previa relación de amistad, durante varias semanas, antes de mantener relaciones sexuales con ella”.

Quinto.—Para el juicio de la vencibilidad (o excusabilidad) o invencibilidad (o inexcusabilidad) del error, hay que evitar, ante todo, que por un apego radical a la literalidad del concepto de invencibilidad —equiparándolo a absolutamente insuperable o irresistible), haga realmente difícil imaginar una situación a la que pudiera aplicarse.

Se trata, en efecto, de comprobar si el error —que la Audiencia considera probado— en que incurrió el recurrente hubiera podido superarse empleando una diligencia objetiva y subjetivamente exigible.

Para ello habrán de tenerse en cuenta varios parámetros:

—la apariencia de legalidad de la conducta—.

Ya hemos señalado como en aquellos delitos denominados naturales, que reprueban la practica totalidad de las culturas o cuya ilicitud puede considerarse notoria en un circulo cultural determinado, resulta muy difícil apreciar la invencibilidad y aún el error mismo de prohibición.

Otras veces, los medios de comunicación social se encargan de generalizar la ilicitud de otros comportamientos delictivos respecto de cuya nocividad la sociedad no está tan sensibilizada. Esta suerte de notoriedad en sentido amplio facilita un conocimiento que asimila estos casos al de los más característicos delitos naturales.

A las circunstancias objetivas indicadas han de sumarse las subjetivas del agente: entran en juego sus conocimientos personales, su nivel de desarrollo personal y las pautas que rigen en su entorno cultural en caso de tratarse de personas extranjeras:

—la vencibilidad del error—.

Para valorarla la doctrina más autorizada considera que deben tenerse en cuenta varios factores.

a) La urgencia de actuar: la inaplazabilidad de la decisión dificultará la posibilidad de acudir a los medios que pudieron proporcionar mayor información al agente.

b) La accesibilidad —abstracta y concreta, objetiva y subjetiva— al medio de información capaz de deshacer el error.

Sexto.—Pues bien, en el caso que analizamos nos encontramos, con dos personas de nacionalidad ecuatoriana, una menor entre 12 y 13 años con una madurez mental superior a esa edad —los médicos forenses en el acto del juicio señalaron que presenta una personalidad y mentalidad muy madura, aproximadamente representaría 17 años y

conocía lo que eran las relaciones sexuales y sus consecuencias, y el acusado de 24 años con un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica, hasta el punto de que la propia sentencia, fundamento derecho primero, admite que incluso los factores psicológicos, puntualmente observados, apuntan a un mayor grado de madurez en la víctima que en el acusado, y una única relación sexual entre ambos, que se consideraban mutuamente novios, no solo consentida por la menor, sino que incluso los informes antes indicados consideran que era ella quien en esa relación presentaba una personalidad más fuerte y llevaba las riendas de la relación, siendo especialmente significativas sus manifestaciones tanto en la exploración judicial en el mes de octubre de 2004, nada más ocurrir los hechos, (“que está bien, que quiere a su novio, que le considera como su novio, que le quiere y por eso lo hizo, que él no la forzó”), como en el plenario de 21.1.2005, (“conocía en qué consistían las relaciones sexuales, estaba informada por el Colegio. Acudieron a casa de Carlos Antonio. El acusado no le hizo ninguna propuesta, tampoco hablaron de acostarse, comenzaron a besarse y era algo que apetecía a los dos. Su relación con Carlos Antonio fue voluntaria y consentida.. No se sintió presionada y sabía lo que era la relación sexual y sus consecuencias...”).

Siendo así, la calificación como vencible del error de prohibición del procesado que la Sala sentenciadora infiere del conocimiento de la edad exacta de la menor y de haber entablado una previa relación de amistad con ésta, durante varias semanas, antes de las relaciones sexuales, no puede ser compartida.

La edad de la menor “de camino a 13 años”, según expresión del procesado, está justo en el límite de la presunción del art. 181.2 del CP e incluso hubiera determinado antes de la reforma de la LO 11/99 de 30.4, que elevó el límite de 12 a 13 años, la no

tipicidad, al menos por dicho precepto, de la conducta imputada al recurrente.

La previa relación de amistad con la menor antes de mantener la relación sexual no tiene especial incidencia sobre la vencibilidad del error, no solo porque, según el relato fáctico, aquella relación de amistad se entabló “durante el mes de septiembre” y los hechos sucedieron el día cinco de octubre del mismo año, sino porque dadas las circunstancias del hecho y las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y la realidad social de acusado y víctima, los dos ecuatorianos y pertenecientes a una cultura en la que las relaciones de este tipo son per-

mitidas y toleradas, tal como la sentencia refiere en el Fundamento Jurídico tercero, en base a las declaraciones tanto del acusado como de la propia menor y su madre, aquella relación previa, en la que la menor llevaba la iniciativa, no podría haber subsanado el error del acusado en orden a la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal.

Séptimo.—Consecuentemente, el motivo debe ser estimado, absolviendo al recurrente del delito por el que había sido condenado, con declaración de oficio de las costas causadas, art. 901 de la LECrim.

Sentencia 415/2006, Sala de lo Penal del TS, de 18 de abril de 2006

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS. DILIGENCIAS INDETERMINADAS

Art. 579 LECrim.

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la posibilidad de adoptar en el marco de unas diligencias indeterminadas la intervención de las comunicaciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Respecto a la alegación de que el auto inicial de 5-8-2003 dictado por el Juzgado de Instrucción de Zaragoza —que se encontraba de guardia— fue dictado en diligencias indeterminadas 117/03, así como las sucesivas resoluciones acordadas por el Juzgado de Instrucción n.º 5, —al que correspondió por turno de reparto— que lo fueron en el marco de las diligencias indetermi-

nadas 108/2003, hasta el auto de 15-12-2003 de proroga de las intervenciones telefónicas, por el que se incoan diligencias previas 5865/2003 y se decreta, conforme a lo establecido en el art. 302 de la LECrim, el secreto de las actuaciones, debemos recordar que la legitimidad constitucional de la intervención de las comunicaciones telefónicas requiere que la decisión de injerencia la adopte la autoridad judicial “en el marco de un proceso” (STC 166/99).

Se ha planteado en pocas ocasiones si esta exigencia queda cumplida cuando la decisión judicial se produce no en uno de los procedimientos criminales legalmente previstos, sino en las llamadas “Diligencias Indeterminadas”.

La respuesta dada a la cuestión es que la adopción de la decisión de injerencia en el marco atípico de las discutibles “diligencias indeterminadas” no implica de suyo vulneración del derecho fundamental, pues lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control de decisión judicial “tanto el control inicial, pues aún cuando se practique en esta fase sin conocimiento del interesado, que no participa en ella, aquel ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el art. 124.1 CE, como el posterior (cuando se alza la medida, por el propio interesado que ha de poder conocerla e impugnarla)” (STC 126/200).

Este criterio, sin embargo, se aviene mal con la operatividad de las “diligencias indeterminadas” en las que no suele darse intervención a nadie, ni siquiera al Ministerio Fiscal, el cual, de tal suerte, no puede llevar a cabo el control inicial.

No obstante cabe aceptar que la garantía en que consiste la exigencia de que la autorización judicial de injerencia sea dictada en un proceso “único cauce que permite hacer controlable.... la propia actuación judicial” (STC. 49/99), no se ve afectada por el hecho de dictarse en “diligencias indeterminadas” cuando éstas se unen “al proceso judicial iniciado en averiguación del delito, satisfaciendo así las exigencias de control del cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en una permanencia y por ello, constitucionalmente inaceptable, secreto” (STC 49/99).

Doctrina que sería aplicable al caso presente en que las diligencias indeterminadas 117/03 y 108/2003 se incorporan a las diligencias previas 5865/2003.

En este sentido la sentencia de esta Sala n.º 1655/2002 de 7 de octubre, sienta una doctrina general para rechazar la censura de la nulidad de la resolución judicial porque

ésta se dispuso en unas diligencias indeterminadas y no en un procedimiento de diligencias previas, reiterando que para rechazar la censura bastará con reiterar una vez más que la doctrina insistente y pacífica de esta Sala establece la necesidad de que la intervención telefónica se adopte por la Autoridad judicial en el seno de un procedimiento judicial penal, cualquiera que sea la naturaleza de éste de las distintas que se regulan en las disposiciones de la LECr., sin que en ningún caso haya óbice o impedimento para que la autorización se adopte por el Juez en el marco de unas diligencias indeterminadas y, claro es, siendo absolutamente irrelevante que ello pueda realizarse incluso de manera inmediata a la incoación del procedimiento judicial de que se trate.

Así, la STS de 26 de septiembre de 1995 declara que “las denominadas en el uso forense Diligencias Indeterminadas, que también podrían denominarse de Asuntos Indeterminados o Varios, puede constituir un apartado específico de los libros registrales de un Juzgado de Instrucción, pero siempre que se utilicen para anotar aquellos asuntos que no tienen un encaje fácil en los libros de asuntos ordinarios o generales. La llevanza de un libro de Diligencias Indeterminadas responde a exigencias meramente administrativas o burocráticas del órgano que la practica, sin más trascendencia que la constancia fehaciente de una actuación judicial que no está encaminada a la investigación de un hecho criminal”.

A pesar de ello; a pesar de que la normativa procesal vigente sólo admite la incoación de asuntos penales por la vía de las Diligencias Previas o Sumarios, una sólida línea doctrinal de esta Sala ha justificado la incoación de unas Diligencias Indeterminadas para la intervención telefónica, “ya que lo esencial y decisivo es que haya una motivación suficiente que justifique la medida, siempre que el que definitivamente decida la cuestión, sea el Juez competente para conocer el proceso”. Criterio éste que viene a ratificar el expresado en otras resoluciones anteriores y posteriores a la sentencia cita-

da. Así, la STS de 11 de octubre de 1994, al tratar de esta cuestión, habría establecido con rotundidad “que no afecta a la corrección de la intervención la forma que adopten las diligencias “judiciales” (pero siempre judiciales, sentencia de 25 de junio de 1993) si de alguna manera responden a un cauce procesal adecuado a su control, por lo que el término “causa” ha de entenderse en su sentido amplio” (sentencias de 5 y 15 de julio de 1993).

Si, como este Tribunal Supremo sostiene, el Libro de Diligencias Indeterminadas responde a exigencias meramente administrativas o burocráticas sin más trascendencia que la constancia de una actuación judicial, ninguna diferencia relevante distinguirá dicho Libro del Libro de Registro General en el que se asentaron y radicaron las Diligencias Judiciales de carácter penal que se iniciaron por el Juzgado de Instrucción al recibir la solicitud policial de intervención telefónica. Y si, como también afirma esta Sala, lo esencial y decisivo para la intervención telefónica es la existencia de una resolución judicial suficientemente motivada adoptada por el Juez competente, siendo indiferente la forma o denominación de las Diligencias en que tal medida se adopte, siempre que se trate de Diligencias Judiciales susceptibles de control procesal; si ello es así, decimos, ninguna razón parece advertirse para que las Diligencias Judiciales abiertas por el Juzga-

do de Instrucción en cuyo seno se dictó el Auto de 3 de mayo de 1994 acordando la intervención telefónica, merezcan un tratamiento distinto del que esta Sala otorga a las Diligencias Indeterminadas.

Así se deduce de la Sentencia de esta Sala de 28 de febrero de 1997 cuando, al analizar un supuesto en el que se dictó Auto de entrada y registro domiciliario —equivalente al caso presente— en el marco de unas Diligencias Indeterminadas, la Sala rechaza la impugnación del recurrente significando que “poner el acento en el nombre del procedimiento judicial en que recae el Auto autorizando la restricción de tal derecho, que no es absoluto, como no lo es ninguno, y que puede ser sacrificado dentro de una sociedad democrática conforme al art. 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y al art. 8.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, carece de fundamento. Exigir que el procedimiento en que se dicte tal acuerdo por el Juez se denomine con una determinada designación y no con otra, carece de toda lógica y sentido y supone caer en un puro nominalismo, cuando en cualquier supuesto se ha cumplido el mandato constitucional para acordar tal medida, en cuanto existe resolución judicial” (véase STC de 16 de mayo de 2000).

El reproche no puede ser acogido.

Sentencia 442/2006, Sala de lo Penal del TS, de 18 de abril de 2006

EXIMENTES. LEGÍTIMA DEFENSA

Arts. 20.4.º y 21.1.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Asigna eficacia semieximente (acudiendo al art. 21.1.º del CP: eximente imcompleta) a un caso de error (vencible) sobre la existencia de una agresión (legítima defensa putativa).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) El acusado formula contra la sentencia condenatoria un primer motivo de casación por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECr., por vulneración del art. 21.1, en relación con el 21.4 del CP, alegando a tal fin que en la actuación del recurrente concurre la eximente incompleta de legítima defensa al entender que el acusado actuó en defensa de su mujer que estaba forcejeando con un hombre del que desconocía su condición de policía, por lo que, aunque la mujer no era objeto de una agresión ilegítima, dada la condición del supuesto agresor de funcionario policial en el ejercicio de sus funciones y obligaciones, el acusado desconocía esta condición, interpretando erróneamente una situación de agresión ilegítima que motivó su actuación defensiva.

Segundo.—En realidad, lo que aquí se suscita es el tema de la legítima defensa putativa, que, por su propia naturaleza, se encuentra estrechamente vinculada al error, que afecta a la culpabilidad y que consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente, determinada bien por recaer sobre la norma prohibitiva —lo que constituye lo que se llama error de prohibición directo—, bien por incidir sobre una causa de justificación, como es la legítima defensa, y que se denomina error de prohibición indirecto y, en uno y otro caso el efecto que se determina, de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 14 del Código Penal es la exclusión de la responsabilidad criminal si el error es invencible, o una disminución en uno o dos grados de la pena si es vencible. La jurisprudencia ha venido marcando la precisión de que se pruebe la existencia del error y

que se atienda, cuando la existencia de error se alegue, a las circunstancias de cada caso concreto refiriéndose a las circunstancias culturales y psicológicas concurrentes en quién pretenda haber obrado con error, cuya invocación por otra parte, es inadmisibles cuando se refiera a infracciones que son generalmente conocidas como patentemente ilícitas y, por otro lado, sin que sea preciso para excluir el error que el agente del hecho haya de tener plena seguridad de que actúa ilícitamente, bastando con que sea consciente de existir un alto grado de probabilidad de que su conducta sea antijurídica (véanse SSTs de 17 de mayo de 1999, 1 de marzo de 2001 y 10 de diciembre de 2004).

En el presente caso, y a la vista de las circunstancias que se describen en el “factum” sobre el modo en que se desarrollaron los hechos y las deficiencias de audición y expresión del acusado (según se complementa en el F.J. Sexto), debe entenderse que el error recayó sobre el componente esencial de la legítima defensa, incluso cuando opere como eximente incompleta: la agresión ilegítima. Y aunque se considerara que el error sobre tal elemento pudiera haber sido vencido, aún así no deja de constar la existencia, aunque meramente putativa con error vencible, del requisito de la agresión ilegítima, que en la creencia errónea del autor, provenían de actos que constituían una amenaza contra la integridad física de su esposa, actual, directa e injustificada, por lo que en la óptica del acusado se hizo necesaria y adecuada la acción defensiva de aquélla, de manera que, en tales circunstancias debe estimarse el motivo, y apreciar la concurrencia de la semieximente postulada.

Sentencia 571/2006, Sala de lo Penal del TS, de 21 de abril de 2006

RETROACTIVIDAD

Art. 2.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

De conformidad con el Acuerdo del Pleno de la Sala, de 25 de octubre de 2005, se extiende la retroactividad de la ley posterior más beneficiosa al caso de modificación de cuantías, en particular la que establece el carácter delictivo de la infracción tributaria, como sucedió con la modificación del Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los dos motivos formalizados, ex artículos 849.1 y 852, ambos LE-Crim., pueden ser tratados conjuntamente puesto que son interdependientes. En el primero se acusa la errónea interpretación de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 15/2003, con cita de sus disposiciones transitorias y del artículo 2.º del CP, mientras que el segundo denuncia esa misma interpretación desde la perspectiva del artículo 9.3 de la CE en relación con el artículo 25.1, también de la Constitución, y el citado del Código Penal.

El recurso, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, discrepa del Auto de la Audiencia Provincial porque entiende que la condena impuesta en su momento debe ser revisada en atención a la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003 (en vigor desde el 1-10-2004) que destipifica el hecho objeto

de la condena por el segundo delito contra la Hacienda Pública (artículos. 349 del CP de 1973, que fue el aplicado, y 305 del CP vigente), reformado posteriormente por la Ley Orgánica citada, todo ello en atención al principio de retroactividad de la ley más favorable que proclama el artículo ya referido 2.2 del CP. En efecto, la LO 15/2003 ha modificado el Código Penal en múltiples aspectos, elevando también con carácter general las cuantías de los tipos penales, que en el caso concreto de los delitos contra la Hacienda Pública han quedado fijadas en ciento veinte mil euros (antes de la reforma eran quince millones de pesetas) para los tipos de los artículos 305 y 307 del CP, en defraudaciones a la Hacienda Pública estatal y a la Seguridad Social, lo que determina la destipificación de hechos anteriormente típicos que ahora no alcancen tales cuantías mínimas de defraudación. Por otra parte, la LO mencionada ha recogido expresamente en sus Disposiciones Transitorias Primera y

Segunda lo relativo a la aplicación retroactiva de la reforma, disponiendo, Disposición Transitoria Primera, que aquélla tendrá aplicación retroactiva en relación con los delitos y faltas pendientes de enjuiciamiento, de resultar más beneficiosa para el reo su aplicación, aún cuando los hechos hubieren sido cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la misma y para determinar la ley más favorable deberá tenerse en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con aplicación de las normas completas del CP y de la reforma, mientras que la Disposición Transitoria Segunda atribuye a los Juzgados encargados de la ejecución la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de la LO 15/2003, cuando dispone que procederá la revisión de las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial, no revisándose aquéllas sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida, además de otras precisiones contenidas en la referida Disposición Transitoria. Siendo ello así, si la pena se encuentra pendiente de ejecutar o está en fase de ejecución, la revisión de la condena está prevista expresamente por el Legislador, que es lo que sucede en el presente caso, siendo aplicable por ello el artículo 2.2 del CP que establece con carácter general el efecto retroactivo de aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena, luego a falta de una disposición legal que declare la irretroactividad de una norma penal más favorable debe aplicarse el principio general mencionado. Así se entendió también, en línea de principio, por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en Acuerdo de 25-10-2005, que sienta la aplicabilidad del principio de retroactividad de la Ley Penal más favorable a los delitos contra la Hacien-

da Pública, en relación con la cuantía defraudada (aunque es cierto que el supuesto se refería a una sentencia dictada por la Audiencia pero pendiente de recurso de casación).

Es cierto que las disposiciones penales dictadas en atención a la modificación de las cuantías establecidas en los respectivos tipos penales, tienen generalmente una vocación de temporalidad en la medida que responden a la actualización de los ciclos económicos y a la desvalorización de la moneda, sin que supongan modificaciones de la acción penal típica o distinta valoración de la reprochabilidad de aquélla, como con razón sostiene la Audiencia. Sin embargo, las leyes temporales se caracterizan porque llevan incorporado el plazo de vigencia, es decir, nacen con una limitada vigencia temporal, fijada de antemano o condicionada a la existencia de determinadas situaciones especiales, lo que indudablemente tiene importancia preferentemente en el Derecho Penal económico. Pero no siendo posible hacer una interpretación analógica del último inciso del apartado segundo del artículo 2.º del CP en el sentido de extender la consideración técnica de Ley temporal a otras disposiciones donde no esté prevista en la forma indicada dicha temporalidad, no es posible concluir como hace la Audiencia en el sentido de prescindir del alcance del artículo 2.2 del CP y de la Disposición Transitoria Segunda de la LO 15/2003. En este sentido, ver también los criterios sentados en la Circular de la Fiscalía General del Estado n.º 1/2004 que interpreta las modificaciones introducidas por dicha LO, siguiendo en gran medida los precedentes sentados por el Tribunal Supremo y por Circulares/Instrucciones anteriores.

Tampoco la suspensión del cumplimiento de la pena acordada en el presente caso tiene el alcance técnico al que se refiere la Disposición Transitoria Tercera referida más arriba (suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad ex artículo 80 del CP, o bien, las previstas en los casos de indulto y

recurso de amparo acordada por el propio Tribunal Constitucional).

En síntesis, la Audiencia analiza la cuestión desde la perspectiva de la disposición más favorable sin tener en cuenta que cuando la acción ha dejado de ser típica,

aún cuando se trate de modificar una condición objetiva de punibilidad, y la sentencia no haya sido ejecutada en su aspecto penal, el principio aplicable es el de la retroactividad de la segunda disposición más favorable.

Sentencia 479/2006, Sala de lo Penal del TS, de 28 de abril de 2006

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE CIUDADANOS EXTRANJEROS

Art. 318 bis Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Se interpreta en la sentencia el alcance de la conducta típica del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina previsto en el art. 318 bis del CP, concluyendo que los hechos realizados por el imputado no realizan el tipo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Pues bien, el “factum” relata que el acusado, marroquí residente en Francia, se encontraba de vacaciones en la aldea de Jorf (Marruecos) al que su hermano Leonardo le informó de su propósito de trasladarse a España, pidiéndole que le ayudara a encontrar a alguien que pudiera facilitarle la entrada, para lo que, conociendo perfectamente el acusado que su citado hermano carecía de documentación que le autorizara para ello, le puso en contacto con una persona no identificada, cuya participación en los hechos no se enjuicia y a la que se refieren ambos como Darío, que Lucas conocía que

se dedicaba habitualmente al tráfico ilegal de inmigrantes con destino a Europa, lo que es del público conocimiento de todos los habitantes de esa zona, al que pagó el posteriormente fallecido Don Leonardo, con dinero de toda la familia, lo que cobraba dicho señor por esta actividad.

La sentencia describe cómo el 23 de mayo de 2004 el acusado y su hermano partieron en una furgoneta del llamado Darío, conducida por éste y en la que también viajaban otras cinco personas que también pretendían entrar ilegalmente en nuestro país. Llegados a Tanger, el conductor procedió a meter a los seis inmigrantes ilegales en un doble fondo que tenía practicada la furgone-

ta al efecto, hueco éste que era de dimensiones bastante reducidas y carecía de ventilación suficiente como para albergar a seis personas, dirigiéndose, sobre las 20:00 horas, con los inmigrantes escondidos en ese lugar, al puerto de Tánger, donde cogieron las nueve personas un barco que les llevó a Algeciras, viajando la furgoneta con los inmigrantes ilegales metidos en el doble fondo en la bodega, y pasando la correspondiente inspección de aduana en esta última localidad a las 2:31 horas del día 25 de mayo de 2004.

La sentencia recurrida fundamenta la aplicación del art. 318 bis, 1 y 3 del CP, consignando que la amplitud de conductas castigadas, según se desprende del tenor literal de dicho precepto, y, además, el hecho de que puedan éstas cometerse “directa o indirectamente” hacen que proceda declarar efectivamente responsable del mismo al hoy acusado, aún reconociendo que existió al menos otra persona que asumió en la operación un papel de dirección efectiva, pues, pese a ello, lo cierto es que Don Lucas no se limitó únicamente a acompañar a su hermano en el viaje, él sentado en el vehículo, por tener los documentos que autorizaban su viaje y el hermano escondido en el doble fondo de una furgoneta, sino que, muy al contrario, incluso admitiendo como ciertas las manifestaciones del acusado, resultaría que fue el propio Don Lucas quien se puso en contacto con la persona a que llama Don Darío —tal y como admitió el acusado expresamente en el juicio—, acompañó a su hermano a verle, a dicho señor se pagó —según dijo también, a preguntas de su defensa— con dinero de toda la familia, por lo que debe entenderse que también parte del dinero podría ser suyo, sobre todo porque el padre, según se desprende de sus declaraciones también en el juicio estaba en Francia y no sabe de dónde salió el dinero, e hizo el acusado todo el viaje con ellos, esto es, con el tal Sr. Darío, la otra persona no identificada y los seis inmigrantes ilegales, para asegurarse —siempre según sus propias manifestaciones— de que su hermano llegaba

efectivamente a España, pues no se fiaba del Sr. Darío, cuya actividad ilícita de dedicarse habitualmente al tráfico ilegal de personas era perfectamente conocida tanto por el acusado como por prácticamente todos los habitantes del pueblo en que vivía su familia, tal y como ratificaron en el juicio tanto el padre del acusado, Don Lucas como los también testigos Don Alberto y Don Ramón, suponiendo todo ello, cuanto menos y con independencia de otras consideraciones, un claro y evidente acto de favorecimiento, siquiera sea indirecto, del delito que se viene comentando, que merece por todo ello el oportuno reproche punitivo.

Por su parte, el recurrente sostiene que la actuación del acusado que recoge el “*factum*” de la sentencia es atípica, porque en ningún momento promovió, cooperó o facilitó la omisión del delito únicamente imputable al llamado Darío, señalando, además, que la STS de 15 de febrero de 2005, especifica que la conducta delictiva del artículo 318 bis 1.º, se integra por la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España y que el sentido del precepto va encaminado a castigar a los que de una manera, más o menos subrepticia o tratando de burlar los controles legales, introducen en nuestro país a una persona con la que realiza un acto de tráfico. Nos dice también que traficar equivale a comerciar, aprovecharse u obtener un lucro de esta actividad que puede ser simplemente transitoria, ocasional o permanente. Por ello, sostiene que el acusado en ningún momento participó en la forma de burlar los controles aduaneros, y jamás estuvo comerciando o aprovechándose, ni iba a obtener lucro alguno de su hermano, por lo que no traficó.

Segundo.—La doctrina científica es ampliamente conteste en situar el componente nuclear de esta figura delictiva en la expresión legal “tráfico de personas”, por más que el mismo no se encuentre definido por el legislador. Analizado el término desde la

perspectiva gramatical, se ha considerado por algún sector de la doctrina que las opciones van referidas o bien al acto de comerciar, lo que en el caso que nos ocupa supondría el comercio con personas que necesariamente implicaría la concurrencia de ánimo de lucro, o bien al mero acto de trasladar personas de un lugar a otro, entendiéndose que el traslado debe suponer el incumplimiento de la normativa sobre entrada y permanencia en territorio español de inmigrantes para que la conducta tenga relevancia penal. No obstante, ninguna de ambas opciones resulta adecuada. En cuanto a la primera, la que supone el intercambio de personas por dinero, debe tenerse en cuenta que la exigencia ya en el tipo básico del delito de un elemento subjetivo del injusto, cual es el ánimo de lucro, previsto como tipo agravado en el número 2 del mismo precepto, conduciría a vaciar de contenido el tipo básico. Puesto que siempre que concurre ánimo de lucro procede la aplicación del delito previsto en el artículo 318 bis.2 C.P., ningún sentido tiene que para la concurrencia del tipo básico la ley exija implícitamente la subsistencia de un ánimo de enriquecimiento.

Al estudiar la descripción legal del ilícito, se ha dicho que la indeterminación de la conducta típica, además de por indefinición de lo que sea el tráfico de personas, viene propiciada porque no solamente cometen el delito quienes directamente trafican con las personas, sino también quienes “promuevan, favorezcan o faciliten” el mencionado tráfico ilegal. Es decir, constituye tipo consumado, además del tráfico en sí, cualquier conducta que coadyuve al mismo o que constituya preparación del tráfico. En el precepto se refleja el afán pancriminalizador que conduce a la adopción de un concepto unitario de autor, en el que se equiparan a la autoría conductas que materialmente son de participación.

Convenimos con quienes sostienen que el art. 318 bis del CP consagra un tipo delictivo en clave manifiestamente formalista, como instrumento de la política inmigrato-

ria del estado de los demás integrantes de la Unión Europea o del Convenio de Schengen, pero que, por ese exceso de formalismo, colisiona con la concepción del Derecho Penal como “última ratio”. Porque, en efecto, es compartible el criterio de quienes sostiene que, partiendo de que el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos considerados esenciales para la convivencia según un sistema de valores constitucionalmente orientado y solamente frente a los ataques más graves contra aquéllos, únicamente la orientación teleológica en la interpretación puede ayudar a concretar el sentido de una conducta cuya caracterización es amplia en exceso. Si el objeto protegido en el delito viene constituido por la dignidad humana, el tráfico al que el precepto se refiere puede conceptuarse como el transporte de personas cual si fueran “cosas”, esto es, la conducta que el precepto trata de evitar es la “cosificación” de los seres humanos, su trato como mercancía. Esto no significa que la tipicidad exija la aplicación de vejaciones sobre los transportados —que de producirse podrían dar lugar a concurso con otros tipos—, pero sí, por lo menos, el aprovechamiento de la situación de necesidad intrínseca en la que se hallan las personas nacionales de países subdesarrollados. Con ello se extraen de los dominios de la tipicidad conductas que deben permanecer ajenas al Derecho penal, como traslados de ciudadanos extranjeros a territorio español, con fines altruistas, que en modo alguno comprometen su dignidad, y que difícilmente podrían llegar a comprometer la estabilidad económica o la política migratoria de los países desarrollados, salvo que constituyeran conductas repetidas y llevadas a cabo por organizaciones que pudieran provocar entradas masivas de inmigrantes. Ciertamente, afirmada la atipicidad de tales conductas, debe reconocerse que tampoco el sistema de infracciones administrativas da respuesta a todos los supuestos, pues únicamente serán autores de las infracciones quienes entren o permanezcan indebidamente en territorio español, no quienes hayan favorecido su en-

trada en estos casos, a salvo de que se trate de responsables del transporte que incumplan sus obligaciones de comprobación.

Tercero.—Así las cosas, entiende esta Sala de casación que la actuación del acusado, que se concreta en el hecho de poner en contacto a su hermano con la persona que se dedicaba al transporte ilegal y clandestino de inmigrantes, carece de relevancia en el orden penal, no sólo porque, como el propio hecho probado señala, su “gestión” debe estimarse superflua y, por ende, inocua, dado que “era del público conocimiento de todos los habitantes de la zona” la actividad a la que se dedicaba el tal Darío, de manera que la acción del acusado no habría coadyuvado en nada a la posterior realización del delito. Es que, además, en esta conducta que el Tribunal a quo considera constitutiva de la figura delictiva, no concurre el elemento de la antijuridicidad que requiere todo delito, concebido tal concepto como el juicio de desvalor de la acción, o el sentido de reproche que ésta merece, toda vez que consideramos la ayuda al hermano que sólo pretende escapar de una situación de miseria, ig-

norancia y desesperanza, cuando esa ayuda, además, no supone ninguna participación en la mecánica operativa del tráfico, ni en los beneficios de éste, no puede en modo alguno colmar la exigencia de conducta reproachable que todo delito conlleva.

Por otra parte, la sentencia también hace mención al hecho de que el inmigrante posteriormente fallecido pagó al transportista “con dinero de toda la familia”, utilizando este dato como punto de apoyo para la subsunción. Pero, al margen de que son aquí predicables las anteriores reflexiones, ocurre que la misma sentencia expresa su duda de que el acusado hubiera contribuido al pago del precio al transportista, como se comprueba al examinar el Fundamento Jurídico Segundo de aquélla en el que, al respecto, no se afirma la realidad del hecho, sino que se deja en mera hipótesis no verificada, una suposición que no puede operar contra reo.

Por lo expuesto, el motivo debe ser estimado, casada la sentencia impugnada en este extremo y declarando en la segunda sentencia que se dicte la absolución del acusado por este delito.

Sentencia 475/2006, Sala de lo Penal del TS, de 2 de mayo de 2006

INFORME PERICIAL

Art. 788.2 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se expone la doctrina general sobre la eficacia de los informes periciales elaborados por Organismos Oficiales, y se hace aplicación del Acuerdo del Pleno de 25 de mayo de 2005 (reproducido en el n.º 16 de la Revista de Derecho Penal) para negar virtualidad a la impugnación propuesta por el acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—El motivo segundo en base al art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho consagrado en el art. 24.1 y 2 de la CE en cuanto se ha infringido el derecho de defensa, vulnerándose el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, efectuándose la petición de ineficacia y nulidad de tales pruebas en virtud del art. 11.1 y concordantes LOPJ.

El motivo se refiere a la segunda cuestión previa planteada por el recurrente relativa a la impugnación de la prueba pericial (o documental) de la consideración de sustancias estupefacientes, con impugnación de todas las actuaciones periciales de la instrucción que se efectuaron en ese ámbito, referente a la aprehensión de sustancia denominada “cocaína”, obrantes a los folios 78, 93 y 96, como en los informes obrantes a los folios 227, 229, 230, 233, 234, 235, 236, 248, actas de recepción y especialmente el informe fechado a 14-5-2003, folio 236, suscrito por Inés sobre Decomiso de control 31/03, dado que la analítica no se corresponde con las sustancias, desconociéndose el grado de riqueza, no existiendo cumplido prueba del peso y exigiendo en todo caso la presencia en el juicio oral de los autores de aquella analítica, impugnándose todos los análisis realizados a dichas sustancias, con cita del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 21-5-1999.

El motivo no puede merecer favorable acogida.

Consta al folio 229 acta de recepción de las sustancias aprehendidas de la Administración Sanitaria en la que figura tanto el peso bruto, como el neto, 4,83 grs., y a los folios 231, 236, 243 y 244 informes analíticos del Área de Sanidad de la Subdelegación de Gobierno de Castilla y León, en orden a la naturaleza de las sustancias intervenidas, y la jurisprudencia de esta Sala, STS 23-2-1994, ya destacó “la peculiaridad de

los informes emanados de los Laboratorios de los Gabinetes de Identificación de la Policía, de indudable carácter pericial, aunque con más garantías técnicas de fiabilidad y objetividad, que en principio reciben valor probatorio si bien condicionado a que las partes hayan tenido oportunidad para su estudio y análisis y posibilidad, por tanto, de contradicción, ya convocando a los peritos informantes al juicio oral, ya formulando la contraprueba procedente. En el supuesto de autos, el acusado recurrente conoció el dictamen del Gabinete de Identificación de la Policía, evacuado durante el sumario y no instó la comparecencia de los peritos para rebatir sus conclusiones, con lo que no puede ahora en este trámite casacional cuestionar tal dictamen, al que tácitamente prestó su aquiescencia. Es obligado, por tanto, concluir que la prueba se ha practicado con rigurosos cumplimiento de las exigencias legales, y en consecuencia, el motivo debe rechazarse...”

(...)

Igualmente en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 21-5-1999, se acordó (punto 2.º) la innecesariedad de ratificación del dictamen de los peritos integrados en organismos públicos, salvo que la parte a quien perjudique impugne el dictamen o interese su presencia para someterlos a contradicción en el plenario y lo hiciera en momento procesal oportuno, señalando la STS de 31-10-2002 el momento procesal en el que ha de producirse tal impugnación cuando dice que:

“... la impugnación de la defensa debe producirse en momento procesal adecuado, no siendo conforme a la buena fe procesal la negación del valor probatorio de la pericial documentada si fue previamente aceptado, expresa o tácitamente. Aunque no se requiere ninguna forma especial de impugnación, debe considerarse que es una vía adecuada la proposición de pericial de los mismos peritos o de otros distintos mediante su com-

parecencia en el juicio oral, pues nada impide hacerlo así la defensa cuando opta por si aceptar las conclusiones de un informe oficial de las características ya antes expuestas. Esta prueba, en principio cuando sea propuesta en tiempo y forma, debería ser considerada pertinente”. (...)

(...)

Octavo.—En el caso presente, el Ministerio Fiscal, ciertamente, en su escrito de acusación no propuso la prueba pericial de la comparecencia al plenario de los funcionarios que llevaron a cabo los análisis, pero sí propuso como documental todos los folios, incluidos los de los análisis.

La defensa del acusado, hoy recurrente, se limitó a impugnar las actuaciones periciales de la instrucción por entender que la analítica no se correspondía con las sustancias, desconociéndose el grado de riqueza y no existiendo cumplida prueba del peso, pero en el apartado de su escrito de defensa relativo a medios de prueba, se adhirió a la propuesta por el Ministerio Fiscal.

Consecuentemente no hubo propiamente una impugnación del informe ya realizado, pues no se cuestionó la capacidad técnica de los peritos informantes, no se solicitó ampliación o aclaración alguna de éstos, ni se propuso un nuevo análisis contradictorio de aquél.

En efecto en relación a las exigencias del fundamento material de la impugnación existen, ciertamente, algunas fluctuaciones jurisprudenciales, pudiéndose detectar dos tendencias: una más laxa que otorga operatividad a la impugnación pura y simple y otra estricta que exige que la impugnación sea acompañada de una argumentación lógica.

Ejemplos de la tendencia laxa los encontramos en las SSTS 114/2003 de 5 de noviembre, 1520/2003 de 17 de noviembre, 1511/00 de 7 de marzo, que consideran que “no cabe imponer a la defensa carga alguna en el sentido de justificar su impugnación del análisis efectuado” y que “el acusado le basta cualquier comportamiento incompati-

ble con la aceptación tácita para que la regla general (comparecencia de los peritos en el Plenario) despliegue toda su eficacia”. Siguiendo esta interpretación la STS. 585/2003 de 16.4 afirma que: “basta con que la defensa impugne el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción, o manifieste de cualquier modo su discrepancia con dichos análisis, para que el documento sumarial pierda su eficacia probatoria, y la prueba pericial deba realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y práctica de la prueba en el proceso penal. La jurisprudencia de esta Sala, tendente a una interpretación estricta ha declarado que se trata de un mero trámite formal que debe considerarse fraudulento, la mera impugnación sin una concreta queja no teniendo la indefensión un contenido formal, sino material (SSTS 31-10-2003 y 23-3-2000). A la impugnación como mera ficción también se refiere la STS 7-3-2001, cuando no se expresan los motivos de impugnación o éstos son generalizados. Así la STS 140/2003 de 5 de febrero, dice textualmente:

“la impugnación tuvo carácter meramente formal, pues ni en el momento de llevarla a cabo, ni en Juicio ni, incluso, en este Recurso, se explican las razones materiales por las que tal impugnación se produce, los defectos advertidos, las dudas interpretativas, etc. que le hacen a la Defensa ver la necesidad de la solicitud de comparecencia de los peritos informantes para poder someterles al interrogatorio correspondiente, en cumplimiento del principio de contradicción que se alega...”, añadiendo que “...de acuerdo con doctrina ya reiterada de esta Sala, en ese mismo sentido, SSTS 4/7/2002, 5/2/2002, 16/4/2002, la argumentación del recurrente, en este punto, no puede admitirse, ya que, como dicen las SSTS de 7 de julio de 2001, y 1413/2003 de 31 de octubre, una cosa es que la impugnación no esté motivada y otra distinta que la declaración impugnatoria sea una mera ficción subordinada a una preordenada estrategia procesal, cuyo contenido

ni siquiera se expresa en el trámite del informe subsiguiente a elevar las conclusiones a definitivas, pudiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 11.1 y 2 LOPJ... lo que permite corregir los abusos procesales como pueden ser las impugnaciones ficticias y meramente oportunas carentes de cualquier fundamento”. En este sentido la STS. 72/2004 de 29 de enero exige que la impugnación “no sea meramente retórica o abusiva, como declaran algunas sentencias de esta Sala casacional, esto es, sin contenido objetivo alguno, no manifestando cuales son los temas de discrepancia, si la cantidad, la calidad o el mismo método empleado, incluyendo en esta la preservación de la cadena de custodia”.

Interpretación ésta asentada en la jurisprudencia, tras la entrada en vigor de la LO 9/2002 de 10 de diciembre, cuya disposición adicional 3.ª modificó la Ley 38/2002 de 24 de octubre, añadiendo un segundo párrafo al art. 788.2 de la LECrim. a cuyo tenor: “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.” Como ya ha anticipado la STS 97/2004 de 27 de enero, en relación con en relación con este nuevo pre-

cepto “no significa que no exista posibilidad de contradicción y que las conclusiones de este tipo de informes resulten irrefutables. La defensa podrá someter a contradicción el informe solicitando otros de distintas entidades cualificadas, o de laboratorios particulares, si lo considerase oportuno, o incluso solicitando la comparecencia al acto del juicio oral de los que hayan participado en la realización de las operaciones que quedan plasmadas en el informe, pero lo que será necesario en cada caso es justificar que la diligencia que se reclama es necesaria y apta para satisfacer el derecho de contradicción, justificando el interés concreto a través de las preguntas que se le pensaba dirigir, alejando la sospecha de abuso de derecho prescrito por el art.11 de la LOPJ y permitiendo que se pueda verificar por el Tribunal la aptitud de la comparecencia solicitada a tales fines”, (STS 279/2005).

No de otra forma se ha pronunciado esta Sala en el reciente Pleno no jurisdiccional de fecha 25-5-2005, que en relación al art. 788.2 de la LECrim. adoptó el siguiente acuerdo: “La manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaboradas por Centros Oficiales, no impide la valoración del resultado de aquellos como prueba de cargo, cuando haya sido introducido en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el art. 788.2 de la LECrim.

Sentencia 493/2006, Sala de lo Penal del TS, de 4 de mayo de 2006

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

Art. 24.2 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

En los casos en que la declaración de la víctima se presenta como la única prueba de cargo, el control casacional debe ir más allá de su mera

constatación verificando la racionalidad del proceso decisional que fundamenta la condena, de modo similar a lo que sucede en la prueba indiciaria. Ello conduce a la Sala a estimar vulnerada la presunción de inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) La cuestión de la declaración de la víctima como única prueba de cargo en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, ha sido abordada ya por esta Sala en precedentes ocasiones, y ya en nuestra Sentencia n.º 430/1999, de 23 de marzo señalábamos que el derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. Constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables pues en un Estado Social y Democrático de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean generalmente castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso.

Como regla del juicio el principio de presunción de inocencia impone a la acusación la carga de la prueba por encima de cualquier duda razonable. El respeto a las reglas de la inmediación y a la facultad valorativa del Tribunal enjuiciador conlleva que el control por el Tribunal Constitucional del cumplimiento del referido principio constitucional se limite a la constatación de la concurrencia de una suficiente prueba de cargo, lícitamente practicada, pero los límites de dicho control no agotan el sentido último de este derecho constitucional, el cual vincula al Tribunal sentenciador no sólo en

el aspecto formal de la constatación de la existencia de prueba de cargo, sino también en el material de su valoración, imponiendo la absolución cuando la culpabilidad no haya quedado acreditada fuera de toda duda razonable. No deben confundirse los límites del control constitucional, e incluso casacional, con la plena efectividad del derecho en su sentido más profundo.

En tal sentido, advertimos que la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito.

El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose aún más acentuado si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusado. Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no sólo es única prueba de la supuesta autoría del acusado sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose el grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan imprecisa en su circunstancia o en

el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario.

Es por ello por lo que, en estos supuestos, el control casacional no puede limitarse a la mera constatación formal de que dicha declaración es hábil para ser valorada como prueba de cargo, sino que va más allá, verificando la racionalidad del proceso decisorio que fundamenta la condena, como también sucede, por ejemplo, en los supuestos de prueba indiciaria. Ha de recordarse que el recurso de casación penal, además de su función propia nomofiláctica y unificadora de doctrina, cumple en nuestro ordenamiento la función de satisfacer el derecho fundamental de todo condenado a la sumisión del fallo condenatorio a un Tribunal Superior (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos) y, en consecuencia, ha de reconocérsele un espacio propio de control, diferenciado y más intenso en el plano jurisdiccional que el atribuido al recurso de amparo; espacio limitado en cualquier caso por el respeto al principio de inmediatez.

Es por ello por lo que esta Sala ha señalado reiteradamente que aún cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: 1.º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2º) verosimilitud, es decir constatación de la

concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio, —declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso— sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (art. 109 y 110 de la L.E.Criminal); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho; 3º) persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad. (Sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, entre otras, de 28 de septiembre de 1988, 26 de mayo y 5 de junio de 1992, 8 de noviembre de 1994, 27 de abril y 11 de octubre de 1995, 3 y 15 de abril de 1996, etc.).

Cuando el Tribunal Constitucional, respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuido a los Juzgados y Tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser una prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al Tribunal sentenciador, ello no significa, en absoluto, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar una supuesta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración, como una prueba más, por el Tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de racionalidad que

tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba. Precisamente este defectuoso entendimiento de la doctrina constitucional es lo que ha forzado a esta Sala, cumpliendo su función nomofiláctica que no puede excluir de su campo de influencia una parcela tan primordial en el enjuiciamiento penal como es la de la valoración probatoria, a señalar en una reiterada jurisprudencia cuales son los tres parámetros mínimos de contraste a los efectos de la valoración racional de la declaración del denunciante como prueba de cargo. (STS 28 de septiembre de 1988, 26 de mayo y 5 de junio de 1992, 8 de noviembre de 1994, 27 de abril y 11 de octubre de 1995, 3 y 15 de abril de 1996, 30 de septiembre y 29 de diciembre de 1997).

Tercero.—Aplicando esta doctrina al caso presente, debe destacarse que la sentencia recurrida omite toda explicación que permita apreciar las razones por las que “... tras examinar en conciencia la prueba practicada, llega a la conclusión de que la declaración de la víctima ante el Juzgado de Instrucción se corresponde a la realidad de los hechos, que fue objeto de la agresión sexual descrita por parte del acusado”, y, desde luego, no se expresa la valoración de dicha prueba a la luz de los tres parámetros anteriormente mencionados, cuando lo cierto, por el contrario, es que todos y cada uno de ellos conducen a un resultado valorativo radicalmente contrario al reflejado por el Tribunal sentenciador, o, cuando menos, siembran graves y vigorosas dudas que debilitan en grado sumo el juicio de certeza intelectual que debe sustentar toda sentencia condenatoria.

(...)

Corolario de todo lo expuesto es la patente y mayúscula fragilidad de la única prueba de cargo que sustenta la culpabilidad del acusado en la agresión sexual que aprecia el Tribunal a quo. Fragilidad o debilidad inculminatoria que resulta incompatible con el

juicio de certeza que debe generar toda prueba de cargo que fundamenta la convicción del juzgador para dictar una sentencia condenatoria, y que se traduce, por otra parte, en la falta de la necesaria racionalidad de tal valoración cuando dicha prueba, por la inconsistencia e incertidumbre de que adolece, no excluye la duda razonable de un resultado valorativo diferente, sino que propicia y robustece tal posibilidad alternativa cuando, como aquí sucede, el Tribunal sentenciador se abstiene de expresar -siquiera mínimamente- los motivos, causas o razones por las que se inclina por una de alternativas que ofrece la prueba y excluye las que favorecen al acusado, incumpliendo de este modo, la obligación de motivación que le incumbe en extremos sustanciales de las resoluciones judiciales.

No es ocioso señalar, finalmente, que la estimación “en conciencia” a que se refiere el art. 741 de la LECr. no ha de entenderse como hacer inabordable el criterio personal e íntimo del juzgador, sino como una apreciación lógica de la prueba en los términos consignados. Como predicaba la STS de 12 de noviembre de 1996, el juez debe tener la seguridad de que “su conciencia” es entendida y compartida fundamentalmente por la conciencia de la comunidad social a la que pertenece y a la que sirve. Suele posarse la atención sobre las propias expresiones de los artículos 717 y 741 de la Ley de Enjuiciar en orden a fijar el alcance y límites de la función valorativa y estimativa de los jueces. “Criterio racional” es el que va de la mano de la lógica, la ciencia y la experiencia, dejando atrás la arbitrariedad, la suposición o la conjetura, o, dicho de otra forma, fundando su convicción en un material probatorio de cargo, ponderado en la sentencia de modo que racional y razonadamente no permita una valoración contraria.

Por todo lo expuesto, el motivo debe ser estimado y, casándose la sentencia, procede la absolución del acusado por este delito.

Sentencia 513/2006, Sala de lo Penal del TS, de 5 de mayo de 2006

PENAS. APLICACIÓN. CONCURSO IDEAL DE DELITOS

Art. 77 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

A propósito de un homicidio preterintencional reconducido jurisprudencialmente a un concurso ideal entre lesiones dolosas y homicidio imprudente, se explica en la sentencia la (compleja) regla penológica establecida, para el concurso ideal de delitos, en el art. 77 del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurrente ha sido condenado en la sentencia del Tribunal del Jurado como autor de un delito de lesiones del artículo 148.1.º en concurso ideal del artículo 77 con un delito de homicidio imprudente del artículo 142, todos del Código Penal, concurriendo la eximente incompleta de legítima defensa, a la pena de tres años de prisión, por hechos ocurridos en el mes de julio de 2004. Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación basado en un único motivo, alegando la incorrección de la pena impuesta, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia. Contra esta última sentencia interpone recurso de casación, formalizando un único motivo por la vía de los artículos 849.1.º y 852 de la LECrim, en el que alega que la pena impuesta es superior a la procedente, que resultaría de penar separadamente ambos delitos reduciendo las correspondientes penas tipo en un grado, como consecuencia de la eximente incom-

pleta apreciada, y con mayor razón si se degrada en dos grados.

El motivo ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal.

El artículo 77 del Código Penal, al regular el concurso ideal, dispone que la pena a imponer será la correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior, si bien con un límite máximo, constituido por la penalidad que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. A estos efectos es preciso determinar para cada caso, conforme a las reglas aplicables y teniendo en cuenta el margen discrecional del Juez o Tribunal, el máximo imponible penando separadamente las distintas infracciones. No procede realizar tal cálculo sobre los mínimos que legalmente pudieran ser posibles, pues no se trata de imponer al reo la pena mínima en todo caso, lo que supondría aplicar un beneficio injustificado, por desproporcionado, sino de establecer un límite máximo a la pena tipo que viene señalada con carácter general por la regla del artícu-

lo 77, sin perjuicio de aplicar después las reglas de la individualización que prevén que el Tribunal tenga en cuenta no solo las circunstancias modificativas concurrentes, sino también las circunstancias del culpable y la mayor o menor gravedad del hecho.

En el caso, el delito de lesiones del artículo 148.1 tiene señalada una pena tipo de dos a cinco años de prisión. Siendo necesaria una reducción en un grado por aplicación del artículo 68 del Código, el máximo imponible quedaría establecido en un año, once meses y veintinueve días de prisión.

El delito de homicidio imprudente tiene señalada por el Código una pena tipo comprendida entre uno y cuatro años de prisión. Por aplicación de las reglas generales del artículo 68 del Código Penal, la pena máxima quedaría establecida en once meses y veintinueve días.

Por lo tanto, la pena máxima imponible, sumando las procedentes penando separadamente ambos delitos, alcanzaría los dos años, once meses y veintiocho días, extensión que opera como límite máximo de la regla primera del artículo 77.

La pena aplicable al concurso medial según esta primera regla del artículo 77 sería la correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior. En este caso, la pena de prisión de dos a cinco años señalada al delito de lesiones del artículo 148, que en su mitad superior queda comprendida entre tres años y seis meses y cinco años. Pena tipo de la que es necesario partir, y que habrá de ser degradada al menos en un grado por aplicación del artículo 68 del Código, lo que determina una pena situada entre un año y nueve meses y tres años, cinco meses y veintinueve días.

La Sala considera razonables los criterios a los que se ajusta la sentencia del Tribunal del Jurado y la sentencia impugnada para la individualización de la pena, que confirma los de la anterior, por lo que manteniendo los mismos razonamientos, el motivo se estima, produciendo como efecto la individualización de la pena en el límite máximo legalmente procedente para este caso concreto, esto es en dos años, once meses y veintiocho días de prisión.

En este sentido, el motivo se estima.

Sentencia 511/2006, Sala de lo Penal del TS, de 9 de mayo de 2006

HOMICIDIO. ENCUBRIMIENTO. PRINCIPIO ACUSATORIO

Arts. 138 y 451 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

A diferencia de la solución seguida en la STS 1621/2005, recogida en este mismo número de la Revista de Derecho Penal, se entiende ahora que la condena por encubrimiento, siendo la acusación por complicidad en homicidio, lesiona el principio acusatorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia por un delito de Encubrimiento, a la pena de un año de prisión, fundamenta su Recurso de Casación en dos diferentes motivos, el Primero de los cuales, que ha merecido el apoyo expreso del Ministerio Público, con base en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 24.2 de nuestra Constitución, denuncia la vulneración de los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva así como del principio acusatorio, rector de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, al haber sido condenado por un delito de Encubrimiento cuando la Acusación que sobre él pendía era la referida a la autoría o, en su caso, complicidad respecto de un delito de Homicidio y una falta de Lesiones.

Como reiterada Jurisprudencia afirma, tal principio, en realidad, consiste en el respeto al derecho de toda persona a conocer con exactitud la acusación formulada contra ella, íntimamente vinculado, por tanto, con el fructífero ejercicio del derecho de defensa, de modo que resulta imposible que el Juez condene por infracciones que no han sido objeto de acusación, o por un delito más grave de aquel por el que se acusó, o distinto de éste, salvo que ambos, el que es objeto de acusación y el sancionado, guarden tal relación de homogeneidad en sus elementos integrantes que, verdaderamente, no haya duda de que la Defensa pudo ejercer con la exigible suficiencia, respecto de la infracción en definitiva objeto de castigo, o aplicando circunstancias agravantes o subtipos agravados no invocados por la Acusación.

Impidiéndose, en definitiva, la posibilidad real de defenderse a quien ignora o considera lógicamente innecesario que deba hacerlo respecto de un determinado extremo gravoso para él (SSTS de 29 de mayo de

1992 y 16 de mayo de 1995, entre otras, y la del TC de 19 de abril de 1993, por ejemplo).

Por tanto, a la vista del contenido del principio que se invoca, es de meridiana claridad que el hecho de que se condene al recurrente como autor de un delito de Encubrimiento, cuando la Acusación contra él formulada era la de la autoría o, en su caso, complicidad respecto de un delito de Homicidio y una falta de Lesiones, vulnera su contenido y el derecho de defensa del así condenado.

En efecto, como el propio Fiscal admite, puede considerarse que se ha generado al recurrente indefensión, toda vez que, aunque los hechos en los que se apoyaba la acusación coinciden con los incorporados posteriormente a la Sentencia recurrida, de modo que no cabría hablar de alteración sorpresiva de esa base fáctica, sobre la que pudo debatirse ampliamente, tanto desde el punto de vista probatorio como alegatorio, no ocurre lo mismo con los aspectos relativos a la calificación jurídica, dadas las sustanciales diferencias existentes entre la complicidad en un delito de Homicidio, al que se refería la Acusación, y el de Encubrimiento, objeto de condena, pues se trata de ilícitos completamente distintos, contemplados en preceptos distantes del texto penal, relativos a bienes jurídicos diferentes, la vida, en el Homicidio, o la Administración de Justicia, en el Encubrimiento, y, por ende, la posición y alegatos de la Defensa para oponerse a la concurrencia del primero de esos supuestos difiere absolutamente de lo que habría podido alegarse frente a los cargos relativos al segundo, de haber llegado a producirse.

Y, en definitiva, hay que tener en cuenta que, aunque los hechos constituyen, efectivamente, el núcleo esencial sobre el que debe girar la vigilancia a propósito del debido respeto al derecho a la defensa y, en definitiva, a la observancia del principio acusatorio, ello no excluye el que, en supuestos como el

presente, en el que se produce una tal heterogeneidad entre la calificación del acusador y la alcanzada a la postre por el Tribunal, haya que afirmar que es cierto que se ha producido la infracción denunciada.

De modo que, en conclusión, debe afirmarse en este supuesto esa vulneración del

derecho de defensa que asistía al recurrente, por incumplimiento del principio acusatorio, rector de nuestro sistema de enjuiciamiento penal y, en su consecuencia, que proceda el dictado de la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se extraigan las consecuencias absolutorias derivadas de semejante infracción.

Sentencia 567/2006, Sala de lo Penal del TS, de 9 de mayo de 2006

FALSIFICACIÓN. MEDIOS UTILIZADOS

Art. 400 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se interpreta por la Sala el alcance del art. 400 del CP (tenencia de útiles destinados a la falsificación). Se trata de un supuesto de tenencia de un programa informático destinado a la falsificación de tarjetas de crédito, equiparada a la moneda según el Acuerdo de Sala de 29 de junio de 2002 (recogido en el n.º 7 de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El segundo motivo, viabilizado por idéntico cauce casacional, denuncia la indebida aplicación del art. 400 del Código penal, en relación con los arts. 386.1 y 387 del mismo Cuerpo legal.

El art. 400 del Código penal sanciona “la fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos, específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores”, que se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores.

Por lo que a la figura del artículo 400 respecta, debemos recordar que la expresión “específicamente destinado a la falsificación” hace referencia a la aptitud y cualidad del objeto para servir específicamente a la falsificación, esto es, cuando no se encuentra otra normal utilidad en el mismo. Así sucede con los programas que se encontraban en el disco duro del ordenador, con los lectores /grabadores de bandas magnéticas y con las tarjetas listas para recibir los datos encriptados de otras.

La STS 1229/1999, de 26 de julio, mantiene que el nuevo Texto no despenaliza las

conductas de tenencia de útiles destinados a la falsificación, que es por lo que fue condenado el recurrente, sino que se limita a utilizar una técnica más depurada para su tipificación, pero, en cualquier caso, ya con anterioridad al nuevo Código el precepto precedente debía ser interpretado conforme a la Constitución, lo que exigía poner en relación los arts. 314 y 315 del Código Penal anterior, entendiéndose que solamente la tenencia de útiles «destinados conocida o exclusivamente» a la falsificación (art. 314) pudiesen ser objeto de condena. En definitiva, si la conducta del recurrente fue objeto de sanción, con posterioridad a la Constitución, y en dicha sanción no se señaló vicio alguno en trámite de recurso, ha de estimarse que era conforme a la Constitución, es decir que el Tribunal sentenciador ya estimó que los útiles ocupados no sólo eran hábiles para la falsificación sino que estaban destinados a ella.

En el caso de autos, el propio recurrente reconoce que de todos los útiles que le han sido hallados en su domicilio, el único destinado a falsificar tarjetas de créditos lo es el programa "CREDIT MASTER 2.0", el que es susceptible de crear medios de pago con efectividad para acceder al tráfico jurídico. Dice el recurrente que se encuentra "colgado" en la red al alcance de cualquiera que quiera hacerse con él. Esto no se declara en los hechos probados, pero aunque así fuera no neutralizaría el delito. Sabemos que muchos contenidos de internet son, o pueden ser, delictivos, en sus variadas formas de criminalidad por la que se accede a la red, y no por ello dejan de constituir delitos. Por ejemplo, un programa informático para fabricar billetes de curso legal, eventualmente "colgado" en la red, no produciría la impunidad de la conducta de acceder a él, y "fabricar" moneda en papel falsa. Otro ejemplo: un programa para copiar discos legales a gran escala, no dejará de ser un posible instrumento de un delito contra la propiedad intelectual, si se expenden después con ánimo de lucro los discos copiados mediante ese sistema, por más que se encuentre gra-

tuitamente "colgado" en la red. También alega que las entidades emisoras de tarjetas de crédito, como VISA, pueden neutralizar técnicamente sus tarjetas ante la existencia de estos programas informáticos. Cierto. Pero ello no producirá la impunidad delictiva de quien, utilizándolos, fabrique tarjetas falsas para introducirlas en el tráfico jurídico y engañar así a los productores de bienes o suministradores de servicios, utilizando tales tarjetas para pagar por esos medios los productos o servicios adquiridos. El engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo para provocar el error determinante del desplazamiento patrimonial que se persigue por el autor del delito. En suma, no puede desplazarse sobre el sujeto pasivo del delito de estafa la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquél.

Además, el recurrente no solamente contaba en el disco duro de su ordenador el citado programa informático, sino otros cuatro más "destinados a comprobar la validez de las numeraciones de tarjetas de crédito (Credit Card Checker v1.3; Credit Card Checker v1.4; Credit Card Veirfier Versión 1.1; y Easy Credit Card Checker Versión 1.0), además del aludido "Credit Master v2.0", "apto para la generación, verificación y extrapolación de tarjetas de crédito", y además "un fichero con un total de 2.995 números de tarjeta de crédito creados mediante extrapolación a partir de un número de tarjeta VISA". También poseía "múltiples comprobantes de pago o reintegros bancarios efectuados con dichos medios de pago por personas diversas para el abono de parking y reintegros de cajeros automáticos, los cuales fueron utilizados por el procesado, con el fin de obtener los números y códigos para la falsificación de tarjetas de crédito, creando la numeración y fecha de caducidad y operar a través de internet". Todos esos documentos, más otros que se reseñan en el relato histórico de la sentencia recurrida, son

objetos “específicamente destinados a la falsificación de tarjetas de crédito mediante la creación de la numeración y fecha de caducidad” (hechos probados).

De modo que no solamente el procesado tenía en su poder (“poseía”) tales útiles destinados a la fabricación de tarjetas de crédito falsas (art. 400 en relación con el claro contenido del art. 387, y el Acuerdo Plenario de esta Sala Casacional de fecha 29 de junio de 2002, interpretado en la STS 948/2002, de 8 de julio), sino que hizo uso de tales instrumentos para la obtención de tres billetes aéreos.

Finalmente diremos que la sanción de estos comportamientos, con la dureza que el Código penal establece al efecto, se encuen-

tra en directa relación con el mantenimiento del orden económico que la regularidad de la moneda y los billetes de curso legal confieren a la economía de un país. Es por ello que el legislador equiparó en el art. 387 a la moneda de curso legal las tarjetas de crédito (el llamado hoy “dinero de plástico”), cuya infracción se encuentra castigada de la misma manera en el art. 386 del Código penal. De no ser así, se afectaría a la economía nacional, y el uso por todos los ciudadanos de tales instrumentos de pago, hoy de muy corriente utilización, perderían valor, lo que incidiría muy gravemente, no solamente en la economía nacional, sino en la consideración de un país moderno, como el nuestro.

Por las razones expuestas, procede la desestimación del motivo.

Sentencia 523/2006, Sala de lo Penal del TS, de 19 de mayo de 2006

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL Arts. 307 y 308 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater**

SÍNTESIS

Objeto de la defraudación punible del art. 307 del CP (fraude a la Seguridad Social) son también los recargos de mora, de apremio e intereses. Se expone, por otra parte, el sentido y alcance del fraude de subvenciones previsto en el art. 308 del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El cuarto motivo del recurso se fundamenta en el art. 849.2.º LECr, pues entiende el recurrente que en la determina-

ción de la cantidad defraudada se han incluido conceptos que no corresponden al elemento normativo “cuota” y, por lo tanto, no pueden ser tenidos en cuenta para establecer la condición de punibilidad de los 120.000

euros. Se señalan los documentos de los folios 411, 412, 1869 y 1870. El motivo se completa con el quinto del recurso, que postula que la cuota que se le imputa al acusado como impagada no supera el límite de los 120.000 euros, límite aplicable en razón del art. 2.2 del CP.

Ambos motivos deben ser desestimados.

El recurso no establece cuál es el cálculo alternativo que el recurrente estima correcto en relación a las cantidades que se expresan en los documentos que cita. Por lo tanto, omite explicar cuál sería el error en el que habría incurrido la Audiencia en la ponderación de esos datos. El motivo basado en el art. 849.2.º de la LECr no puede prosperar cuando no se señala cuál sería el error, explicando qué cantidades concretas fueron mal entendidas y erróneamente subsumidas. El cuarto motivo, en consecuencia, carece manifiestamente de fundamento por lo que le es aplicable el art. 851.1.º de la LECr, que en esta fase permite la desestimación del mismo.

De todos modos la pretensión del recurrente no podría tener éxito. En efecto, en cuanto a la materia del quinto motivo, y dado que el recurrente solicita la aplicación del art. 307 del CP vigente, por ser más favorable, es de tener en cuenta que el texto del artículo mencionado se refiere a la omisión del “pago de cuotas de [la Seguridad Social] y conceptos de recaudación conjunta”. Esos conceptos de recaudación conjunta incluyen todas las sumas que se generen por la omisión consciente del ingreso de las cantidades generadas por los hechos que establecen las leyes de la Seguridad Social. La Defensa, por el contrario trae a colación la opinión de algunos autores, pero, sin embargo, no expone razones jurídicas convincentes para excluir los recargos por mora y apremio del concepto de “recaudación conjunta”. Por el contrario, carecería de todo fundamento suponer que el legislador sólo ha querido establecer una protección meramente parcial de un patrimonio oficial de singular significación en la realización de la política social del Estado. Asimismo, no se-

ría justificable que quien incumple deberes de solidaridad social se vea beneficiado con el uso gratuito de sumas de dinero ajeno que, de haber obtenido mediante un préstamo hubiera tenido que retribuir mediante pago de intereses.

Consecuentemente, los recargos de mora, de apremio e intereses deben ser considerados como objeto de la defraudación punible que prevé el art. 307 del CP, dado que configuran también el daño ocasionado por el delito y, por tal razón, constituyen conceptos de recaudación conjunta, con relevancia para la determinación del límite que separa los hechos punibles de los que no lo son. De ello se deduce que, en contra de lo postulado por la Defensa, no existe ninguna vulneración de la exigencia de *lex stricta* (art. 25.1 CE), dado que la interpretación realizada está expresamente cubierta por el sentido del texto legal. La Sala estima que resultaría contrario tanto al texto como a la finalidad del tipo penal excluir del resultado del delito las cantidades que el recurrente pretende eliminar.

La Defensa sostiene, por otra parte, que es necesario hacer algo más que no pagar y que se requiere una “maniobra de elusión o defraudación”. Es, sin embargo, evidente, que cuando la ley define la conducta típica hace referencia tanto a la acción como a la omisión. Por lo tanto, esta equivalencia de ambas formas de la conducta demuestra que la simple omisión es suficiente, pues si se exigiera que la omisión fuese acompañada de una “maniobra de elusión o defraudación”, que sólo puede ser, por definición, activa, la referencia a la omisión sería superflua. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el delito del art. 307 del CP. consiste en la infracción de un deber que incumbe al agente de la retención y que tal infracción se configura mediante la retención indebida de sumas que debería haber ingresado.

(...)

Quinto.—(...) 4. El delito de fraude de subvenciones está regulado por medio de dos alternativas típicas: la obtención fraudu-

lenta de una subvención y el empleo desviado de los fondos obtenidos mediante una subvención. Se trata de alternativas típicas independientes, es decir, ninguna de ellas depende de la comprobación de la otra. De ello se deduce que, una vez acreditada la desviación antijurídica de los fondos recibidos por la subvención, la cuestión de si, además, la subvención fue obtenida fraudulentamente se torna irrelevante. Aunque el recurrente tuviera razón respecto de que el art. 20 del Decreto 377/1997 de la Comunidad Canaria sólo condicionaba el otorgamiento de la ayuda a la inexistencia de deudas fiscales con la Comunidad Autónoma, la segunda alternativa típica del delito, el empleo desviado de los fondos se habría cumplido de todas maneras, pues los que deberían haberlos recibido no los recibieron y no existe ninguna justificación de los fondos faltantes.

5. La Sala tampoco puede admitir que el fraude de subvenciones atribuido al recurrente no sea materialmente antijurídico, porque no habría lesionado relevantemente el bien jurídico protegido. En nuestros precedentes hemos subrayado que —como se afirmó en los orígenes de la teoría de la antijuricidad material— la corrección de la antijuricidad formal por la antijuricidad material no es una función de los tribunales, sino del legislador. Ello no excluye, como lo admite la doctrina, que, dentro de los límites

del método teleológico y del sentido del texto de la ley, la lesión del bien jurídico pueda orientar la interpretación de un texto que no distingue con precisión la conducta socialmente adecuada de la que es contraria al orden jurídico. En todo caso, nuestra jurisprudencia no ha admitido un principio general de no punibilidad basado en la reducida entidad de la ilicitud o la culpabilidad, pues nuestra ley penal, a diferencia de la austríaca no contiene tal renuncia a la punibilidad. Tampoco contiene una posible aplicación del principio de oportunidad para casos semejante como la Ordenanza Procesal Alemana (StPO).

De todos modos, en el caso de los delitos contra la hacienda pública el legislador ya ha introducido una cuantificación del daño determinante de la relevancia penal del hecho, al condicionar la punibilidad mediante un límite mínimo del perjuicio que el mismo debe haber causado. En tales casos, es totalmente innecesario, además de la constatación de la tipicidad, un nuevo juicio adicional sobre el daño causado por la defraudación a la “política subvencional” del ente que otorga la subvención. Todo ello sin perjuicio de que el delito de fraude de subvenciones protege el patrimonio del ente público que otorga la subvención y que la suposición de un supuesto bien jurídico consistente en la “política subvencional” es completamente ajena al derecho vigente.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 9/2006, AP PALENCIA, Sec. 1.ª, de 17 de enero de 2006

ABSOLUCIÓN POR LESIONES. FALTA DE PRUEBA

Art. 621.3 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Mauricio Bugidos San José**

SÍNTESIS

No se ha acreditado la colisión de vehículos porque éstos no presentan ningún daño a pesar de la relevancia de las lesiones de la denunciante. Por eso, y ante la ausencia de testigos, la incomparecencia de los agentes al lugar del accidente y la inexistencia de atestado, debe prosperar el principio “in dubio pro reo”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Frente a la Sentencia de instancia de fecha 28 de noviembre de 2005 que absuelve a la denunciada Montserrat, y así también a Esteban y Mutua de Seguros Pelayo, se alza la representación de la denunciante María Inmaculada, que considera que dicha absolución está fundamentada en errónea valoración de la prueba practicada, y así mientras la Sentencia de instancia ar-

gumenta que no existe prueba suficiente ni siquiera de que los hechos que fueron objeto de denuncia se produjeren, contra ello se alza la representación de la denunciante, que sostiene que existen suficientes elementos de hecho probados, que podrían de manifiesto el error que se pretende, en recurso del que dado traslado a la contraparte fue impugnado con el resultado que obra en autos. También recurre la referida sentencia la representación de la otra denunciante San-

dra, que incide en los mismos argumentos que se expusieron por la representación de la otra apelante al considerar error en la valoración de la prueba, en recurso que también ha sido objeto de impugnación.

Segundo.—Bien es sabido que esta Sala puede realizar una valoración probatoria distinta a la que consta en la Sentencia de instancia, pero siempre que exista patente error, la deducción probatoria sea contraria a la lógica o a la sana crítica, incompleta, contradictoria en sí o ininteligible, y en ninguna de dichas situaciones nos encontramos.

Se afana, sobre todo la representación de María Inmaculada en afirmar que sí que existe prueba que ponga de manifiesto tal error, que sus manifestaciones, y así también las de la otra denunciante referidas a la forma en que se produjo el suceso, a la ocupante del vehículo, al color del mismo, al hecho mismo de que se conozca el nombre de la pretendida conductora del vehículo que en último término originaría la colisión de la que se desprende las lesiones por las que se pretende condena y posterior indemnización en concepto de responsabilidad, son argumentos suficientes para evidenciar la existencia del accidente y la responsabilidad en el mismo que se dice en el escrito de denuncia, y que sostuvo en el acto del Juicio. Todo aquello que se expone en los recursos a que antes se ha hecho referencia, como los referidos a partes médicos, declaraciones de las víctimas, conocimiento por parte de éstas del nombre de la denunciada y del color del vehículo que ésta conducía, no sirve para desacreditar la conclusión del Juzgador “a quo”, en cuanto se entiende que está fundada en la lógica y en pruebas practicadas con garantía para las partes, por lo que no se encuentra motivo para modificarla.

En efecto, el Juzgador expone que la ausencia de testigo alguno de los hechos, la incomparecencia de la Policía Local en el lugar del accidente y por tanto la inexisten-

cia de atestado Policial, que no se redactase parte amistoso de accidente y que no se produjeran daños en ninguno de los vehículos afectados, como reconoció María Inmaculada, son argumentos suficientes en que fundar su decisión, y así debe verse.

Como se advierte, no se trata de decir que la prueba a que se hace referencia en los escritos de recurso no podían haber fundado una resolución condenatoria, mas ha de advertirse que nos encontramos en el ámbito de la jurisdicción penal, y que independientemente de la existencia de prueba de cargo suficiente en que amparar la condena, rige el principio “pro reo”, que significa que en caso de duda el Juzgador “a quo” debe optar por solución absolutoria, y la duda en el presente caso queda suficientemente expuesta, y esta Sala la comparte, fundamentalmente en lo que se refiere a lo extraño que resulta que habiéndose producido una pretendida colisión de vehículos, que ha originado lesiones, con días de incapacidad considerables, en el caso de María Inmaculada de 48 días y en el caso de Sandra 12, sin embargo no sólo es que no conste, sino que se reconozca explícitamente que los vehículos en cuestión no sufrieron daño alguno, lo que es difícilmente explicable. A mayor abundamiento y aunque se entendiese acreditada la colisión de vehículos, la prueba practicada, que se reduce a las declaraciones que las denunciadas y denunciadas, es tan insuficiente que impide que en ello pueda asentarse una declaración de culpabilidad, pues se desconocerían circunstancias de la circulación, lugar en que se detuvo el vehículo en el que iban las denunciadas, procedencia o no de tal detención, momento en que se produce la colisión, etc. ..., circunstancia también que conduce a la solución absolutoria adoptada por el Juzgador “a quo”, lo que supone la confirmación de la Sentencia.

Tercero.—No procede la condena en costas de ninguna de las partes al no apreciarse temeridad ni mala fe.

Sentencia 6/2006, AP VALLADOLID, Sec. 2.ª, de 17 de enero de 2006

NEGATIVA A REALIZAR PRUEBAS DE DETECCIÓN ALCOHÓLICA

Arts. 379 y 380 Código Penal y 786.2 y 790.3 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Pizarro García**

SÍNTESIS

La prueba testifical de los agentes acredita la negativa del autor a realizar las pruebas de detección alcohólica. Aunque el acusado interesó una certificación de centro sanitario y ésta no estaba unida a los autos al inicio del juicio, nada se alegó al respecto ni se solicitó su práctica en segunda instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) si bien es cierto que en el auto de 27 de octubre de 2005 se admitió una prueba (que se oficiara al Hospital del Río-Hortega para que certificaran determinados extremos) que, llegado el acto de la vista, no se había practicado, no lo es menos que no consta que al inicio de dicho acto la defensa insistiera en la aportación de dicha diligencia prueba y solicitara, al amparo de lo dispuesto en el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la suspensión de la vista para la práctica de la misma, sin que tampoco al interponer el recurso de apelación, y conforme establece el artículo 790.3 de dicha Ley, se haya interesado su práctica en la segunda instancia, habiendo, pues, de concluirse que ninguna indefensión se ha originado, conclusión a la que también se llega si se tiene en cuenta que, aun cuando el resultado de dicha diligencia de prueba confirmara del hecho que con la misma se pretendía acreditar (esto es, que, de haber acudido el acusado al referido centro sanitario

solicitando que se le hiciera un análisis de sangre para determinar el grado de impregnación alcohólica, no se le hubiera realizado dicha prueba), ello no acreditaría ni que el acusado hubiera acudido en demanda de dicho análisis, ni la ausencia del requerimiento de los policías para que hiciera dicha prueba, ni, finalmente, la disposición de aquel a cumplir tal requerimiento.

(...)

Tercero.—Se alega, finalmente, por el apelante, error en la valoración de la prueba en lo que atañe a los siguientes extremos: a) el requerimiento para que practicara la prueba de alcoholemia; b) la negativa a practicar la misma; c) el apercebimiento de las consecuencias que la negativa podría acarrearle, y d) la intención o voluntad de incumplir el requerimiento.

Tampoco este motivo ha de tener favorable acogida por cuanto, frente a la lógica negación exculpatoria que de aquellos extremos hace el apelante, obra en autos una prueba testifical cuya valoración por el juez de Instancia en modo alguno puede conside-

rarse errónea por el hecho de que, tras ponderarla con las ventajas que le proporcionó la intermediación, la atribuyera mayor credibilidad que a las manifestaciones del acusado, habiendo de recordarse a este respecto que los aludidos testigos fueron concluyentes al afirmar, primero, que, después de ofrecérselle la posibilidad de realizar la prueba de alcoholemia con un etilómetro digital (que no llegó a realizar puesto que “hacía como que soplabá” y “ponía la lengua en la boquilla”), se le requirió para que realizara dicha prueba con un etilómetro evidencial y se le ofreció la posibilidad de realizar un análisis de sangre; segundo, que se negó a practicar una y otra prueba, y, tercero, que se le apercibió

de las consecuencia que tal negativa podría acarrearle, no pudiendo admitirse, por otra parte, que en la indicada negativa del acusado no existió “una intención, una voluntad o un dolo de no querer cumplir” el requerimiento que se le hacía puesto que, como certemente razona el juzgador de instancia, “habiendo constancia (...) de que el acusado tenía los suficientes elementos de juicio para valorar el significado del mandato de los agentes y la trascendencia de la negativa a cumplirlo, así como de que, no obstante, se negó reiteradamente”, tal negativa implica “un deliberado ataque al bien jurídico protegido”.

Sentencia 34/2006, AP ALICANTE, Sec. 1.ª, de 19 de enero de 2006

VALOR PROBATORIO DEL INFORME MÉDICO-FORENSE. INDEMNIZACIÓN

Arts. 621 Código Penal; 347 y 355 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Facorro Alonso**

SÍNTESIS

Afirma la sentencia que siendo emitido por el forense el único informe médico que obra en los autos, éste vincula al juzgador.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Es incuestionable y así lo tiene declarando la jurisprudencia del Tribunal Supremo y es criterio seguido permanentemente por esta Sala, que existiendo únicamente un informe pericial, como en el presente caso el evacuado por el médico forense en uso y cumplimiento de sus obligaciones, tal y como establece la Ley Ritua-

ria Criminal y el Reglamento Orgánico que regula sus funciones y atribuciones, tal informe pericial vincula al juzgador, y es por ello que estableciéndose en el mismo la naturaleza de las lesiones, el tiempo de curación, el período de incapacidad y la trascendencia de las secuelas o lesiones permanentes y ajustada la resolución impugnada a tales criterios medicolegales y a los conceptos indemnizatorios establecidos en el Bare-

mo Anexo a la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, que hayan de confirmarse tales pronunciamientos y desestimarse el recurso en tales extremos, así como en las pretendidas, reclamaciones derivadas de la necesidad de ayuda de tercera persona, al carecer de base medicolegal tal exigencia, como de la aplicación del factor de corrección, al no concurrir la condición de dedicación laboral, exigencia inexcusable para su aplica-

ción, y de los daños derivados de la pérdida de su aparato telefónico, por carencia de prueba, tal y como previene el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en todo supuesto de reclamación de dicha índole, y no ser de aplicación en relación a la última petición, las pretensiones ajenas a la Ley de Responsabilidad Civil, antes citadas, sin perjuicio de su ejecución en la jurisdicción, competente por ello, por la que debe confirmarse la resolución recurrida.

Auto 36/2006, AP MADRID, Sec. 23.ª, de 19 de enero de 2006

EXTENSIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE ACCIONES ENTRE CÓNYUGES

Arts. 103.2 LECrim. y 268 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián**

SÍNTESIS

Compara este auto la extensión de la excusa absolutoria a que se refiere el art. 268 del CP con la prohibición de accionar penalmente entre cónyuges del art. 103.2 de la LECrim. a los efectos de permitir o no al ex-marido querrellarse contra quien fue su mujer.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...) Así, en relación con la parte de la querrela que se refiere a las imputaciones hechas a la querrelada, nos encontramos, no con la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal, sino con la prohibición de accionar que el art. 103.2 LECrim. impone a los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de

bigamia, de manera que, pretendiendo el querellante que los hechos que atribuye a su ex mujer sean constitutivos de delitos de falsedad y apropiación indebida, ninguno de ellos entraría en la excepción del referido art. 103 LECrim. y, por lo tanto, carecería de acción penal para con su impulso mantener abierta la causa contra Sarah.

En efecto, la prohibición de accionar penalmente entre cónyuges tiene un mayor al-

cance que la excusa absoluta del art. 268 Código Penal, pues, además de no abarcar, exclusivamente, a los delitos patrimoniales, tampoco contiene la restricción que en éste se contempla, al limitar su aplicación para el caso de que los cónyuges no estuvieran separados legalmente o de hecho.

Dichos preceptos (el art. 268 del Código Penal y 103 de la LECrim.) tienen su ámbito de aplicación propio, sin que éste deba quedar restringido por las limitaciones de aquél, ya que, si se observa, la última reforma de

que el mismo fue objeto resultó ser por LO 14/1999 de 9 de junio, posterior, por lo tanto, al vigente Código Penal de 1995, de manera que, si el legislador, en dicha reforma, decidió mantenerlo en los términos que lo mantuvo sin, por lo tanto, distinguir entre que los cónyuges estuvieran separados, o no, para prohibirles accionar penalmente entre sí, en esos términos consideramos que ha de ser entendido, sin modificación alguna al respecto y, mucho menos, en base a una norma que, como el art. 268 del Código Penal es anterior.

Sentencia 9/2006, AP JAÉN, Sec. 2.ª, de 23 de enero de 2006

LESIONAR A OTRO UTILIZANDO SOSA CÁUSTICA. ENSAÑAMIENTO
Art. 22.5 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Elena Arias-Salgado Robsy**

SÍNTESIS

La acusada derramó un líquido abrasivo —sosa cáustica— sobre la cara y el cuerpo de las víctimas. La Audiencia dirime si concurre la circunstancia agravante de ensañamiento alegada por la acusación particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—HECHOS PROBADOS. Aparece probado y así se declara expresamente, valorando en conciencia las pruebas practicadas, que la procesada Olga, (...) se dirigió a las proximidades del portal (...), dónde conocía que vivía Sofía, de la que sospechaba mantenía relaciones sentimen-

tales con su esposo, Juan, portando en una bolsa de plástico al menos una botella de líquido abrasivo (sosa cáustica), y un frasco de cristal. En dicho lugar se escondió la referida procesada en el entrante de un escape de la ferretería contigua al referido portal, y esperó a que llegara Sofía, pues conocía que a esas horas solía llevar a sus hijos menores, (...) al domicilio, tras darles

de comer en el bar que regentaba. Ese día, como muchos otros, la persona que llevó a los menores fue su cuidadora, Raquel. Cuando se aproximaban al portal del domicilio, se adelantó escasos metros la menor Concepción para abrir la puerta, momento en que aprovechó la procesada, de forma sorpresiva, saliendo de su escondite sin pronunciar palabra alguna, para rociarla abundantemente con el líquido de la botella que sacó de la bolsa, dirigiendo su contenido hacia el rostro de la niña, y rociando a continuación también al otro menor, Víctor Manuel y a su cuidadora Raquel, que llegaban detrás. El menor fue protegido con los brazos por dicha cuidadora al advertir el ataque. Al acabársele el contenido de la botella referida, Olga, sacó el bote de cristal que también llevaba en la bolsa, con líquido igualmente corrosivo, y tras lanzar también su contenido, lo rompió y con sus restos persiguió escasos metros a Raquel, la cual ya había soltado al niño para que se refugiara en el portal con su hermana y pidieran auxilio, diciendo que la tenía que matar. La acusada se marchó a su domicilio, tras conseguir entrar también Raquel en el portal, donde subieron, primero Concepción, y después Raquel con Víctor Manuel, pidiendo auxilio a una vecina, la que inmediatamente y con abundante agua intentó socorrerlas, y avisó al médico.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad, se sostiene por las acusaciones la existencia de la alevosía, prevista en el artículo 22.1.º del Código Penal, en cuanto a los delitos de le-

siones, y la de ensañamiento prevista en el artículo 22.5.º del Código Penal, exclusivamente por la acusación particular que representa a los menores, esto es, en relación con el delito del artículo 149.1 del Código Penal.

En cuanto a esta última debemos recordar la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2004, que dice: En efecto, como ha dicho esta Sala Casacional, y así lo pone de manifiesto en recurrente, en el tipo descrito en el art. 148.2.º del Código Penal, concurre tanto el mayor desvalor de la acción, atendiendo a la específica brutalidad del acto lesivo, como el mayor desvalor del resultado, considerado en sí mismo y también en su significación social. En la agravante citada deben concurrir dos elementos: uno objetivo, que es la causación de males suplementarios o notoriamente superiores a los necesarios para causar el mal que el autor desea con su acción; otro subjetivo, que requiere que el autor asuma una mayor perversidad de su acción, con tintes de brutalidad. En eso consiste el ensañamiento. Y continúa: La circunstancia agravante de ensañamiento es de apreciar cuándo se producen al ofendido daños o sufrimientos no necesarios para la obtención del resultado nocivo patente en la acción, y así con ella, ha de converger necesariamente una acentuación de la voluntad dolosa del agente que, a su propósito final, añade de forma deliberada actos que aumenten el sufrimiento de la víctima y que sean contrarios al sentimiento social de humanidad.

Aplicada al caso de autos, ciertamente debemos concluir con su aplicación en cuanto al delito de lesiones agravadas del artículo 149.1 del Código Penal.

Auto 9/2006, AP LOGROÑO, Sec. 1.ª, de 23 de enero de 2006

AUTO DE CONCLUSIÓN DE DILIGENCIAS PREVIAS Y TRANSFORMACIÓN EN PROCEDIMIENTO ABREVIADO: NECESIDAD DE MOTIVACIÓN CUANDO HA PRECEDIDO PETICIÓN DE SOBRESEIMIENTO

Art. 779.1.4.º LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Miguel Rodríguez Fernández**

SÍNTESIS

Ordinariamente, el auto de conclusión de las diligencias previas, ordenando la continuación de la tramitación de la causa por los cauces del procedimiento abreviado no requerirá una especial motivación fáctica, puesto que se hace sobre la base de los hechos objeto de imputación, que son perfectamente conocidos por los imputados. Tampoco requiere una concreta calificación jurídica (tarea de las acusaciones). Pero cuando —como sucede en este caso— ha precedido solicitud de sobreseimiento, debe darse una respuesta motivada a esta pretensión.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La instructora acuerda la conclusión de las diligencias previas y su transformación en procedimiento abreviado, dictando la resolución prevenida en artículo 779.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en función de los hechos que han sido objeto de imputación, sobre los que ha girado la instrucción de las diligencias previas, que deben ser conocidos por el imputado, no obstante, tal resolución debe de ser motivada mediando una solicitud de sobreseimiento. Y sobre la motivación exigible en tal resolución ya se ha pronunciado esta Sala en ocasiones anteriores (...) dice el Tribunal Supremo, que en relación con la base fáctica del auto de iniciación de la fase intermedia del Procedimiento Abreviado, toda vez que dicho auto acuerda la conclusión

de las diligencias previas y la transformación de las mismas en Procedimiento Abreviado, lo hace en función de los hechos que han sido objeto de imputación, sobre los que ha girado la instrucción de las Diligencias Previas, y que deben ser perfectamente conocidos por el imputado. En consecuencia, el antecedente fáctico de esta resolución transformadora del procedimiento puede configurarse, ordinariamente, por remisión a los hechos sobre los que ha versado la instrucción, sin que ello ocasione indefensión al imputado. Por otro lado y en lo que se refiere a la fundamentación jurídica del auto en cuestión, basta con una referencia a los artículos relativos al procedimiento a seguir y al hecho de que se da por terminada la fase de instrucción. No cabe que el auto contenga una calificación acusatoria concreta, pues ello es función de las partes acusado-

ras. Como nos dice el Tribunal Supremo: “En lo que se refiere a la calificación jurídica del hecho no resulta esencial una calificación concreta y específica que prejuzgaría o anticiparía lo que de modo inmediato deben efectuar las acusaciones, que son las que tiene atribuida dicha función en el proceso y no al Instructor. Lo que podría condicionar la resolución que debe adoptar posteriormente el mismo Instructor respecto de la apertura del juicio oral”. No obstante y en relación con el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado dice la STS de 2 de julio de 1979 que “sólo en el caso de que exista pendiente y sin resolver una solicitud expresa de archivo, declaración de falta o inhibición, debe razonarse sucintamente por qué no se estima dicha solicitud”.

(...)

Desde esta perspectiva hemos de concluir que el Auto recurrido, incurre en nulidad, porque por parte del recurrente se solicitó el sobreseimiento y archivo de la causa

con fundamento en una motivación ampliamente expuesta, sin que el Juzgado diera respuesta alguna, limitándose a declarar que el sobreseimiento no procedía y dictando a continuación el auto recurrido. Evidentemente dicha respuesta no era exigible, en principio, al auto de transformación porque el dictado de esa resolución suponía una determinada opción que excluía el sobreseimiento; ahora bien esa respuesta deviene necesaria al mediar petición expresa de sobreseimiento por parte del acusado, respuesta que la Juzgadora no ha concedido.

El imputado puede solicitar al Instructor el sobreseimiento, como ha hecho, y la denegación debe efectuarse una vez terminada la Instrucción y de forma motivada, es decir, mediante auto en el que pone fin a la instrucción, y en su caso acuerda la iniciación del Procedimiento Abreviado, o bien mediante el recurso de reforma contra dicho Auto, ante el propio Instructor, pero en ambos casos este pronunciamiento debe ser motivado.

Sentencia 3/2006, AP CASTELLÓN, Sec. 2ª, de 30 de enero de 2006

LA PRESCRIPCIÓN EN LOS DELITOS DE CONSTRUCCIONES ILEGALES

Arts. 131, 319 y 325 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Luis Antón Blanco**

SÍNTESIS

Como quiera que la actividad constructiva es una conducta compleja, no siempre es fácil determinar el momento a partir del cual debe comenzarse a contar el plazo de prescripción del delito contra la ordenación del territorio. La Audiencia considera que, en el supuesto del art. 319 del CP, nos hallamos ante un delito permanente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Sobre la prescripción del hecho delictivo que constituiría el art. 319 del CP.

En primer término ha de resolverse la alegada prescripción del delito contra la ordenación del patrimonio planteada en el debate preliminar y desestimada, digamos que sólo “provisoriamente” en función de que la apreciación del “dies a quo” del plazo de tres años del art. 131.1 del CP y otros extremos de interés para la cuestión iban a depender del desarrollo de la prueba.

La tesis prescriptiva aunque se refería a un delito, se centraba de facto en la construcción del almacén al que aludía el fiscal en el apartado C de su calificación provisional, que se construyó —se decía— antes de la orden de paralización de las obras de fecha 10 de diciembre de 1996 que refería tal apartado, y dado que se había incoado la presente causa como diligencias previas por auto de 6 de agosto de 2001, habría transcurrido sobradamente el plazo de tres años.

Ahora, tras la vista oral, bien puede desecharse la cuestión prescriptiva. En primer lugar, precisaremos que no se trata de una “caseta” como siempre lo denomina el acusado, sino de un amplio almacén de 6 x 15 m. y 6 m. de altura, cuya construcción dio lugar a la sanción de 16 de febrero de 1999 por parte del Ayuntamiento de Onda (f. 576) de multa y condena de derribo.

El que existiere una anterior orden de paralización cautelar, no implica que tal suspensión se obedeciere y que la obra del almacén no continuare hasta finalizarla, posibilidad o sospecha que deviene de la acreditada actitud del Sr. David de imponer decididamente sus deseos, sin caso a prevenciones u obstáculos administrativos.

Puede admitirse no obstante, en virtud del informe del ingeniero de montes Íñigo de 2 de abril de 1998 (f. 118) que alude al

almacén “recién terminado” en la parcela 76, que tal hecho en sí y aislado se vería afectado por el plazo prescriptivo de tres años, pero ello no puede colmar el deseo de la dirección letrada del acusado, por dos razones:

a. La acusación por el delito “ex” art. 319 del CP la conformaba el Fiscal tanto por la construcción del consabido almacén (sin embargo, a la hora de elevar a definitivas ha añadido la construcción nueva de un extensa balsa aleadaña a la nave, sobre la base de lo dicho por un testigo de la defensa) como por la construcción de diversos caminos, afectando tal obra incluso a la vía pecuaria, de modo que aunque se apreciara la prescripción de aquel aislado hecho constructivo, no impediría el enjuiciamiento por la obra transformadora de la zona —en que el almacén se encuadra— con apertura de caminos y afectación de la vereda o colada.

b. En todo caso, el almacén no es más que una muestra dispersa, una dimensión accesoria de lo que es una obra constructiva y transformadora conjunta. No hace falta más que ver cualquiera de las fotografías, no obstante la instructora de los expedientes administrativos Sra. Cecilia apreció en su informe de 19 de mayo de 2000 (f. 45) que se trataba de “una transformación de conjunto de todas las parcelas afectadas constituyendo una unidad de explotación de considerables dimensiones, (...) obedece a un plan, proyecto o programa preconcebido confirmado por los siguientes elementos”, entre ellos el almacén.

No puede entonces pretenderse la prescripción de un hecho aislado que se integra dentro de una amplia obra constructiva y transformadora, cuando el resto o el conjunto de tal actividad supuestamente delictiva ha ido mucho más allá en el tiempo hasta quedar concluida y no presenta el menor problema prescriptivo.

Se trata en definitiva de un delito permanente, con lo que en todo caso el cómputo de la obra conjunta o única se iniciará cuando acabe su consumación, la cual, solamente si se está a lo que admite el propio acusado, se desarrolló hasta el año 1999.

Por otro lado y a mayor abundamiento, estaríamos ante un delito conexo —el 319 del CP— con el delito del art. 325 del CP, tanto que se da el fenómeno concursal. La jurisprudencia del TS establece que en los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquella que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. Acudiendo para la resolución de esta cuestión a los fundamentos procesales y especialmente a los materiales del propio instituto de la prescripción que se interpreta, la doctrina del TS, estima que en estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Y ello porque no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción pues ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecten a un segmen-

to de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto (STS de 6 de mayo de 2004)

Mas en todo caso la utilidad —en hipótesis— de la prescripción sobre el hecho del almacén sería bien escasa, porque habría de enjuiciarse toda la importante obra restante desde la óptica del art. 319 del CP, y visto además que la edificación del almacén habría sido sancionado por el Ayuntamiento de Onda en resolución de 16 de febrero de 1999 ni siquiera podría verse liberado del derribo allí acordado.

No existe en definitiva prescripción de los hechos —amplios— que constituyen la acusación del Fiscal, mas adelantaremos que tampoco sería aplicable el principio “non bis in idem” por aquella sanción del Ayuntamiento de Onda por la edificación ilegal, habida cuenta la falta de coincidencia entre aquel hecho singular y aislado, y lo que aquí se enjuicia aunque comprenda o recoja el tema del almacén como una muestra más de la obra transformadora. En este sentido por ej. la STS de junio de 2001 refiere en un supuesto de “ratio” fáctica parecida: “Los hechos probados de la sentencia impugnada se refieren no sólo a los ingredientes fácticos tenidos en cuenta en los expedientes administrativos mencionados, sino que se añade que a los siete días de recibir la notificación de la resolución definitiva de 16/5/97, ‘los Agentes Forestales comprobaron como se continuaba en la construcción de la vivienda y, en concreto, se procedía a dividir interiormente la planta superior de la vivienda’. Es decir, la dimensión fáctica que lleva a la jurisdicción penal al conocimiento y sanción de los hechos no coincide con los antecedentes de hecho de los expedientes administrativos sino que, abarcándolos, se refiere también a una situación fáctica nueva posterior a los mismos que exaspera la indisciplina urbanística del acusado hasta el extremo de hacerla penalmente relevante.”

Sentencia 6/2006, AP SALAMANCA, Sec. 1.ª, de 30 de enero de 2006

INTERPRETACIÓN DE “SE ACORDARÁ EN TODO CASO”. LA PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A LA VÍCTIMA EN LOS CASOS DE VIOLENCIA FAMILIAR Y ASIMILADOS

Arts. 48 y 57.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ramón González Clavijo**

SÍNTESIS

Razona la sentencia de la Audiencia cómo, cuando el art. 57.2 del CP ordena “en todo caso”, la imposición de la medida de prohibición de acercarse a la víctima tal disposición ha de estar debidamente motivada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En cuanto al segundo motivo del recurso, infracción de las normas del ordenamiento jurídico, en concreto en lo relativo al pronunciamiento en virtud del cual se ordena que queden en suspenso durante un año el régimen de visitas, comunicación e instancia que en su caso se hubiere reconocido en sentencia civil respecto de los hijos, hay que advertir que la sentencia de instancia no fundamenta en modo alguno el porqué de la adopción de esta medida prevista en el artículo 48 del Código Penal.

El artículo 57.2 del mismo Código establece para los delitos del tipo que nos ocupa, que el Tribunal acuerde, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48. Este precepto a su vez contempla en primer lugar la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, y acto seguido afirma, que quedarán en suspenso respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estan-

cia que, en su caso su hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

Una interpretación lógica y razonable del artículo 57.2 en relación con el artículo 48.2, supone, que si bien en base al primero de ellos, en todo caso se acordará la aplicación de la pena prevista en el segundo, debe muy bien matizarse que una cosa es la prohibición de aproximarse a la víctima y otra la de aproximarse a sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, personas entre las que evidentemente, pueden encontrarse los hijos o sometidos a custodia, pero, en cualquier caso, sería obligado un pronunciamiento expreso del Juez al respecto, sin que se haga recibo la cita genérica de la totalidad del artículo 48 sin distinción alguna, pues ello supone una falta de motivación de la sentencia respecto de una medida de especial trascendencia, no sólo para el acusado condenado, sino también para los menores, cuyo interés debe ser siempre objeto de especial protección tal y

como establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

En el recurso se cita la Sentencia de 4 de abril de 2005, en virtud de la cual se mantiene, siguiendo la STS de 11 de marzo de 2004 en relación con la de 2 de marzo de 1969, que el artículo 57 tiene un carácter híbrido entre pena y medida de seguridad, y

siendo una pena accesoria, sólo se puede imponer a personas declaradas previamente culpables, y la STS de 31 de octubre de 2003, advierte que la pena cuestionada no es una pena accesoria propiamente dicha, cuya imposición debe ser automática como consecuencia de la imposición de la correspondiente pena principal.

Sentencia 174/2006, AP BARCELONA, Sec. 5.ª, de 14 de febrero de 2006

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS: AUTOMATISMO DE MEDIDA ACORDADA “INAUDITA PARTE”

Art. 89 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Augusto Morales Limia**

SÍNTESIS

Examina la sentencia la medida de seguridad de expulsión de extranjeros del territorio nacional, en la redacción que la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, dio al precepto. En particular, revisa las exigencias de audiencia de parte, motivación y ponderación de la proporcionalidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Invoca infracción de ley por inaplicación del art. 89 CP. Dicha parte recurrente entiende que el juez “a quo” confunde el supuesto establecido en el precepto invocado y los supuestos de expulsión administrativa en aplicación de la ley de extranjería, que son los que requieren la audiencia a la que se refiere la sentencia de instancia, pero no en el caso de que se trata en que, en definitiva, por una opción del legislador de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que se viene a establecer la

sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional durante un período de diez años de una manera automática.

El juez “a quo” sostuvo, por su parte, que el automatismo en la aplicación del art. 89 CP sería contrario a los derechos fundamentales del acusado, al no haberse celebrado esa audiencia que permita valorar individualizadamente las circunstancias del caso, como lo ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y ratificado el Tri-

bunal Supremo en sentencias de 21 de enero de 2002 y 8 de julio de 2004.

Pues bien, traemos a la vista la STS de 8 de julio de 2004 citada por el juez “a quo” (núm. 901/2004, rec. 7/2004), que a su vez también alude a la de 21 de enero de 2002, y que, por su interés, reproducimos ahora casi en su totalidad:

«... La cuestión que motiva el recurso tiene una indudable importancia desde una triple perspectiva:

a) Del número, cada vez más creciente, de personas susceptibles de que se les aplique tal medida de seguridad por aumento del número de inmigrantes ilegales,

b) Desde la afectación directa que tiene la medida de expulsión en relación a otros derechos fundamentales de las personas afectadas, con independencia de su condición de inmigrante ilegal y, finalmente,

c) Porque la regulación actual del art. 89, en la redacción dada por la LO 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros constituye un ejemplo del vértigo legislativo que tiene por objeto el Código Penal.

En efecto, por lo que se refiere al artículo 89, podemos contabilizar tres versiones diferentes en el corto espacio de tiempo de ocho años. La primera estuvo en vigor desde la vigencia del Código Penal —LO 10/1995 de 23 de noviembre— hasta el 22 de enero de 2001, la segunda versión dada por la LO 8/2000 desde el 23 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003, y la tercera —la actualmente en vigor— dada por la LO 11/2003, estrenó su vigencia a partir del 1 de octubre de 2003, no siendo ocioso recordar que cada versión ha ofrecido una versión más endurecida contra los emigrantes ilegales condenados por delitos.

Centrándonos en la regulación actualmente en vigor, que es la que estaba en vigor cuando se dictó la sentencia sometida al presente control casacional —de fecha 19 de

noviembre de 2003—, de ella podemos destacar, en lo que interesa al presente recurso, las siguientes notas:

a) Se produce un importante cambio en la filosofía general que inspiraba la expulsión de extranjeros ilegales por la comisión de delitos, pues lo que desde la vigencia del actual Código era una decisión discrecional que podía adoptar el Tribunal sentenciador respecto de los condenados a penas inferiores a seis años “... las penas privativas de libertad... podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional...”, se convierte en una conminación legal dirigida al juzgador en el actual art. 89.1 “... las penas privativas de libertad... serán sustituidas...”, de suerte que lo antes de la LO 11/2003 era una excepción frente a la regla general de cumplimiento de las penas de prisión, ahora se invierte, de modo y manera que sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario.

No es difícil buscar la razón de tan importante giro en una filosofía puramente defensiva de devolver a sus países de origen a los que hayan cometido en España delitos dentro del marco legal previsto en el artículo, con el propósito confesado en la Exposición de Motivos de la Ley que se comenta, de “... evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto...”, justificándose tal decisión porque la expulsión “... se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y han delinquido...” En todo caso no debe olvidarse la incidencia directa que tal medida va a tener en la población reclusa al provocar una drástica disminución del número de extranjeros en prisión.

b) Consecuencia de la imperatividad de la expulsión es que ha desaparecido del texto actual la necesidad de previa audiencia del penado de la que se derivaba la exigencia de motivación de la decisión que se adoptase. Por contra, ahora sólo se exige la motivación cuando, de forma excepcional,

se estime que “la naturaleza del delito” exige y justifica el cumplimiento de la condena en prisión.

c) El periodo de la efectividad de la expulsión, que antes era de tres a diez años, lo que permitía una individualización temporal de la medida, ahora es, en todo caso, de diez años.

Las dudas que habían surgido antes respecto a la naturaleza de la expulsión, han quedado aclaradas ya que se está en presencia de una medida de seguridad no privativa de la libertad como lo patentiza la reforma del art. 96 llevada a cabo —en este caso— por la LO 15/2003 que entrará en vigor el 1 de octubre de este año de 2004. En el párrafo 3.º apartado segundo, se califica como medida de seguridad no privativa de la libertad la expulsión de extranjeros.

Es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona —sea o no inmigrante, ilegal o no— que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el art. 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del art. 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado.

Al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica,

ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba —y así está en la actualidad— respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado “... olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir... y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión...”.

En efecto, un estudio de la Jurisprudencia del TEDH que constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de Derechos Humanos para todos los tribunales europeos, nos permite verificar la exigencia de un examen individualizado, con alegaciones y en su caso prueba, para resolver fundamentamente y así:

a) La sentencia de 18 de febrero de 1991 —caso Moustaquim vs. Bélgica— declaró contrario al Convenio la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatarse que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el art. 8 del Convenio no podía ceder ante exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada.

b) La sentencia de 24 de enero de 1993 —caso Boncheski vs. Francia— se llegó a la solución contraria en base a la gravedad de los delitos que exigían un plus de protección del mismo que justificó la medida de expulsión aunque el penado llevaba dos años en Francia y estaba casado con una francesa.

c) La sentencia de 26 de abril de 1997 —caso *Mehemin vs. Francia*— consideró desproporcionada la medida dados los vínculos y arraigos en Francia —casado con francesa—, y la relativa gravedad del delito cometido —tráfico de drogas—; la reciente STEDH de 10 de abril de 2003 analiza el nivel de cumplimiento por parte del Estado Francés respecto de lo acordado en aquella sentencia.

d) La sentencia de 21 de octubre de 1997 resolvió en sentido contrario y, por tanto favorable a la expulsión dada la gravedad del delito a pesar de contar con arraigo en Francia donde vivía desde los cinco años. Idéntica es la sentencia de 19 de febrero de 1998 —*Dallia vs. Francia*— o la de 8 de diciembre de 1998.

También se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional —SSTC 99/85 de 3 de septiembre, 242/94 y 203/97—, ciertamente con anterioridad a la actual reforma, pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita de la libertad de residencia y desplazamiento. Estimamos que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones —tal vez la esencial— es “vivir juntos” —SSTEDH de 24 de marzo de 1988, *Olssen vs. Suecia*, 9 de junio de 1998, *Bronda vs. Italia*, entre otras, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única

garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

Una vez más hay que recordar que, todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión.

Esta misma Sala en la STS 17/2002 de 21 de enero —anterior a la actual regulación— acordó la nulidad de la expulsión por falta de trámite de audiencia, sin perjuicio de que se reconociera, en sede teórica, que la decisión —motivada— corresponde al Tribunal sentenciador no siendo susceptible de casación como, ya antes, lo habían declarado las SSTS 330/1998 de 3 de marzo y 1144/2000 de 4 de septiembre.

Desde esta doctrina pasamos a estudiar las concretas denuncias efectuadas por el recurrente:

a) Se denuncia la omisión del trámite de audiencia, al respecto hay que decir que en este aspecto, el art. 89 introduce, o parece introducir con su silencio, una innovación al eliminar el trámite. Sin perjuicio de reconocer que como innovación procesal, tal artículo es aplicable al caso de autos pues ya estaba vigente el momento de dictarse la sentencia, es lo cierto que la exigencia de la audiencia viene dictada o como ya hemos dicho, por la existencia de derechos relevantes que pueden ser sacrificados o anulados con tal decisión de expulsión, por lo que es preciso en una relectura del precepto en clave constitucional como ya hemos dicho, bien que tal audiencia pueda efectuarse dentro del propio Plenario.

En el presente caso se ha acordado “sic et simpliciter” tal medida solicitada por el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas, cuando ya se habían concluido los debates, restando sólo el derecho a la

última palabra, que obviamente no satisface las exigencias de tutela de los valores de la familia y el derecho a elegir residencia, en consecuencia ya podemos anticipar que el recurso formalizado va a prosperar con consiguiente eliminación de la medida de expulsión acordada. Las demás denuncias son consecuencia de la decisión tan automática como infundada, que se adoptó en una aplicación literal del art. 89.1.

b) Se denuncia lo sorpresivo de la petición del Ministerio Fiscal efectuada en el trámite de conclusiones definitivas.

Lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer “ex ante” y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen procedentes por la parte afectada. En el presente caso tal momento supuso, de hecho, una indefensión con trascendencia en la quiebra de la protección de derechos fundamentales como el de defensa, causante de indefensión y protección a la familia —art. 16 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 del Convenio Europeo y art. 39 de la Constitución—.

c) Se denuncia la desproporción de la medida porque el recurrente fue condenado a tres años de prisión y ya ha cumplido, prácticamente, casi la mitad de la pena, con lo que la medida de expulsión en este caso, no sería sustitutoria de la pena sino acumulativa de esta. Tampoco le falta razón al recurrente.

d) Finalmente se denuncia el arraigo del penado en España, se dice en el motivo que reside en España desde hace 17 años, tiene constituida familia desde hace años, existiendo dos hijos menores nacidos en España que tiene bajo su patria potestad. No nos corresponde indagar sobre la veracidad y acreditación de tales afirmaciones, sólo verificar que la expulsión se ha acordado de forma automática, inmotivada, “inaudita parte” y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación, ciertamente de conformidad con la literalidad del

art. 89, que como ya hemos dicho es preciso integrar desde la perspectiva constitucional más amplia como ya se ha razonado.

En tales casos, como ya hemos adelantado procede estimar no ajustada a derecho la decisión de expulsión, lo que se traduce en eliminar del fallo de la sentencia la orden de expulsión, dejando intacto el resto de los pronunciamientos.

Procede la estimación del recurso».

Pues bien, de la mera lectura de esta STS se comprueba que el juez “a quo”, aunque ha simplificado en demasía la reseña que hace de dicha resolución, no se ha confundido con situaciones de expulsión administrativa. Simplemente se limita a aplicar el criterio del Tribunal Supremo sobre la correcta interpretación y aplicación del vigente art. 89 CP.

Otra cosa distinta, decimos nosotros, es que dicho trámite de audiencia no pueda tener lugar durante el mismo acto del juicio oral, en los supuestos en que está presente el acusado, sin necesidad de acudir a un trámite suplementario diferente al propio del juicio. Si el acusado está presente, si le asiste su Abogado, y, como dice el propio Tribunal Supremo, se hace la petición de sustitución de la pena de prisión por la medida de seguridad de expulsión del territorio nacional durante diez años en el trámite de conclusiones provisionales (no en el de definitivas), y, consiguientemente, el acusado ha podido proponer prueba durante dicho acto para acreditar su arraigo entre nosotros y las demás circunstancias personales a que se refiere el Tribunal Supremo, a fin de que el juez del enjuiciamiento las pueda valorar y motivar debidamente, no parece que haya inconveniente alguno para dar por celebrada válidamente aquella audiencia. El problema que se presenta en este caso concreto es que el Fiscal no hizo su petición de sustitución de la pena de prisión por la medida de expulsión en el trámite que el TS entiende es el adecuado, es decir, en conclusiones provisionales, pues lo hizo en las definitivas. A partir de ahí, nuestro Alto Tribunal no acepta como válida la aplicación automática de

la sustitución de la pena de prisión por la medida de expulsión que permite el art. 89 CP por las razones antes dichas. Se podrá estar o no de acuerdo con dicha interpreta-

ción jurídica, pero es evidente que si la sigue el TS no puede aceptarse que el juez a quo haya incurrido en el vicio denunciado de infracción de ley.

Sentencia 83/2006, AP MADRID, Sec. 6.ª, de 14 de febrero de 2006

USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA DE LA BOLSA: "DIES A QUO" DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

Arts. 130, 131, 132 y 285 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Julián Abad Crespo**

SÍNTESIS

Concibe la Sala el tipo del art. 285 del CP como un delito de resultado y estima que tal resultado se produce cuando, tras obtener los actores la información privilegiada, las acciones alcanzan el máximo de cotización bursátil.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Como cuestión preliminar y antes de entrar en el estudio del fondo de los recursos interpuestos conviene realizar una serie de precisiones ante los alegatos contenidos en el auto por el que se deniega la prescripción del delito y en los escritos de recurso.

1.º Lo primero que ha de dejarse patente, frente a lo que se dice en el auto del juzgado instructor de 7 de junio de 2005, es que por este Tribunal en su auto de fecha 6 de junio de 2003 por el que revocando el auto de inadmisión de querrela, dictado por el juzgado instructor el 14 de febrero de 2003, acordaba que se continuara la instrucción de la causa, en ningún momento realizó pro-

nunciamento alguno en cuanto a la prescripción del delito imputado, limitándose únicamente a constatar que los hechos denunciados revestían los caracteres de delito que había que investigar previa y anteriormente a la adopción de cualquier resolución del signo que fuera, ya tendente al archivo de las actuaciones ya tendente a la continuación del procedimiento por los trámites del procedimiento abreviado.

En todo caso, aun en el supuesto que se entendiera que por este Tribunal se analizó en aquel auto el instituto de la prescripción, lo que ya se ha dicho no fue así, lo cierto sería que en ningún caso a tal resolución podría otorgarse la eficacia de cosa juzgada que impidiera su planteamiento y discusión en un momento posterior, en el que se hicie-

ran patente nuevos datos o planteamientos no considerados entonces, como ahora se realiza. Así no puede obviarse que la Ley de Enjuiciamiento Criminal al tratar en el procedimiento ordinario los artículos de previo pronunciamiento, en su artículo 666 fija entre ellos el de la prescripción, dejando patente en sus artículos siguientes el distinto efecto que producen la estimación o la desestimación de la misma con carácter previo a la sentencia. Así en su artículo 675 dispone que su estimación determina la procedencia de acordar el sobreseimiento libre, por lo que una vez esta resolución deviniera firme equivaldría a una resolución definitiva, ganando en consecuencia los efectos de la cosa juzgada material. Por el contrario este efecto de cosa juzgada no se produce en el supuesto de desestimación con carácter previo de tal artículo de previo pronunciamiento como se constata con sólo leer el artículo 678 de la ley adjetiva que permite a las partes reproducir su pretensión en el juicio oral, como medio de defensa.

(...)

Tercero.—Entrando en el fondo de los recursos interpuestos, es cierto como señala el juez “a quo”, que este tribunal de apelación ha venido sosteniendo, como ahora sostiene, que la institución de la prescripción, constituye una causa legal de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.6 del CP de 1995) por el transcurso del tiempo, bien a partir del momento de comisión del hecho delictivo de que se trate hasta la iniciación del correspondiente procedimiento bien por la paralización de éste, durante el período de tiempo legalmente establecido, que varía en función de las penas con que el Código Penal castiga los correspondientes delitos (art. 131 del CP), y tiene su fundamento en el efecto destructor del tiempo, en cuanto priva de eficacia a la pena y destruye o hace imposibles las pruebas. De ahí la concepción mixta (sustantivo-procesal) defendida por parte de la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de esta institución a la que, en la actualidad, según reite-

rada y pacífica jurisprudencia del Tribunal Supremo, se reconoce naturaleza sustantiva y la posibilidad de ser apreciada de oficio en cualquier instancia de la causa, en cuanto se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (SSTS de 27 de junio de 1986, 14 de diciembre de 1988, 31 de octubre de 1990 y 22 de septiembre de 1995, entre otras muchas). En este mismo sentido la más reciente sentencia del Tribunal Supremo n.º 421/2004 de 30 de febrero recuerda como “Reiterada jurisprudencia de esta Sala ha reconocido, por lo que ahora importa, la naturaleza sustantiva de la prescripción y la posibilidad de ser apreciada de oficio en cualquier instancia de la causa en cuanto se manifiesten con claridad los requisitos que la definen y condicionan (TS 224/2002 de 12 de febrero).”

El plazo de prescripción de los delitos se interrumpe (art. 132.2 del CP) desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, y tratándose del supuesto de paralización del mismo, cuando el órgano judicial dicte alguna resolución que ofrezca un contenido sustancial propio de una puesta en marcha o prosecución del procedimiento, que revelen que la investigación avanza, pues no cualquier diligencia o acto procesal tiene fuerza para interrumpir el curso de la prescripción (S de 4 de diciembre de 1998).

Partiendo de lo dicho, habrá de determinarse cuando se consuma el delito de información privilegiada contemplado en el artículo 285 del Código Penal. La cuestión en principio podría resultar compleja al tenor del artículo 285 CP, en su redacción actual, “Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad”, máxime cuando, como bien exponen los re-

currentes, no existen antecedentes jurisprudenciales que la resuelvan, e incluso la doctrina científica discute si: se trata de un delito de peligro en el que el beneficio superior a los 600.000 euros aparece como óbice de punibilidad, en este contexto Martín Pallín reseña que “Nos encontramos ante una categoría de delitos que podrían ser clasificados como de peligro, ya que el solo uso de la información produce la lesión del bien jurídico que es la confianza en el buen funcionamiento del mercado de valores”, en el mismo sentido Muñoz Conde considera igualmente que el beneficio o perjuicio exigido por el tipo “aparece como una condición objetiva de punibilidad ya que la cuantía de 75 millones (hoy en día 600.000 euros) no sólo es una indicación de límite entre infracción administrativa y delito, sino también una voluntad de dejar impune la tentativa, lo que no sería posible de entender el beneficio o perjuicio como resultados del delito. Mientras que otro sector de la doctrina entiende que es un delito de resultado en el que el mismo viene determinado por dicho beneficio económico, así Bajo Fernández reseña “Estoy de acuerdo con este autor (Muñoz Conde) que no es punible la tentativa, porque no sería más —añado yo (Bajo Fernández)— que el “preparar, comunicar o recomendar” sancionados administrativamente en el art. 81 LMV, pero eso no obliga a entender el beneficio o perjuicio del art. 285 como condiciones objetivas de punibilidad. Son auténticos resultados que deben ser abarcados por el dolo, producidos causalmente e imputables a la conducta del autor.” “A efectos probatorios, quizás la cuantía del beneficio no revista especiales dificultades. Pero, la determinación del perjuicio contiene inconvenientes de difícil superación”.

Esta discusión doctrinal en el presente caso deviene irrelevante a los efectos del plazo de prescripción del tipo básico del artículo 285, pues aun en el supuesto de que, en la peor de las interpretaciones para los imputados, se partiera de que se trata de un delito de resultado, el mismo se consumaría

con la máxima cotización que hubieran tenido en la bolsa las acciones de tabacalera tras hacerse pública la información que con carácter privilegiada poseían con anterioridad aquellos, pues en ese momento temporal es cuando se produce el mayor beneficio patrimonial para los imputados, lo que acaece el día 26 de septiembre de 1997, según se muestran de acuerdo todas las partes procesales, y se constata del informe del Instituto Español de Analistas Financieros acompañado al testimonio deducido para la resolución del presente recurso a los folios n.º 3.155 y 3.156. A tenor de ello y visto que la querrela iniciadora del presente procedimiento se presenta el día 22 de noviembre de 2002, ya habrían transcurrido desde la consumación del delito al inicio del procedimiento penal el plazo de 5 años que de prescripción establece el artículo 131 del Código Penal cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco, que es el supuesto del tipo básico del artículo 285 CP analizado castigado con pena “de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años”.

De lo anterior queda claro que este tribunal de apelación no está de acuerdo con el juez “a quo” cuando fija como día de consumación del delito el 27 de febrero de 1998, último en que los imputados venden las acciones previamente adquiridas por mor de la información privilegiada de que gozaban de la compra de Havatampa por Tabacalera y de la subida del precio de las labores del tabaco. Ello es así en cuanto —siguiendo en la hipótesis de que el delito lo fuera de resultado— el resultado típico, la obtención de un beneficio superior a los 600.000 euros, ha de encontrarse abarcado por el dolo del autor del delito aunque fuera como dolo eventual —entendido como la intención de obtener el mayor beneficio posible de la esperada subida de la cotización de las acciones al hacerse pública la información privilegiada, y representándose y aceptando que el beneficio obtenido supere el tope de los

600.000 euros—, y en íntima relación de causalidad con el hecho base de la información privilegiada poseída inicialmente. Siendo lo cierto que este dolo, aun cuando fuera eventual, y esta relación de causalidad únicamente pueden encontrarse en la máxima cotización de las acciones tras hacerse público los hechos en que consiste la información privilegiada, pues es notorio que una vez que el mercado conoce un hecho relevante para una compañía que cotiza en bolsa reacciona de forma inmediata —comprando si es beneficioso o vendiendo si es perjudicial— durante una serie de sesiones consecutivas hasta una fecha tope en el que la cotización de la compañía en cuestión alcanza su punto de inflexión, bien en un máximo bien en un mínimo, a partir del cual, absorbida la información, vuelve a su normalidad y se ve influenciado por otros nuevos hechos o factores del todo ajenos a aquel que en su día constituyó la información privilegiada y que siendo conocidos, intuitivos o esperados por los inversores determina las consiguientes operaciones a realizar. Esta coyuntura se constata igualmente en el supuesto analizado del informe emitido por el Instituto Español de Análisis Financieros anteriormente reseñado, que proporciona la cotización día a día de las acciones de tabacalera desde el 11 de septiembre al 20 de octubre de 1997, y en el que se comprueba como desde el 12 de septiembre, fecha en que el mercado conoce los hechos de la adquisición de Havatampa y la subida de las labores del tabaco, hasta el 26 de septiembre siguiente las acciones de Tabacalera suben en su cotización todos los días, y a partir del referido día 26 la caída de la cotización de dichas acciones es diaria con excepción de 3 repuntes al alza los días 10, 16 y 20 de octubre. Es por ello por lo que el dolo de los imputados al conocer y usar de forma privilegiada lo que los demás inversores desconocían cubre el mayor valor que alcanzaron las acciones el 26 de septiembre de 1997, una vez que se hizo pública al mercado los hechos que constituyen la información privilegiada que poseían con carácter

previo, momento a partir del cual se rompe la relación de causalidad. Entenderlo de otra forma y llevar la consumación al tiempo de la venta que puedan realizar de las acciones los “insider” bastante tiempo después, incluso años, dejaría absolutamente difuso e incomprensible cuál fuera el bien jurídico protegido por la norma penal, y en el que la doctrina se mantiene bastante unánime al señalar como tales: el interés de la economía en general, al hacer peligrar la confianza del inversor y por tanto el funcionamiento del mercado de capitales; en segundo lugar en cuanto pueden considerarse como un abuso de confianza respecto de la empresa en la cual o para la cual trabaja el iniciado; y por último en cuanto entraña un engaño para los otros inversores y en consecuencia una violación del principio de igualdad de oportunidades. Así el profesor Rodríguez Mourullo indica cómo “En una economía de mercado como la que reconoce nuestra Constitución en su artículo 38, el mercado de valores representa una pieza clave. De ahí deriva el interés colectivo de que tal mercado funcione con normalidad, según las reglas naturales que lo conforman. Entre esas reglas ocupa lugar fundamental la igualdad de oportunidades de todos los inversores y operadores en bolsa (el igualitarismo de mercado estadounidense o la igualdad de riesgo tedesca). Cualquier alteración abusiva de esa igualdad de oportunidades perturba el normal funcionamiento del mercado de valores y, en última instancia, el orden económico. Nos encontramos, pues, ante un interés colectivo de relevante importancia para el desarrollo económico de la sociedad y que, por tanto, desde este punto de vista, es digno, en su caso, de protección penal”. Por su parte el profesor Bajo Fernández reseña cómo “La doctrina mayoritaria señala el mercado como bien jurídico protegido en el delito del art. 285 del Código Penal. Esta vaga referencia a un objeto de definición imprecisa, unos la entienden como “transparencia y fiabilidad del mercado” o “correcto funcionamiento del mercado”; otros como el principio de “conurrencia en condiciones de

igualdad de todos los inversores”, lo que constituye principio básico de la economía mercado. En definitiva, para la doctrina mayoritaria es el normal funcionamiento del mercado y la igualdad de inversores y operadores en Bolsa, lo que se convierte en objeto de protección del precepto”. Mientras Martín Pallín señala “El necesario equilibrio que se debe buscar en el funcionamiento del mercado de valores justifica la fiscalización y control que se orientará preferentemente a detectar la aparición en el mercado de personas o empresas que se valen de información privilegiada para sus intereses particulares, introduciendo la desconfianza en la masa de inversores”. Pareciendo evidente que tales bienes jurídicos se ven atacados cuando se emplea la información privilegiada y se obtiene por medio de ellas los beneficios previsibles, pero no cuando con bastante tiempo después de haber cesado en el mercado los efectos de los hechos en que consiste la información privilegiada, se procede a la venta de aquellas acciones obteniendo un beneficio o perjuicio que resultan del todo ajenos a aquella situación de privilegio. Entenderlo de otra forma supondría, como bien señalan los recurrentes, dejar del todo impune, por no consumarse el delito, a aquellos “insider” que nunca vendiesen o trasmitiesen en vida sus acciones, como a aquellos “insider” que decidiesen, por cualquier causa, asumir “sine die” el riesgo de continuar jugando a la bolsa y llegaran a transmitir las acciones incluso por debajo del valor de compra ante cualquier revés bursátil por la presencia de un episodio posterior relevante y desfavorable para la compañía.

Como tampoco puede compartirse la tesis del juez “a quo” de negar valor económico cierto y determinado a las acciones cotizadas en bolsa, de las que se publica diariamente su cotización, como se constata del informe del citado Instituto Español de Análisis Financiero, y negar la plusvalía generada en un día en concreto en tanto no sean vendidas las acciones y transformado su valor en dinero.

Cuarto.—La acusación popular y el Ministerio Fiscal, en sus escritos de impugnación centran sus esfuerzos para oponerse a la prescripción, tipificando los hechos dentro de las figuras agravadas contempladas en los apartados 2.º, que el beneficio obtenido sea de notoria importancia y 3.º, que se cause grave daño a los intereses generales, del n.º 2 del citado artículo 285 en su redacción dada por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, y que anteriormente se contemplaban en el artículo 286. Aplicación de esta figura agravada que implicaría una pena típica de cuatro a seis años de prisión y por ende un plazo de prescripción de 10 años al tenor del artículo 131 del Código Penal.” A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10”. Plazo de prescripción que al día de la fecha de esta resolución en modo alguno habría transcurrido.

Con relación a la primera cuestión, la acusación popular funda la notoria importancia del beneficio obtenido por los acusados al cifrarlo en la suma de 650 millones de pesetas (3.906.578,68 euros). Esta cifra que resulta mareante para el ciudadano medio de este país, necesariamente ha de ponerse en relación para determinar la notoria importancia del beneficio obtenido y en consecuencia con la posibilidad de aplicar la figura agravada prevista en el mentado apartado 2.º, con otra cifra igualmente mareante de 600.000 euros (99.831.600 ptas.) que como beneficio mínimo contempla la figura básica del artículo 285 CP, para el nacimiento del delito. De esta relación se comprueba que la acusación particular funda la aplicación de esta figura agravada en un beneficio económico 6,5 mayor al mínimo exigido por el artículo 285 para que surja el delito básico que contempla.

Nuevamente surge a la hora de resolver la cuestión la problemática de la inexistencia de cualquier pronunciamiento jurisprudencial en torno a esta agravación contemplada en el artículo 285 del Código Penal.

Es por ello por lo que a falta de doctrina jurisprudencial aplicable al tipo analizado, ha de acudirse necesariamente a la establecida para otros tipos delictivos en que aparece una agravación en base a la especial gravedad de la cuantía defraudada como sucede con el delito de estafa sobre los que existen múltiples pronunciamientos del Alto Tribunal. Así referido al delito de estafa la sentencia del Tribunal Supremo n.º 180/2004 de 9 de febrero recuerda como a partir del año 1991 la doctrina de ese Alto Tribunal estableció el módulo de 2.000.000 de pesetas para la agravante de cuantía ordinaria, y la de 6.000.000 de pesetas para la agravante muy cualificada, se fijan en las sentencias de 21-6 y 16-9-1991, y se han mantenido hasta la actualidad (STS de 16-7-1992, 28-9-1992, 13-5-1996, 25-11-1996, 12-12-1996, 12-5-1997, 17-11-1997, 7-1-1998, 22-1-1999, 21-3-2000, 6-11-2001). Partiendo de las referidas cantidades económicas si se ponen en relación con la suma de 400 euros (66.554 ptas.) que el tipo de la estafa del artículo 249 del Código Penal establece como importe mínimo para que surja este delito, se comprueba como por el Tribunal supremo para aplicar la agravación de cuantía ordinaria exige que la suma defraudada sea 30,05 veces superior a la mínima del tipo básico, y para aplicarla como muy cualificada que sea 90,15 veces superior a la mínima del tipo básico. Criterio jurisprudencial que trasladado al supuesto analizado en el que el beneficio imputado es 6,5 veces mayor frente a aquellos 30,05 y 90,15, constata la inviabilidad de la pretensión planteada por la acusación popular para fundar la aplicación esta figura agravada contemplada en el n.º 2.2 del artículo 285 CP, en cuanto se revela como contraria al principio de proporcionalidad de las penas.

Con relación a la segunda cuestión, formulada por el Ministerio Fiscal el grave daño a los intereses generales, y que funda en la trascendental quiebra de la confianza en las reglas que disciplinan el mercado de valores, al ser cometidos por Víctor Manuel, a la sazón presidente de una empresa pública

como era Tabacalera, y que al entender del Ministerio Público era una de las principales empresas del país, integrada en el selecto Ibex 35, con gran número de inversores privados afectados.

La cuestión así planteada en abstracto es redundar en el bien jurídico protegido por el tipo base del artículo 285 que, ya se dijo anteriormente es el interés de la economía en general, al hacer peligrar la confianza del inversor y por tanto el funcionamiento del mercado de capitales; en segundo lugar en cuanto pueden considerarse como un abuso de confianza respecto de la empresa en la cual o para la cual trabaja el iniciado; y por último en cuanto entraña un engaño para los otros inversores y en consecuencia una violación del principio de igualdad de oportunidades. Es por ello por lo que no concretándose esa especialísima gravedad en que poder fundar la aplicación de esta agravación, que vaya mas allá de atribuirse la comisión del delito al presidente de Tabacalera, difícilmente la misma puede operar, pues lo cierto es que la información privilegiada la poseen los altos cargos de las empresas, y no consta que Víctor Manuel fuera síndico de la bolsa ni tuviera cargo alguno en la misma que pudiera inferir ese gravísimo perjuicio que yendo mas allá de la lesión al bien jurídico protegido por el tipo básico del artículo 285 justifique la aplicación de esta figura agravada.

En definitiva, por lo ya dicho, no puede apreciarse la aplicación de las figuras agravadas pretendidas por las acusaciones pública y popular, por lo que habiéndose iniciado el presente procedimiento una vez transcurrido el plazo de cinco años desde la consumación del delito de información privilegiada del artículo 285 del Código Penal, el mismo se encontraba prescrito al tiempo de presentarse la querrela por parte de Auge, por lo que necesariamente ha de estimarse los recursos presentados, revocando la resolución y en su lugar procede declarar la prescripción del delito imputado a Víctor Manuel, Erica y Benjamín, acordando el sobreseimiento libre de las actuaciones en vir-

tud del n.º 3 del artículo 637 y del artículo 779, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

En consecuencia, los presentes recursos deben estimarse en cuanto pretenden se deje sin efecto el pronunciamiento judicial por el

que se acuerda la continuación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado, y en cuanto al pretendido sobreseimiento y archivo de la causa, debe estarse a lo ya resuelto en el citado auto de 2 de noviembre de 2005.

Sentencia 16/2006, AP SALAMANCA, de 23 de febrero de 2006

GRADOS DE EJECUCIÓN EN EL TIPO DE SIMULACIÓN DE DELITO

Arts. 16 y 457 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ramón González Clavijo**

SÍNTESIS

Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, distingue esta sentencia dos posibilidades sobre la consumación del tipo de la simulación de delito, según que no llegue a incoarse procedimiento penal alguno (a pesar de denunciar verosíblemente los hechos ante funcionario policial o administrativo) o sí llegue a incoarse. En el primer supuesto debe distinguirse si la no incoación del procedimiento penal se debe a la retractación del denunciante ante la propia policía.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) está suficientemente acreditado que se iniciaron actuaciones judiciales como consecuencia de la denuncia interpuesta por la ahora recurrente, actuaciones que realmente fueron mínimas ya que tras la denuncia de fecha 8 de julio de 2003, por un delito de robo, el 10 de julio del mismo año se dictó auto de incoación de las diligencias previas, acordando en el mismo el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, por falta de autor.

El 16 de julio de 2003 la denunciante del robo compareció en la Comisaría de Policía, previamente citada por el instructor policial, reconociendo en ese momento que había formulado la denuncia para cobrar un seguro cuya póliza creía en vigor. Previamente la policía científica había realizado una inspección ocular y había localizado testigos que afirmaban que en el espacio de tiempo en que supuestamente se había perpetrado el hecho nadie había salido del portal del inmueble portando los enseres denunciados como sustraídos.

Realmente este motivo de recurso guarda íntima relación con la alegada indebida aplicación del art. 457 del CP al entender que no se cumplen los elementos del tipo por no practicarse por el Juzgado de Instrucción actuaciones de entidad suficiente como para ser calificadas de procesales. Sin embargo ello no es así. El tipo se ha consumado y difícilmente puede hablarse, en consecuencia, de desistimiento.

Con respecto a la denunciada ausencia de actividad procesal, (...) que señala el recurrente, no es tal atendiendo, como es de rigor, dado el cauce casacional utilizado, del escrupuloso respeto de los hechos probados. Pues lo cierto es que allí se deja constancia que la denuncia —a que antes hemos hecho referencia— fue repartida al Juzgado de Instrucción núm. 40 de Madrid, el cual incoó las diligencias previas 4906/97 en las que se dictó inmediato auto de sobreseimiento provisional de 4-9-1997 por falta de autor conocido.

Se trata, pues, de actuaciones genuinas e indudablemente de carácter procesal ejecutadas por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones en relación con un delito de robo con fuerza que determinó la apertura del oportuno procedimiento judicial y su sobreseimiento provisional por no aparecer autor conocido, como causa prevista en el art. 641 de la LECrim., lo que dejaba latente el proceso en tanto la policía judicial realizara las investigaciones oportunas para la identificación y detención de los autores del hecho denunciado, en cuyo momento se produciría la reapertura y se proseguiría la subsiguiente actividad procesal correspondiente.

Sin olvidar que las diligencias policiales practicadas en esclarecimientos y averiguación de los hechos delictivos denunciados se incorporan al procedimiento judicial incoado, bajo el control del Juez que las asume y evalúa procesalmente a los efectos de dictar las resoluciones procedentes.

Ha existido, en suma, la actuación procesal que niega el recurrente, (...)

(...)

En cuanto a los diferentes grado de ejecución que se pueden dar en esta infracción, la STS de 6-3-2002 señala que "... cabe, en consecuencia y como doctrina general, diferenciar en este tipo delictivo tres supuestos en lo que se refiere al grado de ejecución:

1.º) Cuando se simula en forma aparentemente verosímil ante un funcionario policial o administrativo haber sido responsable o víctima de una infracción penal y sin embargo no llega a incoarse procedimiento penal alguno, por ejemplo porque los funcionarios policiales que tramitan el atestado descubren la falacia en el curso de las primeras diligencias practicadas antes de la remisión de las actuaciones a la Autoridad judicial: en tal caso nos encontramos ante un delito no consumado, dado que la mera incoación del atestado no equivale a «actuaciones procesales». La tentativa es punible, conforme al art. 16 del CP/1995, porque el agente ha practicado actos que objetivamente deberían producir el resultado —la incoación de un procedimiento penal— y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2.º) Cuando la denuncia inicial provoca la incoación de un procedimiento penal por el órgano jurisdiccional correspondiente, diligencias previas, sumario o procedimiento previo al juicio de faltas: el delito debe sancionarse como consumado.

3.º) Cuando se formula la denuncia por una infracción inexistente o se simula en forma aparentemente verosímil ante un funcionario policial o administrativo haber sido responsable o víctima de una infracción penal y sin embargo la retractación del agente impide que llegue a incoarse procedimiento penal alguno. En este caso, que es el actualmente enjuiciado, la aplicación del párrafo segundo del art. 16 de CP/1995, determina la exención de responsabilidad penal por el delito intentado, por desistimiento activo, dado que es el propio agente quien impide la consumación del delito al evitar la producción del resultado...".

Por otra parte, la SAP de Badajoz de 2-2-2005 insiste en los mismos argumentos: Otro elemento configurador del tipo es la actuación procesal, entendiéndose por tal la encaminada a la averiguación de los hechos simulados, aunque sea en trámite de Diligencias Previas, porque la amplitud de la fórmula legal permite todas las modalidades previstas en el ordenamiento, en este sentido tenemos la sentencia del TS anteriormente reseñada, resultando necesario que el fin-gimiento de la autoría o de la víctima por parte del agente motive una actuación procesal y que sea el motivo básico o esencial de la citada actuación procesal y en el presente supuesto tenemos una comparecencia denuncia por parte del hoy inculcado ante la Comisaría de Policía de esta ciudad de Badajoz en la que denuncia haber sido víctima de un robo con fuerza en las cosas, denuncia que firma, remisión al Juzgado de Guardia, incoación de Diligencias Previas (véase el auto de fecha 20-11-2003 obrante al folio 4 y 5), y sólo posteriormente y con fecha 20 de 11-2003 y tras haberse iniciado las actuaciones procesales vuelve a comparecer para manifestar que el hecho no existió en realidad, pero insistimos ya se había iniciado el procedimiento penal, debiendo aquí reseñarse que según consta en la correspondien-

te diligencia policial obrante al folio 6 la comparecencia del hoy recurrente en la Comisaría de Policía a efectos de realizarse unas diligencias ampliatorias fue previa citación del inculcado, por ello consideramos que los argumentos vertidos por el juzgador “a quo” en los fundamentos jurídicos primero y segundo de la resolución impugnada se atienen tanto a la realidad de lo verdaderamente acreditado en las actuaciones como a derecho por lo que en aras de la brevedad deben darse aquí íntegramente por reproducidos, debiendo únicamente añadirse que ya el juzgador “a quo” tuvo en cuenta la propia actitud del inculcado al comparecer y relatar la verdad de lo ocurrido mediante la aplicación de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo prevista en el núm. 4 del artículo 20 del Código Penal y sin que por las razones ya expuestas pueda ser acogida la exención de responsabilidad por aplicación del desistimiento voluntario a que hace referencia el núm. 2 del artículo 16 del Código Penal, pues el delito ya se había consumado, nada más realizarse las actuaciones procesales, por todo ello procede la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada por estimar que la misma se encuentra ajustada a derecho.

Auto 35/2006, AP SEGOVIA, de 2 de marzo de 2006

DERECHO PENITENCIARIO: LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN MÓDULO DE AISLAMIENTO COMO SANCIÓN ENCUBIERTA

Arts. 73.1 y 2 y 75 Reglamento Penitenciario

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio Pando Echevarría**

SÍNTESIS

Alega el interno recurrente que la medida adoptada —internamiento en módulo de aislamiento— constituye una sanción encubierta. Pero lo Sala razona que la medida estaba justificada por las malas relaciones del recu-

rrente con otros internos, que era proporcionada y que sólo se extendió durante el tiempo necesario para trasladar al recurrente a otro centro penitenciario.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se interpone recurso de apelación por la defensa del interno contra el auto dictado por la juez de vigilancia penitenciaria en que desestimando recurso de reforma, confirmaba el auto en el que se deniega la queja del interno respecto de la aplicación de limitaciones regimentales en aplicación del art. 75.1 del RP.

Se impugna el auto recurrido por considerar que se ha producido una sanción al recurrente, como es la de aislamiento en celda sin que procediese por motivo alguno, sin que sea procedente esa medida por el hecho de que otro interno sospeche que pueda ser autor de algún delito.

Por su parte el interno, en escrito que presenta alega que no es admisible que su queja se desestime porque el mismo ya no esté sometido a dicha limitación habiendo sido trasladado de Centro, considerando incierto que el Centro Penitenciario desconociese la decisión de archivo de la causa del Juzgado de Instrucción y la ausencia de imputación hacia el mismo, considerando que la medida adoptada supuso una sanción encubierta.

Segundo.—El art. 75 del RP establece lo siguiente: “1. Los detenidos, presos y penados no tendrán otras limitaciones regimentales que las exigidas por el aseguramiento de su persona y por la seguridad y el buen orden de los Establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado de clasificación.

2. En su caso, a solicitud del interno o por propia iniciativa, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de

medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia.

3. Mediante acuerdo motivado, el Consejo de Dirección, en el caso de los detenidos y presos, o la Junta de Tratamiento, en el caso de penados, propondrán al Centro Directivo el traslado del recluso a otro Establecimiento de similares características para posibilitar el levantamiento de las limitaciones regimentales exigidas por el aseguramiento de su persona a que se refiere el apartado anterior.

4. Los acuerdos de traslado se comunicarán, en el caso de los detenidos y presos, a la Autoridad judicial de que dependan y, en el caso de los penados, al Juez de Vigilancia correspondiente”.

Por su parte, el art. 73.1 y 2 del RP dispone: “1. Por régimen penitenciario se entiende el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos.

2. Las funciones regimentales de seguridad, orden y disciplina son medios para alcanzar los fines indicados, debiendo ser siempre proporcionadas al fin que persiguen, y no podrán significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento e intervención de los reclusos”.

Sobre la base de estos preceptos el Director del Centro Penitenciario acordó adoptar como medida de limitación regimental, ubicar al interno en el módulo de aislamiento con una serie de especificaciones expresas en la resolución. La razón de ese aislamiento, según dicha decisión fue la de separar al interno de otros por su seguridad y buen or-

den del Centro, dadas las imputaciones que contra él al parecer se habían realizado por aquéllos, y por tanto la posibilidad de tener serios problemas con otros internos, en ese módulo y en los otros.

La limitación regimental está permitida en los preceptos citados en casos especiales, y no se prevé una limitación o prohibición expresa de adoptar unas u otras medidas, debiendo decidir el director del centro cuáles considera adecuadas para el mantenimiento de la seguridad del interno y buen orden del Centro. Por lo tanto el análisis del recurso no deberá centrarse tanto en determinar si esa medida se puede adoptar o no, como si la misma era proporcionada a la situación existente, y en caso contrario si con ello se está produciendo una sanción encubierta. Y este análisis nos lleva directamente a dos valoraciones, una formal, en cuanto a que la decisión debe estar fundamentada para permitir su escrutinio, y otra respecto al fondo, esto es determinar si esa fundamentación efectivamente muestra una proporcionalidad entre limitación y necesidad, teniendo en cuenta en este análisis, claro está, que ese juicio de proporcionalidad debe ponderarse con el especial conocimiento por parte del director del centro penitenciario de la situación concreta del centro y de los internos, la cual escapa a este órgano de apelación.

Finalmente debe añadirse de acuerdo con las manifestaciones del interno, que el hecho que dicha medida haya sido alzada no puede suponer, como no ha supuesto, que su reclamación deje de atenderse debidamente, pues con independencia de ello, la queja ya había sido impuesta y el interno tiene derecho a que la misma se resulta de forma expresa.

Tercero.—Sentados los anteriores extremos y entrando en los motivos del recurso, se sostiene por la defensa que nos hallamos ante una sanción de aislamiento que se impone de forma injustificada. Como ya se ha señalado la medida limitativa no se ha impuesto como sanción, sino como medida de seguridad del interno y del centro. Cuestión

distinta es que se pueda entender que bajo esa adopción nos hallemos ante una sanción encubierta, como expresa el interno. Si se considera que esa medida era innecesaria en su rigor, deberá aceptarse lo que este recurrente sostiene y considerara que efectivamente nos hallamos ante un castigo, si bien deberíamos saber qué razones pudieron llevar a adoptar esa sanción encubierta.

Por lo tanto volvemos a lo dicho en el fundamento anterior, esto es a la esencialidad de comprobar la proporcionalidad y motivación de la decisión. Según se desprende de las actuaciones, un interno denunció la aparición en su celda de una carta conteniendo un esquema para elaborar una bomba (esquema correcto según las pruebas periciales), y tanto éste como otro de ellos vinieron a imputar la posible comisión de ese hecho al ahora recurrente. En la resolución se hace constar la situación de enfrentamiento entre dichos internos, lo que hacía evidente la posible existencia de conflictos. A ello se une que el día que se adoptó la medida de limitación el interno fue citado ante el Juzgado de Instrucción por estos hechos. Estas circunstancias hacen que efectivamente el riesgo de que a su vuelta se pudiesen producir enfrentamientos era real. El director del centro no podía saber el contenido de las declaraciones del interno en el Juzgado, ni por ello si iba a resultar imputado o no. Por otra parte se afirma que no se tuvo conocimiento en ese momento del auto de archivo. Esta circunstancia no es sin embargo tan relevante como la propia situación fáctica creada por la denuncia de un compañero o varios hacia un tercero y con ello la posibilidad de conflictos.

Desde este punto de vista se estima justificada la adopción genérica de medidas del art. 75 del RP. En cuanto a la medida concreta adoptada, efectivamente fue la de recluir al interno en el módulo de aislamiento, que es lo que lleva a la queja y al posterior recurso. Según el informe del Centro Penitenciario el recurrente tenía problemas de convivencia no sólo con los internos en el módulo en el que se hallaba, sino también

con otros de otros módulos. No tenemos elementos probatorios que nos lleven a dudar de que estas afirmaciones sean falsas. Siendo ello así, la medida más adecuada era su separación del régimen de los restantes internos, en el sentido que no pudiese coincidir con algunos con los que estaba enfrentado. Por lo tanto la decisión más adecuada sería su traslado de centro, y entretanto impedir ese contacto.

Y esa fue la decisión adoptada, pues si bien se acordó su traslado a celda de aislamiento, ello se adoptó con una serie de condiciones regimentales que impiden considerar que se le estuviese aplicando una sanción, durando la medida el tiempo preciso para proveer su traslado a otro centro (doce días), lo que impide entender que fuese desproporcionada, ni por tanto encubriese una forma de sanción.

Sentencia 72/2006, AP PALMA DE MALLORCA, Sec. 1.ª, de 15 de marzo de 2006

¿PUEDE SER CONSIDERADO ANIMAL FERAZ O DAÑINO UN PERRO DOMÉSTICO?

Art. 631 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Aleis López**

SÍNTESIS

Estima la sentencia que la noción de “animales feroces o dañinos” no es una norma penal en blanco a completar por la legislación administrativa, sino que se trata de un concepto penal autónomo, a valorar según las circunstancias de cada caso. Por ello, puede ser integrado por perros domésticos, como sucede en el presente supuesto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En la Sentencia recurrida se absuelve a Imanol de la falta contra los intereses generales que se le imputaba por considerar que los hechos que se declaran probados no serían constitutivos de la falta prevista y penada en el artículo 631 del CP, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil objetiva previsto en el artículo 1905 del CC.

El artículo 631 del CP castiga a los dueños o encargados de la custodia de animales

feroces o dañinos que los dejen sueltos o en condiciones de causar mal, como una falta contra los intereses generales.

Como ha destacado la Jurisprudencia, nos hallamos ante una infracción penal de peligro o de consumación anticipada en la que, anticipándose a cualquier clase de resultado lesivo, se castiga la acción generadora del riesgo, considerando que la conducta tipificada conlleva un grave peligro para los bienes ajenos que merece, por sí misma, un reproche penal. En este sentido, la antijuridicidad de la acción se cumple con

la simple situación de riesgo, sin necesidad de que se consuma el ataque temido a los bienes jurídicos ajenos puestos en peligro y en particular a la integridad física de las personas, como objeto último de protección de la norma. Subjetivamente, no es necesario que se constate un ánimo especial, bastando el dolo genérico de conocer el deber de custodia que se asume respecto de tales animales y descuidarlo.

La opinión jurisprudencial mayoritaria coincide en que los perros tienen perfecto encaje en el concepto de animal feroz o dañino previsto en el artículo 631 del CP, aun tratándose de animales domésticos o de compañía, puesto que, por sus características propias, son potencialmente lesivos o dañinos para la integridad física de las personas u otros bienes, siendo de común conocimiento que dejar un perro suelto y sin bozal, supone dejarlo en una situación en la que puede causar daño. Como señala una reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de mayo de 2005, “aun cuando pueda servir de referencia a efectos ilustrativos o complementarios la legislación administrativa o autonómica, en modo alguno estamos ante un precepto penal en blanco que necesariamente deba ser llenado mediante la estricta aplicación de normas específicas, sino que sencillamente debe valorarse objetivamente la naturaleza del animal, no sólo de los perros, sino cualquiera

que sea su clase, estén regulados o no administrativamente, a fin de determinar hasta qué punto éste por su constitución y peculiares características puede llegar a resultar peligroso para las personas”, añadiendo más adelante que el perro es un animal que de forma indiscutible posee la consideración de feroz o dañino, dado que “por su fortaleza, agilidad y potencial agresivo u ofensivo, puede llegar por su carácter irracional a ser peligroso para las personas.”

En el caso de autos, resulta evidente, a tenor de los hechos que se declaran probados, que el perro del denunciado se encontraba en condiciones propicias para causar un mal, hallándose suelto y sin bozal, patentizando la concurrencia de dicho requisito típico la evidencia de la efectiva lesión ocasionada en la integridad física de quien recurre e incluso el comportamiento agresivo del perro del denunciado al encontrarse con el otro animal.

De acuerdo con ello, discrepando de la opinión expresada por el Juzgador de Instancia, debe condenarse al denunciado Imanol, en cuanto que propietario del perro aludido, como autor de una falta contra los intereses generales prevista en el artículo 631 del CP, a una pena de veinticinco días de multa con una cuota diaria de diez euros, en el sentido interesado por el Ministerio Fiscal al término del Juicio.

Sentencia 70/2006, AP JAÉN, Sec. 3ª, de 20 de marzo de 2006

DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE: RUIDOS DE BAR MUSICAL. SAN-
CIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS

Art. 325 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Lourdes Molina Romero**

SÍNTESIS

La sentencia condena a los acusados como autores de un delito contra el medio ambiente por la indebida emisión de ruidos excesivos. Sin embargo, no aprecia la concurrencia de la figura agravada prevista en el art. 326.b)

del CP, ya que la desobediencia de las órdenes expresas de la autoridad administrativa fue sancionada reiterativamente (y dichas sanciones, confirmadas por la jurisdicción contenciosa).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos que se declaran probados constituyen un delito contra el medio ambiente previsto y penado en el artículo 325 del Código Penal, en relación con la Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente contra ruidos y vibraciones, publicada en el B.O.P de Jaén de 3 de febrero de 1999 y el Decreto 74/1996 de 20 de febrero de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Reglamento de la Calidad del Aire.

(...)

Quinto.—No ocurre lo propio con respecto al artículo 326.b) del mismo texto legal.

El subtipo agravado (...) consiste en que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior. Consideramos que en este caso, de aplicarse la agravación referida se vulneraría el principio “non bis in idem”.

La Resolución de la Alcaldía (...) acordaba el inicio de expediente sancionador contra (...) S.L. por la manipulación de los dispositivos del equipo limitador-controlador (...). Ya con anterioridad en la resolución de 4 de marzo de 2002, donde se concedió el plazo para instalar el limitador se acordaba el precinto de la cadena musical, y cuando fue a ejecutarse hubo varias negativas: el 13 de marzo de 2002 alegándose que se estaba haciendo la insonorización del local y el 8 de mayo de 2002 por el desacuerdo con el nivel de presión sonora. Téngase en cuenta que el 13 de marzo de 2002 consta un informe del técnico municipal indicando que el limitador cumple la normativa. Posterior-

mente, cuando se dictó el Decreto de 20 de febrero de 2004 los acusados remitieron una carta discutiendo la procedencia del precintaje porque ya estaba realizado desde el 16 de septiembre de 2003. Se sucedieron después los informes de los Policías sobre la avería del limitador; 9 de marzo de 2004; y sobre la existencia de un nuevo equipo de música en funcionamiento los días 6 de abril y 18 de junio de 2004. Posteriormente el Ayuntamiento dictó resolución de 30 de agosto de 2004 para iniciar expediente sancionador, por quebrantar las órdenes de precinto de máquinas productoras de ruido, actividad que fue sancionada finalmente con 600 Euros en la Resolución de 21 de octubre de 2004. Esta sanción fue impugnada en la vía contencioso-administrativa y reducida por el Juzgado número 2 de Jaén a 400 Euros, como queda dicho.

Pues bien, el principio “non bis in idem”, como garantía procesal se concreta en la preferencia o precedencia del órgano judicial sobre la Administración, cuando los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal, por la competencia exclusiva de la jurisdicción penal y el límite implícito de la Administración, derivada del propio artículo 25.1 de la Constitución Española. La subordinación de los actos administrativos sancionadores hasta que se pronuncie el órgano judicial obliga a la paralización de los procedimientos iniciados. Además la vulneración del “non bis in idem” puede ser causada también cuando no se respeta la cosa juzgada, que por su naturaleza está incluida en el haz de garantías del derecho a la tutela judicial efectiva. En sentido estricto la cosa juzgada es un efecto exclusivamente de las resoluciones judiciales penales. Las resoluciones admi-

nistrativas sólo las pueden producir cuando se confirman por la jurisdicción contencioso-administrativa (Sentencia del Tribunal Supremo 833/2002 de 2 de junio de 2003 R.J. 2003/6235, y en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 52/2003 de 24 de febrero R.J. 2003/950). Es en vir-

tud de la doctrina expuesta por lo que el incumplimiento de las órdenes administrativas, ya sancionado en vía administrativa, y confirmado en parte por la jurisdicción contenciosa no puede ser enjuiciado de nuevo, ni servir de agravación de la conducta de los acusados.

Sentencia 19/2006, AP MÁLAGA, Sec. 7.ª, de 29 de marzo de 2006

COACCIONES: CAMBIO DE CERRADURA DEL LOCAL DE NEGOCIO POR PARTE DE UNA DE LAS COPROPIETARIAS

Art. 620.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Rafael Benítez Yébenes**

SÍNTESIS

Tras iniciales vaivenes, en la actualidad la jurisprudencia se orienta por considerar coactivo el cambio de cerradura de un piso o local para impedir el acceso a quien está legítimamente autorizado para ello, dependiendo la calificación penal como delito o como falta de la gravedad o levedad de la vis física o moral y de las características del resultado. El problema se plantea en los casos de cotitularidad. La presente sentencia condena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La jurisprudencia viene manteniendo con carácter general el criterio de que los cambios de cerradura, en aquellos supuestos de discrepancia entre partes, en los que se utiliza este método para impedir o compeler a la otra parte a hacer o no hacer algo en contra de su voluntad, integra la figura de la coacción, pues dicha conducta supone el ejercicio de cierta fuerza física o compulsiva sobre el sujeto pasivo a través de una cosa (SSTS 26-5-1992; 26-2-1995;

2-3-1989; 29-3-1985). Estando la diferencia entre el delito y la falta en función de la gravedad o levedad de la vis física o moral y en las características del resultado (SSTS. 3-10-1997; 26-5-1992; 10-4-1987).

En el caso concreto que ahora nos ocupa es innegable esa vis compulsiva ejercida por la denunciada, y el resultado perseguido por ésta de impedir a la denunciante el libre acceso al Cajero que anteriormente tenía.

La clave de la cuestión está en determinar si la denunciada estaba legítimamente autorizada para llevar a cabo dicha conducta.

Según esta parte, el hecho de ser copropietaria del negocio, y tener diferencias acerca de la gestión del mismo con la denunciante, le autorizaba a ello. Este mismo argumento es el recogido en la sentencia de instancia, pero que nosotros no podemos admitir, como seguidamente razonaremos.

Como se ha apuntado, ha de analizarse si la denunciada estaba legítimamente autorizada para hacer lo que hizo. Esto es, la licitud o ilicitud del acto realizado (cambio de cerradura y su consecuencia de impedir el uso que venía haciendo la denunciante), desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad del agente (la denunciada) (SSTS 23-10-2001; 18-5-2001; 29-9-1999).

La normativa jurídica que en este caso regula la actividad realizada por la denunciada, y en la que ella pretende justificar su actuación es la relativa al derecho de copropiedad. Pero esta normativa no ampara ni justifica su conducta, pues como señala el artículo 394 del Código Civil cada partícipe

en la comunidad podrá servirse de las cosas comunes siempre que no impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho; y especialmente el artículo 397 del mismo Código que dispone que “Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos.”

Por todo ello, la conducta realizada por la denunciada no puede gozar del favor del derecho, pues ello supondría legitimar una actuación por la vía de hecho, fuera de los cauces jurídicos, que implica un tomarse la justicia por su mano, a espaldas de cualquier procedimiento legalmente previsto para la resolución del conflicto que pueda existir entre las partes.

Tercero.—Según se desprende de cuanto se ha dejado expuesto, la conducta realizada por la denunciada María Teresa es constitutiva de una falta de coacciones, prevista y penada en el artículo 620.2.º del Código Penal.

Sentencia 51/2006, AP NAVARRA, Sec. 2ª, de 25 de abril de 2006

MALVERSACIÓN DEL DEPOSITARIO DE BIENES EMBARGADOS: SUS RELACIONES CON EL ALZAMIENTO DE BIENES Y LA APROPIACIÓN INDEBIDA

Arts. 250.6.º, 252, 257, 258, 432 y 435.3.º Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco José Goyena Salgado**

SÍNTESIS

Frente a las pretensiones punitivas de la acusación particular, señala esta sentencia que la relación entre la malversación del art. 435 del CP con el alzamiento de bienes es de concurso de normas, a resolver por el principio de consunción. Otro tanto sucede en la relación de esta malversación con la figura de la apropiación indebida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de malversación, previsto y penado en el art. 435.3.º en relación con el art. 432, ambos del Código Penal. (...)

Segundo.—La Acusación Particular (...) califica los hechos, además de como un delito malversación impropia, ya examinado, como constitutivo de un delito de alzamiento de bienes, previsto y penado en el art. 257 y art. 258 del C. Penal. Y subsidiariamente como un delito de apropiación indebida, previsto y penado en el art. 252 en relación con el art. 250.6.º del C. Penal.

Ambas calificaciones, como delitos en concurso real con la malversación tal y como pretende la acusación, deben ser rechazadas.

Así, en relación al delito de alzamiento de bienes, como tiene señalado la STS de 4-1-2005, “La compatibilidad entre el delito de malversación impropia y el de alzamiento de bienes ha sido descartada por la jurisprudencia de esta Sala Casacional. En efecto, entre el delito de malversación y el de alzamiento de bienes existe sólo un concurso de normas o concurso aparente regido por el principio de consunción. De tal manera que el contenido de la ilicitud del delito de alzamiento de bienes está ya contemplado en el art. 399 Código Penal (hoy 435). Precisamente este delito ha sido establecido en el Código Penal con la misma finalidad que el alzamiento de bienes, toda vez que no sólo protege a la administración de justicia, sino también a los acreedores a favor de cu-

yo crédito se ha trabado el embargo. La designación de bienes embargados, en consecuencia, no puede ser sancionada conjuntamente con el delito de alzamiento de bienes, sin infringir el principio “non bis in idem” (STS 24 de junio de 1997)”.

La claridad de la doctrina expuesta, en definitiva emanada del superior criterio del T. Supremo, exime a la Sala de mayores consideraciones para rechazar la pretensión de la acusación.

Y en relación al delito de apropiación indebida, subsidiariamente planteado por la acusación particular, también estaríamos ante un concurso de normas o aparente, a resolver por el principio de consunción, pues en definitiva, como señalan las STS de 14-2-2005 y 1-12-2005, entre otras, el tipo de malversación del art. 432 del C. Penal —al que se refiere el del art. 435 del C. Penal— constituye un delito de apropiación indebida, respecto de los bienes que han sido confiados al sujeto activo, desde el momento en que el tipo de la malversación requiere el “animus rem sibi habendi”, que es un elemento esencial de la acción típica de apropiación. Asimismo, que como señalan dichas sentencias, “no se diferencia del ánimo de lucro, dado que la jurisprudencia viene sosteniendo desde hace más de medio siglo que el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización del tipo de los delitos de apropiación. En particular el delito de malversación es claro que no puede ser de otra manera, dado que el tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos”.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 2/2006, DE 27 DE JULIO, SOBRE DIVERSOS ASPECTOS RELATIVOS AL RÉGIMEN DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

[...]

I. LA EXPULSIÓN SUSTITUTIVA DE EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE CONDENADOS POR DELITO

1. Novedades legislativas

El tratamiento penal de la delincuencia de extranjeros ha sufrido un giro radical desde nuestro primer Código Penal. El artículo 10 del Código Penal de 9 de julio de 1822 disponía que “todo español o *extrangero* que dentro del territorio de las Españas cometa algún delito o culpa, será castigado sin distinción alguna con arreglo a este código, sin que a nadie sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se dispone”.

La Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, sintetiza los objetivos perseguidos por la reforma del artículo 89 del CP: “...*se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto*”.

La evolución legislativa se ha dirigido a ampliar cada vez más las posibilidades de sustitución de la pena por la expulsión: el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985 restringía el uso de esta facultad a los casos de condena por delito menos grave. El primitivo artículo 89 del CP 1995 ampliaba las posibilidades a los supuestos de delitos graves con la limitación penológica de los seis años, limitando el ámbito subjetivo de aplicación a los extranjeros no residentes legalmente en España. El artículo 89 reformado, manteniendo el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, no diseña la expulsión sustitutiva como una facultad del Tribunal, sino que la establece con carácter cuasi imperativo. Esta es, sin duda, la novedad de mayor calado en esta reforma.

En cuanto a su naturaleza, conforme al ATC n.º 106/1997, de 17 de abril, cabe seguir manteniendo que esta medida ni en rigor puede decirse sea una pena —lo que quedaría demostrado, entre otras cosas, por el hecho de no venir expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas se establece en el artículo 33 del Código Penal de 1995— ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de las finalidades preventivo-especiales, que no están absolutamente garantizadas por el simple regreso del penado extranjero a su país. Rechazan también la conceptualización de la expulsión como pena las SSTC n.º 242/1994, de 20 de julio, y 203/1997, de 25 de noviembre.

2. El presupuesto general de aplicación del artículo 89: extranjeros no residentes legales en España

Siguiendo a la Circular 3/2001, debe, como premisa básica, sentarse la de que el extranjero residente que se halle en posesión de alguna de las autorizaciones administrativas o dispensado de la obligación de obtenerlas en virtud de tratado o de Ley ha de afrontar el cumplimiento de la condena en las mismas condiciones que el reo español, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LE que autorizaría la incoación de expediente de expulsión si la condena ha sido por delito doloso que tenga señalada pena privativa de libertad superior a un año de duración.

El concepto general de extranjero aparece en el artículo 1.1 de la LE, que declara que *se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española.*

El artículo 29.1 de la LE dispone que los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia y desde el punto de vista negativo, el artículo 53.a) de la LE califica como infracción grave *encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.*

Desglosando los supuestos en los que puede entenderse que un extranjero se encuentra irregularmente en España podemos reseñar los siguientes: 1) permanencia irregular originaria, que comprendería los supuestos de entrada ilegal consumada. Los artículos 25 a 27 de la LE regulan las condiciones de entrada legal en España. En este punto deben tenerse en cuenta los supuestos en los que conforme al artículo 45 del RE cabe otorgar autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales; 2) permanencia irregular sobrevenida por no obtención de prórroga de estancia, conforme a los artículos 30 de la LE y 29 y 30 del RE, y 3) permanencia irregular sobrevenida por caducidad de documentos autorizantes de residencia sin haber solicitado la renovación en plazo reglamentario.

No puede confundirse residencia legal y estancia regular. No residen legalmente en España ni los extranjeros que se encuentran en situación irregular ni los que se encuentran en situación de estancia, pese a que estos últimos se encuentran legalmente en España.

Por tanto, puede en principio aplicarse la expulsión sustitutiva tanto a los extranjeros que se encuentran irregularmente en España como a los extranjeros en situación de estancia, conforme al artículo 30 de la LE (permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a noventa días). Ello no obstante, como se analizará *infra*, la concurrencia de esta circunstancia —estancia— habrá de ser ponderada a la hora de decidir sobre la expulsión. Solamente, pues, quedan excluidos de la posibilidad de expulsión sustitutiva los nacionales y los extranjeros que residen legalmente en España, temporal o permanentemente (artículo 30 bis de la LE).

A estos efectos, los estudiantes extranjeros con autorización de estancia, conforme al artículo 33 de la LE, deberán considerarse como extranjeros residentes legalmente en España, pues pese a que nominativamente tienen la consideración de estantes, la nota de permanencia que acompaña su régimen los hace materialmente asimilables a la situación de los residentes, en tanto la duración de estas autorizaciones se acomoda a la del curso para el que estén matriculados, con posibilidad de prórrogas anuales. Por consiguiente, habrá de partirse de la no aplicabilidad de la expulsión sustitutiva a los estudiantes extranjeros con autorización de estancia, pues en definitiva su régimen se asemeja al de los residentes temporales más que al de los estantes.

La falta de residencia legal del extranjero debe estar debidamente acreditada en la causa (vid. STS n.º 919/1999, de 2 de junio), debiendo entenderse que, en principio, la certificación expedida sobre existencia o inexistencia de autorización de residencia por funcionarios de las Brigadas de Extranjería y Documentación, que en estos supuestos deberá incorporarse a la causa penal, será, como documento oficial expedido por los órganos del Ministerio de Interior, prueba suficiente para acreditar la aplicabilidad o inaplicabilidad del régimen legal del artículo 89 del CP. Este documento, en tanto certifica la falta de residencia legal y la falta de constancia de que el imputado haya solicitado una renovación, debe considerarse *prima facie* como prueba bastante de que el extranjero no reside legalmente en España, sin perjuicio de que el mismo pueda aportar otros elementos probatorios para enervar ese principio de prueba. Cualquier otra decisión podría suponer obligar al Fiscal a una suerte de *probatio diabolica* incompatible con los principios de la teoría general de la prueba.

La inexistencia o no presentación por el extranjero de la mencionada documentación cuando le sea requerida por el Juzgado arroja una fuerte presunción de ilegalidad, que se ve reforzada si tenemos en cuenta que el artículo 11 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, señala que “los extranjeros que se encuentren en territorio español están obli-

gados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes". En este mismo sentido, el artículo 29.2 de la LE dispone que *las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda*. No obstante, hallándonos en el marco de un proceso penal, donde la vigencia del principio de presunción de inocencia condiciona toda la teoría de la carga de la prueba, en aquellos casos en que el extranjero no acredite su estancia legal en España los Sres. Fiscales pedirán que se incorpore a la causa la correspondiente certificación emitida por las Brigadas de Extranjería y Documentación del Cuerpo Nacional de Policía.

Las anteriores afirmaciones nada obstan a la posibilidad de prescindir de solicitar la referida certificación si el extranjero imputado no solo no presenta documentación acreditativa de su residencia legal, sino que además reconoce no disponer de tal autorización.

Habrà de tenerse presente que la posesión del NIE (número de identidad del extranjero) no acredita la residencia legal en España, como por lo demás se desprende del artículo 101.1 del RE, que prevé —entre otros supuestos— el otorgamiento a los extranjeros a efectos de identificación de NIE cuando *se les haya incoado un expediente administrativo en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre extranjería*.

En tanto la calificación del extranjero como no residente es esencial a los efectos de la aplicación de la expulsión sustitutiva y en cuanto debe ser objeto de prueba, tal extremo habrá de ser recogido por los Sres. Fiscales en la conclusión primera del escrito de conclusiones provisionales o de acusación, debiendo incorporarse el soporte probatorio preferentemente durante la fase de instrucción y antes de la calificación.

Será no obstante admisible, si concurriendo indicios de carencia de autorización de residencia no se ha aportado aún la certificación de la Brigada de Extranjería y Documentación del Cuerpo Nacional de Policía sobre la situación del imputado en España, evacuar el escrito de calificación solicitando la expulsión sustitutiva e interesando por otrosí la remisión por parte del organismo policial del correspondiente informe, proponiendo simultáneamente como prueba la documental generada por la práctica del otrosí.

3. Expulsión sustitutiva de la pena en su integridad

Es el supuesto regulado en el artículo 89.1 del CP párrafo primero, y exige, además del requisito de la falta de residencia legal, que el extranjero haya sido condenado a una pena privativa de libertad inferior a seis años.

El texto del artículo 89 no deja lugar a dudas sobre su ámbito de aplicación. Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no

será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la concreta pena que se ha impuesto en la sentencia. Por ello, en principio cabrá aplicar la expulsión sustitutiva cuando el extranjero sea condenado a una pena inferior a los seis años, ya como consecuencia de la concurrencia de eximentes, semieximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, ya como consecuencia de la utilización del arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, independientemente de que la condena lo sea por un delito que en abstracto lleve aparejada pena superior a los seis años.

Debe en este punto recordarse que tras la reforma operada en el CP por LO 15/2003 la nueva división entre delitos graves y menos graves se traza a partir de la asignación de penas de prisión superiores a cinco años (artículo 33 del CP). Por ello entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 89 CP las penas graves y —con el juego de las reglas de determinación de la pena— potencialmente numerosos delitos graves.

En todos estos supuestos se establece como regla general la sustitución de la pena por la expulsión. Pero este límite penológico presenta algunas zonas de penumbra que deben ser aclaradas.

Así el precepto no aborda el supuesto de que en una misma sentencia el reo sea condenado a varias penas, todas ellas inferiores a los seis años de privación de libertad pero que sumadas excedan de dicho límite. Para estos casos habrá de admitirse la posibilidad de aplicar la expulsión sustitutiva. En efecto, una interpretación gramatical apunta claramente hacia tal solución al emplear el artículo 89 del CP el plural: *las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas...* A idéntica conclusión nos lleva una interpretación sistemática del artículo 89 del CP en relación con el artículo 57.7 de la LE, que cuando regula el otro gran supuesto de renuncia al *ius puniendi* (autorización de expulsión en causas por delitos penados con privación de libertad inferior a seis años) expresamente incluye el supuesto de pluralidad de causas y por ende de eventuales plurales condenas: así el precepto dispone que *en el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados... la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización*. Igualmente una interpretación sistemática en relación con la otra gran forma sustitutiva de la ejecución regulada en el mismo capítulo III nos lleva a la admisibilidad de la expulsión en estos supuestos, pues cuando el Código regula la suspensión de la ejecución impone el límite de que la privación de libertad impuesta no sea superior a los dos años, estableciéndose expresamente que se supera éste tanto por la imposición de una única pena superior como por la condena a varias inferiores a dos años pero que sumadas lo rebasen. En efecto, el artículo 81 regla 2.^a del CP exige como condición necesaria para la suspensión *que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años*. Por tanto, cabe entender que si el Legislador no ha incorporado una cláusula limita-

tiva análoga en el artículo 89 CP es porque no quiere en estos casos constreñir la operatividad de la expulsión sustitutiva.

Por pena privativa de libertad habrá de entenderse cualquier pena de prisión, pero no debe quedar incluida la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas (y ello pese a su calificación como pena privativa de libertad conforme al artículo 35 del CP), pues la aplicabilidad de ésta, por su propia naturaleza subsidiaria, es incierta en el momento ordinario de imposición de la expulsión sustitutiva, esto es, en el momento del dictado de la sentencia. A *fortiori*, hacer depender la puesta en marcha de la expulsión de la disponibilidad de recursos económicos para hacer frente al pago de la multa puede incorporar un criterio discriminatorio no justificado.

Aunque también debe entenderse que la pena de localización permanente es pena privativa de libertad (artículo 35 del CP), ha de exigirse en todo caso que la pena impuesta lo sea por delito, no debiendo reputarse título suficiente para posibilitar la expulsión sustitutiva una condena a pena privativa de libertad por una simple falta. Pese al silencio de la Ley, una interpretación acorde con la exigencia constitucional de respeto al principio de proporcionalidad veda cualquier otra alternativa. En apoyo de esta opción puede también argumentarse que el artículo 89 no contiene ninguna alusión a las faltas, refiriéndose sólo a los delitos cuando regula la posibilidad de excluir el régimen de la expulsión. La Exposición de Motivos de la LO 11/2003 aún es más clarificadora, cuando se refiere exclusivamente a los delitos, no planteándose la posibilidad de expulsar judicialmente por una simple falta. En efecto, se dice en ella que *se establece que, en el caso de extranjeros que, además de no ser residentes legalmente en España, cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, la regla general sea la sustitución de la pena por la expulsión.*

Si la finalidad de la reforma es —como también recoge la Exposición de Motivos— *evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto* es claro que tal fin no puede predicarse del cumplimiento de una pena impuesta en un juicio de faltas, pena cuya ejecución por su limitada extensión nunca va a trasmutarse en forma de permanencia en España.

Como argumento práctico debe también ponerse de manifiesto que es contrario al principio de concentración y de celeridad que debe presidir el enjuiciamiento de las faltas introducir como un elemento más de debate jurídico el relativo a si el reo es o no residente legal en España.

La inclusión de las condenas por simples faltas conllevaría —además de los reparos desde el punto de vista de la proporcionalidad— el problema de su ejecución: la pena privativa de libertad que puede imponerse es la localización permanente (artículo 33 del CP), con un máximo de duración de doce días

(artículo 37 del CP) que además no es susceptible de cumplimiento en Centro Penitenciario.

En definitiva, será el expediente administrativo el cauce natural para acordar la expulsión de quienes además de haber cometido una falta están incurso en causa de expulsión por la irregularidad de su situación. En estos supuestos debe primarse la vía de la autorización del artículo 57.7 de la LE. Los Sres. Fiscales velarán por que la tramitación del juicio de faltas —y la eventual imposición de una pena leve— no se torne en obstáculo para autorizar la expulsión administrativa. A estos efectos, si se interesa por la autoridad administrativa la autorización del artículo 57.7 de la LE en el seno de un juicio de faltas, concurriendo los requisitos legales los Fiscales informarán favorablemente como regla general e interesarán la suspensión de la celebración de la vista oral del juicio de faltas, si éste hubiera sido ya convocado. La desactivación del juicio de faltas, aunque se tramite en la modalidad de señalamiento inmediato, debe ser consecuencia lógica anudada a la autorización de la expulsión, siendo además especialmente aconsejable para evitar perturbaciones derivadas de la ejecución de la pena (leve) impuesta. No puede oponerse a esta suspensión de la celebración del juicio de faltas (o en su caso del juicio rápido) el principio general de improrrogabilidad de los plazos procesales, pues este principio encuentra su lógica excepción ante la concurrencia de justa causa (artículo 202 de la LECrim), concepto indeterminado que sin duda habría de entenderse colmado ante una solicitud atendida de autorización para expulsión. Concedida la autorización, deben suspenderse los términos judiciales, sin perjuicio de que puedan abrirse de nuevo si la expulsión no llegara finalmente a materializarse.

Pasando a otro punto necesitado de clarificación, cuando conforme al artículo 71.2 del CP sea imperativo sustituir la pena de prisión de menos de tres meses por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, como quiera que ambas son penas no privativas de libertad, no procederá interesar la expulsión sustitutiva. En tanto el mecanismo de sustitución del artículo 71.2 opera preceptivamente, la pena privativa de libertad que se impone lo es a los solos efectos de servir de marco referencial a la hora de fijar la pena que conforme al artículo 88 debe ser efectivamente ejecutada. Por lo demás, el artículo 88.3 dispone que en ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras, por lo que no cabría aplicar el artículo 71.2 y el 88 (sustitución obligatoria) y posteriormente aplicar una nueva sustitución conforme al artículo 89.

3.1. Delitos expresamente excluidos

Se mantiene el párrafo 4.º del artículo 89, que fue añadido por la reforma 8/2002, de 22 de diciembre: las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis,

515.6.º (derogado por la entrada en vigor de la LO 15/2003), 517 y 518 del Código Penal.

Los delitos tipificados en los artículos 312 (tráfico ilegal de mano de obra) y 318 bis (tráfico ilegal de personas) precisamente se orientan a la represión de conductas relativas a la promoción del tráfico de personas, por lo que razones de prevención general exigen su aplicación en todo caso. La referencia a los artículos 515.6, 517 y 518 (asociaciones ilícitas que promuevan el tráfico ilegal de personas) quedan vacías de contenido al suprimirse tras la reforma 15/2003 el artículo 515.6, del que los artículos 517 y 518 son meros preceptos referenciales.

3.2. Otros supuestos de exclusión de la expulsión

La exclusión de los delitos de los arts. 312 y 318 bis unida a la también expresa posibilidad de excluir otros, lleva a la necesidad de analizar en cada supuesto si el interés público inherente a la ejecución de la pena exige excluir la alternativa de la expulsión.

Conforme a los criterios establecidos por la Circular 3/2001 la medida de expulsión supone una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras a preservar otros fines igualmente valiosos para el Estado relacionados con su política de extranjería, fines respetables, que podrán adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena. La Circular 3/2001 sentaba como criterio general que estos fines se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión.

A la vista de la nueva regulación, debe partirse de que se ha producido un cambio de rumbo, pues expresamente el legislador desea una aplicación generalizada de la medida de expulsión, solamente susceptible de derogación en casos excepcionales. Se limita, pues, la discrecionalidad del Juez o Tribunal para la sustitución de las penas inferiores a seis años por la expulsión del territorio nacional.

La STS n.º 901/2004, de 8 de julio, considera que el artículo 89 es “una conminación legal dirigida al juzgador” y que “sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario”.

Por tanto, según una interpretación *ad pedem litterae* sería imperativo aplicar el mecanismo de la sustitución. Pero aunque ya no será de aplicación la jurisprudencia que concebía la sustitución como facultad del Juzgador, cuyo arbitrio no podía ser objeto de revisión casacional (vid. SSTS n.º 1144/2000, de 4 de septiembre, n.º 929/1998, de 13 de julio y n.º 330/1998, de 3 de marzo), la interpretación literal ha de ser objeto de modulaciones, para evitar en unos casos una quiebra del sistema penal y en otros, soluciones contrarias a la doctrina del TEDH en materia de expulsiones.

Como refiere el ATC n.º 106/1997, deberán en todos estos supuestos ponderarse las necesidades preventivo-generales —en las que es perfectamente encuadrable el criterio de la alarma social, entendido como efecto nocivo que, en relación con la finalidad de prevención general inherente a toda pena, tendría el hecho de la falta de reacción penal suficiente ante la comisión de un delito grave— y preventivo-especiales.

La regla general podrá, pues, ser derogada mediante una decisión motivada del órgano jurisdiccional, tras oír al Ministerio Fiscal, basada en que *la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*.

La remisión a la naturaleza del delito implica que han de ser razones de prevención general las que puedan motivar el cumplimiento de la condena en centro penitenciario español. También deberá ponderarse la finalidad retributiva ínsita en la pena.

Pueden seguir utilizándose como pautas orientativas a la hora de optar por el cumplimiento de la pena las que aportaba la Circular 3/2001. Por tanto, habrán de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, tomando en consideración especialmente la necesidad de afirmar el ordenamiento jurídico frente al infractor en aquellos casos en que el delito revista especial trascendencia bien por su gravedad intrínseca —v.gr. tráfico de drogas, agresiones sexuales— bien por las particulares circunstancias de sus autores o los fines perseguidos —grupos de delincuentes organizados, especialmente si se trata de grupos transnacionales, bandas armadas y terroristas, etc.—, bien por la existencia de una necesidad reforzada de protección a la víctima —menores, discapacitados, personas en situación de desvalimiento—. Pero en todo caso habrá de añadirse tras la reforma 11/2003 que, en este examen de los tipos penales que pueden exigir que la pena impuesta se cumpla en España, debe partirse de la ponderación de la *voluntas legis* de poner en primer plano el interés del Estado en evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España. El legislador, al confrontar el interés del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* con el interés del Estado en expulsar a extranjeros no residentes legales que hayan sido condenados a pena inferior a seis años, opta conscientemente por el sacrificio de aquél en favor de éste, y por tanto ése debe ser el principio general a seguir.

Dentro del grupo de delitos que exigen cumplimiento ordinario estarán normalmente aquellos en los que el sujeto activo es un extranjero no residente que accede a España con el fin de cometer el delito y con ánimo de volver al extranjero una vez perpetrados los hechos. Los efectos criminógenos y la neutralización de la finalidad preventivo-general y preventivo-especial del ordenamiento penal que derivaría de aplicar a estos supuestos la expulsión aconsejan en principio hacer uso de las posibilidades de cumplimiento de la pena en España. Estas consideraciones deben ser especialmente aplicables a extranjeros

no residentes traficantes de drogas (que causen grave daño a la salud o aun no causándolo, en cantidad de notoria importancia).

En este sentido, la STS n.º 1249/2004, de 28 de octubre, en un supuesto de tenencia preordenada al tráfico de 411 gramos de cocaína consideró improcedente la sustitución de la pena de prisión impuesta de cinco años cuando el acusado llevaba escasamente cinco meses de prisión preventiva, pues lo contrario implicaría un favorecimiento o promoción del tráfico de cocaína en España por ciudadanos extranjeros, lo que provocaría una situación generalizada de impunidad para éstos, así como una desprotección total para los ciudadanos.

En la misma línea la STS n.º 906/2005, de 8 de julio, asume el criterio del órgano *a quo* de que “la sustitución de la pena por la expulsión en los casos de cantidades intermedias de cocaína excluiría el efecto coercitivo de la pena y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercia con tal sustancia, adquirirían la convicción de tener una especie de licencia para la comisión delictiva, generándoseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen”.

No obstante, los supuestos de tráfico de drogas de menor entidad (menudeo), aunque se refieran a sustancias que causan grave daño a la salud pueden ser susceptibles de expulsión sustitutiva. La STS n.º 1546/2004, de 21 de diciembre, ya señaló que “el análisis de la naturaleza del delito puede aconsejar, dentro de la variedad de tipos penales englobados en el artículo 368 del Código penal, que se sustituya en la hipótesis de un vendedor callejero de ‘papelinas’ pero no respecto a un importador de droga, en cantidades considerables”. Esta doctrina es expresamente ratificada por la STS n.º 366/2006, de 30 de marzo.

Deben excluirse también como pauta general los delitos cometidos por organizaciones criminales, conforme a los criterios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Habrà de mantenerse el criterio de la Circular 1/2002, respecto de las condenas por el tipo contenido en el artículo 313 del CP. Los Sres. Fiscales, en estos supuestos valorarán muy especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable la expulsión sustitutiva de la pena. En tanto este delito sanciona otro supuesto de inmigración clandestina, concurre la misma *ratio* que justifica el singular tratamiento de los artículos 312 y 318 bis.

Habrán de tenerse presentes igualmente los acuerdos adoptados por la Junta General de la Fiscalía especial Antidroga, celebrada en Madrid los días 15 y 16 de diciembre de 2005, en los que se acordó como criterio general oponerse a las sustituciones en todos aquellos casos en los que la calificación jurídica incluya *los subtipos agravados de pertenencia a organización del artículo 369.1.2.º del CP (en delitos contra la salud pública) o del 302.1 del CP (en el caso de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico), por tratarse de supuestos específicos de asociación ilícita. Respecto de los demás supuestos, en aplicación de los mismos preceptos, debe observarse lo dispuesto en el artículo*

3.º, apartado 6 de la Convención de 20 de diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (BOE de 10-11-1990) a cuyo tenor “las partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales conforme a su derecho interno (como lo es el artículo 89 del CP) se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detención y represión respecto a estos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de estos delitos”. Ello implica que haya de mantenerse una interpretación restrictiva, atendiendo a la trascendencia y gravedad del delito, en supuestos de concurrencia de alguno de los subtipos agravados de delitos contra la salud pública...”.

Debe finalmente tenerse en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que para la imposición de la expulsión deben ponderarse circunstancias tales como el arraigo, la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o el mismo pueda ser objeto de tortura o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, las SSTEDH de 21 de junio de 1988 —caso *Berrehab contra Reino de los Países Bajos*—, de 18 de febrero de 1991 —caso *Moustaquim*—, de 7 de julio de 1989 —caso *Soering contra Reino Unido*—, de 26 de marzo de 1992 —caso *Beldjoudi*—, de 15 de noviembre de 1996 —caso *Chahal contra Reino Unido*—, de 2 de mayo de 1997 —caso *D. contra Reino Unido*—, de 11 de julio de 2000 —Caso *Ciliz contra Reino de los Países Bajos*—, 502/2001, de 2 de agosto —caso *Boultif contra Suiza*—, y de 6 de marzo de 2001 —caso *Hilal contra Reino Unido*— o la de 31 de octubre de 2002 —caso *Yildiz contra Austria*—.

En este mismo sentido, la STS n.º 901/2004, de 8 de julio, considera “que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona —sea o no inmigrante, ilegal o no— que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el artículo 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH (...) y ello es tanto más exigible cuanto que (...) la filosofía de la reforma (...) responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto, lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado” y por ello “parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar, para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión”.

También la STS n.º 514/2005, de 22 de abril, declara que “la reforma (...) al establecer la sustitución en términos de obligatoriedad y aplicación automática, por completo ajenos a los principios de actuación de la jurisdicción ha sido interpretada, tanto por esta Sala (...), como por las Juntas de Magistrados del orden penal, rebajando el contenido categórico del precepto propiciando una interpretación acorde con los principios constitucionales y las exigencias de los Tratados Internacionales signados por el Estado”. Esta interpretación se ha consolidado y así la STS n.º 366/2006, de 30 de marzo, declara que la motivación del Tribunal debe ponderar no sólo la naturaleza del delito sino también las circunstancias personales y familiares del acusado, a fin de atender no sólo a razones de orden público o de una determinada política criminal sino también a la salvaguarda de derechos fundamentales. En este mismo sentido pueden citarse las SSTS n.º 710/2005, de 7 de junio, n.º 906/2005, de 8 de julio y n.º 1120/2005, de 28 de septiembre.

Dentro de estas circunstancias personales a valorar a efectos de decidir sobre la procedencia de la expulsión sustitutiva habrá de prestarse particular atención a aquellas que conforme al artículo 57.5 y 6 de la LE restringen las posibilidades de expulsión administrativa (...). En esta línea habrán de tenerse en cuenta y ponderarse los casos de extranjeros que pese a no tener regularizada su situación, se encuentren en España trabajando por cuenta ajena y devengando derechos prestacionales. Debe a estos efectos recordarse que conforme al artículo 36.3 de la LE, aunque para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la correspondiente autorización, la carencia de la misma por parte del empresario *no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.*

Por tanto, en supuestos en los que la expulsión automática del artículo 89 conduzca a resultados que contraríen la doctrina del TEDH habrán los Sres. Fiscales de optar por no solicitar la expulsión. En todo caso habrá de exigirse en estos supuestos una motivación justificante de la derogación de la regla general.

3.3. Procedimiento para la decisión sobre la sustitución

La decisión sobre la sustitución tiene su cauce natural en la propia sentencia. Del tenor literal del precepto parece que la audiencia del Ministerio Fiscal solamente es necesaria para excepcionar la regla general. Sin embargo, conforme a la STS n.º 514/2005, de 22 de abril, la sustitución en aplicación del artículo 89 del Código Penal “está sujeta a una previa audiencia en la que debe informar el Ministerio fiscal sobre su procedencia”.

Por tanto, como quiera que la expulsión sustitutiva de la pena ha de ser decidida en sentencia, y en tanto su aplicación no es automática, los Sres. Fiscales habrán de pronunciarse en el escrito de calificación provisional y, en su

caso, excepcionalmente, en el trámite de elevación a definitivas de las conclusiones, interesando la sustitución, o pronunciándose respecto de la procedencia del cumplimiento de la pena.

Además, de este modo se permite también al acusado la posibilidad de realizar alegaciones y proponer y practicar prueba, que puede, por ejemplo, referirse a los presupuestos de la expulsión, esto es, a si el mismo es o no residente legal en España. A través de esta vía se alcanza una interpretación más acorde con la Constitución evitándose cualquier atisbo de indefensión, que podría generarse siguiendo unos criterios hermenéuticos estrictamente gramaticales. La necesidad de salvaguardar la audiencia del reo había sido por lo demás resaltada tanto por el TS (vid. STS n.º 17/2002, de 21 de enero) como por el TC (STC n.º 242/1994, de 20 de julio).

La exigencia de respeto al principio de audiencia y la necesidad de plantear la petición ordinariamente en conclusiones provisionales ha sido por lo demás recordada en la STS n.º 901/2004, de 8 de julio, que afirma que *se denuncia lo sorpresivo de la petición del Ministerio Fiscal efectuada en el trámite de conclusiones definitivas... Lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer ex ante y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen procedentes por la parte afectada. En el presente caso tal momento supuso, de hecho, una indefensión con trascendencia en la quiebra de la protección de derechos fundamentales como el de defensa, causante de indefensión y protección a la familia —artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8 del Convenio Europeo y artículo 39 de la Constitución—*. La exigencia de audiencia al reo puede considerarse netamente asentada (vid. SSTS n.º 710/2005, de 7 de junio, y n.º 274/2006, de 3 de marzo).

Los Sres. Fiscales habrán de incluir el pronunciamiento sobre la sustitución de la pena por la expulsión en la conclusión quinta, tras la pena concreta solicitada, bien interesando la expulsión sustitutiva, bien el cumplimiento ordinario.

Seguirán siendo de aplicación los criterios sentados por la Circular 3/2001 en relación con la no vinculación del órgano jurisdiccional a la petición del penado para que se le expulse: la medida de expulsión no debe ser considerada como un beneficio ni atribuye un derecho subjetivo para exigir del juez o tribunal un trato benévolo en comparación con el dispensado a los penados españoles o a los extranjeros residentes. El juez o tribunal no está obligado a otorgar la expulsión ni sujeto a una interpretación necesariamente favorable al reo en virtud del principio *pro libertate* que en modo alguno resulta aplicable al caso (ATC n.º 33/1997). Este es por lo demás el criterio implícitamente asumido por la STS n.º 906/2005, de 8 de julio. Sin embargo debe ahora introducirse un importante matiz: el Tribunal está con carácter general obligado a la expulsión,

por lo que en estos casos habrá de acordarla incluso a instancia del propio acusado, salvo que de forma motivada acuerde la efectiva ejecución de la pena.

La decisión sobre la expulsión sustitutiva requiere motivación. Ello hace igualmente exigible que la petición que pueda realizarse en tal sentido por el Fiscal sea razonada. En este sentido, la STS n.º 1162/2005, de 11 de octubre, deja sin efecto la expulsión acordada en el fallo de la sentencia “en la medida de que además de no ser pedida la misma por el Ministerio Fiscal se ha acordado sin una motivación ante las concretas circunstancias del caso, ya que la motivación obrante... se refiere en clave genérica a un interés del Estado a la vista de que la pena impuesta ha sido la mínima, lo que se estima insuficiente desde la exigencia de motivación que se propugna. La STS n.º 274/2006, de 3 de marzo, considera doctrina de la sala la exigencia de motivación para decidir la expulsión.

3.4. Posibilidad de decidir la expulsión en ejecución de sentencia

A la vista del tenor literal del nuevo artículo 89 del CP parece que ya no cabría admitir el aplazamiento de la decisión de concesión o no de la expulsión sustitutiva a la fase de ejecución de sentencia, como se permitió durante la vigencia de la anterior versión del artículo 89 por el TS (vid. SSTS n.º 330/1998, de 3 de marzo y n.º 1381/2000, de 11 de septiembre). Con el nuevo régimen, la sustitución (tanto la íntegra como la parcial) ha de acordarse en principio imperativamente en sentencia, por lo que los Sres. Fiscales habrán de interponer en su caso los correspondientes recursos ante la injustificada falta de pronunciamiento expreso, en uno u otro sentido, sobre la expulsión.

La *voluntas legis* es clara al respecto: se pretende que la decisión se adopte ya en la sentencia, sin diferirla a otro ulterior momento procesal.

Podría inicialmente entenderse que al no existir una prohibición expresa en el artículo 89 del CP cabría, al igual que ocurre con la sustitución del artículo 88 del CP, superando la literalidad del precepto y como excepción a la norma general, en atención a una exégesis teleológica, de forma congruente con la finalidad de la reforma —que es, recordemos, evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto— instar que se adopte la expulsión sustitutiva en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta además que la expulsión sustitutiva es una alternativa a la pena privativa de libertad que puede ser beneficiosa tanto para el Estado como para el propio penado.

Ya la jurisprudencia menor había admitido la posibilidad de acordar la expulsión en ejecución de sentencia [SSAP Vizcaya (Sección 2.ª) de 25 de febrero de 2004 y Ciudad Real n.º 45/2004 de 7 de abril]. La STS n.º 298/2004, de 12 de marzo, también parece apuntar implícitamente hacia la admisibilidad de diferir el pronunciamiento sobre la expulsión a la fase de ejecución de sen-

tencia. Esta misma admisión implícita cabe extraerla de las SSTS n.º 1249/2004, de 28 de octubre y 514/2005, de 22 de abril. Esta última sentencia expresamente remite al trámite de ejecutoria para que con audiencia de las partes se decida sobre la aplicación del artículo 89 del CP. También la STS n.º 274/2006, de 3 de marzo, tras dejar sin efecto una expulsión sustitutiva por no haberse respetado el principio de audiencia, declara que “no procede hacer pronunciamiento alguno sobre tal expulsión, sin perjuicio de lo que se solicita (*sic*) o acuerde en el trámite de ejecución de sentencia”.

Los problemas de la sustitución en ejecución de sentencia han sido abordados recientemente por la STC n.º 145/2006, de 8 de mayo, dictada por la Sala Segunda del máximo intérprete de la Constitución en resolución de un recurso de amparo. Esta sentencia analiza si la sustitución de la pena de menos de seis años por la expulsión, operada en ejecución de sentencia, vulnera el derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE). El propio TC declara que “en el control de la corrección de la actuación judicial al ejecutar el fallo habrá de contrastarse... el sentido del fallo mismo interpretado en su propio contexto; de otro lo resuelto con posterioridad para llevarlo a cabo, analizando si existió o no un desviamiento irrazonable, arbitrario o erróneo en relación con el contenido y alcance de los pronunciamientos que integran la parte dispositiva de la resolución ejecutada”.

Analizando el caso concreto, el TC declara que “(...) la interpretación efectuada por el órgano judicial, según la cual cabe aplicar en este supuesto, en fase de ejecución, la nueva normativa, resulta irrazonable básicamente por dos razones: de un lado porque el texto del artículo 89.1 del CP vigente al tiempo de dictarse la Sentencia condenatoria facultaba al órgano judicial para acordar la sustitución y, pese a ello, nadie la solicitó ni aquél la acordó pudiendo hacerlo; de otro porque la nueva redacción del artículo 89.1 del CP prevé la sustitución en Sentencia si la pena privativa de libertad es inferior a seis años, y únicamente en el caso de que la pena sea superior a seis años cabe acordar la expulsión del territorio nacional en fase de ejecución, lo que no sucede en el caso presente. A ello cabe añadir que la irrazonabilidad de la interpretación se hace aún más evidente si se tiene en cuenta que, de ejecutarse las resoluciones judiciales impugnadas, en puridad no estaríamos ante una verdadera y propia sustitución, sino que, dado lo avanzado del cumplimiento de la pena privativa de libertad por el penado, realmente se produciría una acumulación sucesiva de dicha pena y de la medida de expulsión... los Autos impugnados, con base en una argumentación manifiestamente irrazonable, añaden una nueva consecuencia jurídica que altera de modo esencial el contenido del fallo y la correspondiente ejecución de la Sentencia condenatoria en los términos allí plasmados, lesionando de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la CE”.

La doctrina derivada de esta sentencia apunta a la imposibilidad de sustitución de la expulsión en ejecución de sentencia, por alterar de forma irrazonable de modo esencial el contenido del fallo. No obstante, para precisar las consecuencias que caben extraerse de esta sentencia deben subrayarse dos aspectos: en primer lugar, que en el caso analizado la sentencia nada decía acerca de la posibilidad de que en ejecución de sentencia se decidiera la sustitución. En segundo lugar, que se trataba de un supuesto patológico en el que la pena privativa de libertad se hallaba en avanzado estado de ejecución.

Desde estas coordenadas, aun siguiendo la doctrina establecida por la STC n.º 145/2006 y, por tanto, partiendo de que si nada se hubiera establecido en la sentencia firme sobre la expulsión sustitutiva no cabrá promoverla en ejecución de sentencia, habrán los Sres. Fiscales de partir de la admisibilidad de la apertura del incidente de sustitución de la pena por la expulsión en fase de ejecución en dos supuestos: 1.º) Cuando la sentencia se plantee la aplicación de la expulsión sustitutiva pero por concurrir alguna causa justificada difiera la decisión a la fase de ejecución de sentencia, en cuanto no existiría aquí una alteración esencial del contenido del fallo, y 2.º) Cuando quien solicite en ejecución de sentencia la sustitución de la pena por la expulsión sea el propio reo, al entender que en tal contexto, valorada la sustitución como beneficio, no se conculcaría ninguna garantía del mismo y por contra podría entenderse que si el fallo no se ha pronunciado pese a concurrir los requisitos legales se le ha privado injustificadamente de un beneficio. Debe a estos efectos recordarse que el Reglamento Penitenciario expresamente establece la obligación de los centros de informar a los reos sobre las posibilidades de interesar la sustitución de la pena por la expulsión (artículo 52.2 del RP).

En todo caso, en estos supuestos limitados en los que se promueva una resolución de expulsión sustitutiva después de dictada sentencia, será necesario dar audiencia al penado asistido de su letrado, permitiéndole incluso articular prueba sobre los presupuestos de la expulsión, y debiendo adoptar la decisión la forma de auto motivado, susceptible de los correspondientes recursos. Por supuesto, también habrá de darse audiencia al Fiscal, quien al despachar el trámite en fase de ejecución habrá de tener presente la posición adoptada al respecto por el Ministerio Público durante las fases anteriores del procedimiento, sin perjuicio de valorar datos nuevos o circunstancias sobrevenidas.

4. La expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento del último tramo de la pena de prisión

El texto del anterior artículo 89 disponía que *los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena.*

En el nuevo texto, el ámbito de esta expulsión sustitutiva del último tramo de la pena se amplía, pues se dispone que *los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena...*

Por tanto, la expulsión surtirá sus efectos no solamente tras el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, sino incluso cuando antes se hubiera concedido al reo el tercer grado.

El legislador parte de que en estos supuestos de pena muy grave, el cumplimiento de la pena es ineludible, y solamente renunciable cuando se extingue mediante la ejecución su núcleo central.

La sustitución parcial no está sujeta en sus presupuestos aplicativos a ningún límite máximo desde el punto de vista penológico.

A diferencia del supuesto de la sustitución de la pena en su integridad aquí sí se exige expresamente que el Ministerio Fiscal inste la aplicación de la medida. Aunque la sustitución en estos casos va a operar en un momento futuro incierto, pues no puede conocerse *a priori* cuándo va a serle concedido al reo el tercer grado, la petición habrá de formularse por los Sres. Fiscales en el escrito de calificación provisional.

En principio no hay obstáculos —como tampoco los hay en los supuestos de sustitución íntegra— para introducir la petición en trámite de elevación de las conclusiones a definitivas si se ha omitido con anterioridad, sin perjuicio de que en tales supuestos y para evitar cualquier sombra de indefensión deba concederse a la defensa a solicitud de la misma un plazo adicional para poder estudiar posibles alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 788.4 de la LECrim.

Pero en todo caso, la ortodoxia procesal y la necesidad de preservar en plenitud el derecho de audiencia, de contradicción y de defensa hacen que ordinariamente deba incluirse este *petitum* desde la fase de calificación inicial.

Los Sres. Fiscales, en el despacho de las ejecutorias, habrán de controlar la correcta aplicación de la expulsión cuando llegue el momento, promoviendo la corrección de cualquier retraso o prolongación en el cumplimiento.

El Tribunal debe acordar imperativamente en sentencia la expulsión sustitutiva parcial prevista en el párrafo 2.º del artículo 89, aunque también se prevé la posibilidad de excepcionar esta regla general de forma motivada, cuando *aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*. También cabrá en estos casos excepcionar la regla general y optar por solicitar el cumplimiento ordinario cuando la expul-

sión automática del artículo 89 conduzca a resultados que contraríen la doctrina del TEDH.

5. La ejecución de la expulsión acordada conforme al artículo 89 CP

La reforma 11/2003, pese a que según su Exposición de Motivos pretendía ...*dar adecuado cauce a que el juez penal acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión*, incurrió en una flagrante omisión en cuanto a la regulación del procedimiento para materializar la expulsión.

Tal omisión ha sido solventada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, que en su disposición adicional decimoséptima, sobre *Comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros*, establece en su párrafo segundo la obligación de los órganos judiciales de comunicar a la autoridad gubernativa *las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión*. El apartado 2.º del artículo 152 del RE reproduce la Disposición adicional decimoséptima de la LO 19/2003.

Debe entenderse que cuando se trate de sentencias dictadas de conformidad en el Juzgado de guardia, podrá el Juez de Instrucción acordar el ingreso en prisión por aplicación del artículo 801.1.4 de la LECrim. En estos supuestos la conformidad del reo con la pena debe ir precedida de información suficiente de que ésta va a ser sustituida por la expulsión.

La misma Disposición decimoséptima establece que *a estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial*.

La regla general será pues el inmediato ingreso en prisión, pero la rigidez de tal disposición debe tener alguna posibilidad de flexibilización para evitar en algún supuesto resultados desproporcionados. En efecto, cabe en circunstancias definidas por su excepcionalidad y tratándose de reos en libertad provisional durante el proceso, otorgar un plazo —que en ningún caso podrá ser inferior a 72 horas (artículo 64.1 de la LE)— para cumplir voluntariamente la sentencia, abandonando el territorio nacional. Esta solución es especialmente recomendable para supuestos de penas cortas que de ordinario no habrían motivado el ingreso en prisión, cuando además el penado ofrezca garantías de que va efectivamente a abandonar el territorio nacional. El artículo 28.3 de la LE parte de la

admisibilidad de este procedimiento de ejecución cuando dispone que *la salida será obligatoria en los siguientes supuestos: a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal.*

Para todos estos supuestos en los que por las circunstancias concurrentes no se estime procedente el inmediato ingreso en prisión, la LE permite encauzar las actuaciones subsiguientes de una forma más respetuosa con el principio de proporcionalidad. Por tanto, existiendo una resolución de expulsión ya dictada y notificada (en este caso, la sentencia) si no se estima procedente el ingreso inmediato en prisión, podrá fijarse el plazo en el que el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español, que, en ningún caso, podrá ser inferior a las setenta y dos horas, comunicándose tal decisión a la autoridad gubernativa. Si se incumple el plazo de salida voluntaria por el extranjero, el tribunal sentenciador siempre podrá proceder conforme a lo dispuesto en la Disposición decimoséptima de la LO 19/2003 para hacer efectiva la expulsión decretada.

6. Imposibilidad de ejecutar la expulsión sustitutiva acordada

El artículo 89.1 párrafo 5.º dispone que *en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.*

Por tanto, y siguiendo los criterios sentados por la Circular 3/2001, habrá de exigirse de las autoridades gubernativas y los servicios policiales la comunicación inmediata de la práctica de la expulsión o de las razones que en su caso imposibiliten su realización, y si por cualquier motivo la expulsión no se materializa habrá de instarse el alzamiento de la suspensión del proceso penal y la continuación del mismo.

Debe aquí recordarse que la pena impuesta no se extingue, sino que simplemente queda en suspenso y es sustituida por la expulsión una vez ésta llega a materializarse.

El artículo 89.1 párrafo 3.º dispone que la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal. El artículo 80 se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, el artículo 87 se refiere a la suspensión en los supuestos de drogadicción y alcoholismo y el artículo 88 se refiere a la sustitución de las penas privativas de libertad. La sustitución de la pena por la expulsión es incompatible con las resoluciones a que se refieren los artículos mencionados.

La exclusión de la aplicación de los artículos 80, 87 y 88 del CP solamente afecta a los supuestos en los que se lleva a efecto con éxito la expulsión. Frustrada ésta, los Sres. Fiscales habrán de partir de que tales preceptos recobran su aplicabilidad, sin que por tanto pueda interpretarse el inciso *cumplimiento de la pena privativa de libertad* como inexorable ingreso en prisión. Una exégesis

acorde con los valores constitucionales llevaría en tales supuestos a la aplicación de las disposiciones generales sobre la ejecución de la pena. Otra interpretación supondría un tratamiento jurídico diferenciado para el extranjero, más gravoso y sin duda contrario a la Constitución por discriminatorio. Cabrá por tanto aplicar, en los casos en que sea procedente, las disposiciones sobre sustitución y suspensión de la pena.

El Tribunal Constitucional ha sancionado por lo demás recientemente esta interpretación en su ATC 132/2006, de 4 de abril, al establecer que “el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los artículos 80, 87 y 88 del CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España”.

Esto no obstante, cuando la imposibilidad de materializar la expulsión se hubiera debido a una voluntad deliberadamente rebelde del penado extranjero concretada en actos obstruccionistas, tal circunstancia habrá de ponderarse debidamente a la hora de optar por el cumplimiento en prisión o por la suspensión o sustitución de la pena, para evitar que resulten “premiados” dichos comportamientos, lo que constituiría una incoherencia desde el punto de vista político criminal.

7. Efectos de la expulsión sustitutiva

La prohibición de regreso se prolonga durante todo el plazo de prescripción de la pena pero jugando como tope mínimo regirá el plazo de diez años desde la fecha de la expulsión. Por ello, si la pena impuesta es de más de cinco y menos de diez años de prisión, conforme al artículo 133 del CP el plazo de prescripción y por tanto de prohibición de regreso será el de quince años.

Los Sres. Fiscales habrán de incluir en la conclusión quinta la petición de prohibición de regreso durante el plazo que conforme al artículo 89.2 de la CE proceda, al ser esta sanción una consecuencia jurídica ligada al delito.

Los criterios a seguir ante los supuestos de tentativa de regresar o de regreso a España consumado por parte del extranjero en incumplimiento de la prohibición serán en ambos casos los de devolución inmediata. Ya no cabrá la posibilidad prevista en el inciso final del artículo 89.2 del CP en su redacción original, conforme al cual “si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas”, ni la previsión de la Circular 3/2001 en el sentido de que en tal caso el reo será ingresado en prisión para cumplir la totalidad de la pena pendiente. Tampoco procederá la apertura de nueva causa por desobediencia o quebrantamiento de condena. La respuesta que en todo caso prevé

el nuevo artículo 89.3 es la de devolución por la autoridad gubernativa. Esta interpretación se amolda por lo demás a la disposición general contenida en el artículo 58.2 de la LE, conforme a la que “no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país”.

No obstante, si no pudiera materializarse esta segunda expulsión entraría en juego el párrafo 4.º del artículo 89.1, con el consiguiente inicio o reinicio de la pena total o parcialmente sustituida.

Desde el punto de vista de los efectos civiles de la expulsión, habrán de mantenerse los criterios sentados por la Circular 3/2001: la expulsión no ha de ser óbice para que se concluyan las piezas separadas de responsabilidad civil, que no deberán ser archivadas hasta que se hayan concluido debidamente, procurando en su caso la localización y realización de los bienes del reo que puedan ser objeto de traba en España. El archivo de la ejecutoria penal no justifica el automático cierre de la pieza separada de responsabilidad civil si existen bienes embargados o se han localizado fuentes de ingresos que puedan servir para satisfacer las indemnizaciones declaradas en sentencia, pudiendo continuarse por tanto la tramitación a tales efectos, sin perjuicio del necesario respeto de los derechos fundamentales del sometido a ejecución.

En todo caso debe tenerse presente que el nuevo régimen no incluye un requisito como el previsto en el artículo 21.2 LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, a cuyo tenor “...el Juez o Tribunal podrán acordar... su expulsión del territorio nacional como substitutiva de las penas que le fueran aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar...”. No habrá pues de considerarse como impedimento para la expulsión la falta de aseguramiento de responsabilidades civiles. Esta fue por lo demás la interpretación que realizó el TC analizando el cambio que supuso el anterior artículo 89 (que a tales efectos es idéntico al actual) respecto del artículo 21 LO 7/1985 (vid. ATC n.º 106/1997, de 17 de abril).

8. Expulsión substitutiva de ciudadanos de la Unión Europea o de otros países asimilados

En este punto ha de realizarse una remisión en bloque a los criterios sentados en la Circular 3/2001, que concluía con que el artículo 89 CP difícilmente podrá ser aplicado a un ciudadano comunitario, constatando por lo demás la dificultad adicional para que la medida resultase efectiva, teniendo en cuenta la existencia de un espacio común sin fronteras creado por las normas de Schengen.

Estas conclusiones se refuerzan con la regulación contenida en la reciente Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que dispone en su artículo 33 que el Estado miembro de acogida sólo podrá emitir una orden de expulsión del territorio de un ciudadano comunitario como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad cuando dicha orden cumpla los requisitos de los artículos anteriores. Estos requisitos —generales para la expulsión de ciudadanos de la UE o de miembros de su familia— por lo que ahora interesa se concretan en que conforme al artículo 27 las limitaciones a la libertad de circulación y residencia sólo podrán acordarse por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general. El artículo 28 dispone que antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen.

Debe tenerse en cuenta, respecto de las indicaciones contenidas en la Circular 3/2001, que con posterioridad se ha promulgado el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, que regula la materia relativa a libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea, Confederación Suiza y de los nacionales de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Por tanto, las consideraciones que en este apartado se realizan son aplicables a los ciudadanos de la Unión, Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein.

El RD 178/2003 se aplica, también conforme a su artículo 2, “*cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que a continuación se relacionan, y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos:* a) A su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho. b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas. c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges”.

Debe sin embargo tenerse en cuenta que la STS (sala tercera) de 10 de junio de 2004 ha anulado el inciso “y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos”.

Se mantiene por tanto el criterio de que los Sres. Fiscales deberán, con carácter general y salvo supuestos excepcionales, informar negativamente las solicitudes de expulsión relativas a ciudadanos comunitarios y asimilados que, al amparo de lo previsto en los artículos 57.7 de la LE y 89 del CP, les trasladen para informe los órganos judiciales competentes. Esos supuestos excepcionales habrán de poder ser reconducidos a las razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública a que se refiere el artículo 16 del RD 178/2003 y la Directiva 2004/38/CE y respetando las peculiaridades procedimentales establecidas en el artículo 17 del referido Decreto.

9. Sustitución judicial de las medidas de seguridad por la expulsión

El artículo 108.1 del CP tras la reforma operada por LO 11/2003 dispone que *si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.*

Pese al tenor literal del precepto, que apunta a que la sustitución opera respecto de cualquier medida de seguridad, parece que una interpretación sistemática, a la luz de los criterios sentados por el artículo 89 y del principio de proporcionalidad, aboga por entender que solamente es aplicable para medidas de seguridad privativas de libertad, incluyendo, eso sí, las impuestas por los delitos de tráfico de seres humanos contemplados en el artículo 89.4 CP, respecto de los que no se hace ninguna alusión. No obstante, respecto de estos últimos, cabrá inaplicar la expulsión sustitutiva, pues el precepto permite con carácter general tal inaplicación por el órgano jurisdiccional y previa audiencia del Ministerio Fiscal, cuando *excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España*” (artículo 108.1 del CP).

En cuanto al plazo de la prohibición de regreso a España el artículo 108 se separa del 89 y establece un sistema de plazo único de diez años.

10. Pluralidad de causas abiertas

Cuando el extranjero no residente legal está sometido a varios procedimientos penales es indispensable la coordinación a través del servicio de extranjería de cada Fiscalía para dar una respuesta global, armónica y coherente con los fines de nuestro ordenamiento.

Si el penado extranjero tiene otra u otras causas penales pendientes de enjuiciamiento, no existirá ningún obstáculo para que, una vez acordada la expulsión sustitutiva en la causa ya finalizada, concurriendo los requisitos, se autorice la expulsión, conforme al artículo 57.7 de la LE, por los Juzgados que estén conociendo las causas no finalizadas por sentencia. De no concederse tal autorización podrá hacerse uso del inciso *in fine* del apartado 1.º del artículo 89 del CP, conforme al que en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente.

[...]

V. DELITOS RELATIVOS AL TRÁFICO ILEGAL DE INMIGRANTES

1. Introducción

Uno de los ámbitos funcionales del Ministerio Fiscal en el tratamiento de la inmigración es el relativo a la persecución de aquellas conductas que convierten al inmigrante en mera mercancía o en mano de obra barata susceptible de cualquier abuso, así como la persecución de aquellas otras conductas en las que los inmigrantes son sujetos pasivos especialmente vulnerables.

En esta función la dimensión represiva ha de verse necesariamente complementada por una actuación protectora, que ampare al extranjero víctima, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3.10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, regulado en la Ley 30/1981, de 30 de diciembre, que asigna al Fiscal velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.

El Título XV bis del Código Penal se dedica específicamente a los “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Este nuevo Título tiene su origen en las disposiciones finales de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros en España y su integración social* y se integra por un único artículo.

Con posterioridad a la Circular 1/2002 se dictó la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 (2002/629/JAI), la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 (2002/946/JAI) que refuerza el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada a la circulación y a la estancia irregulares y la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, que define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Tras estos instrumentos se promulgó la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que introdujo modificaciones de gran calado en la redacción del artículo 318 bis, incrementando las penas imponibles a las conductas de tráfico de personas yendo incluso mas allá de las directrices de la Unión.

La Circular 1/2002, de 19 de febrero, *sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería* se mostraba partidaria de la decidida actuación del Ministerio Fiscal en el descubrimiento, persecución y castigo de estos delitos, aconsejando en relación con la adopción de medidas cautelares la petición de la prisión provisional cuando concurrieran las finalidades admitidas por el TC y exhortando a los Fiscales para que la respuesta penal a hechos de esta naturaleza fuese contundente. Tales indicaciones deben ahora ser ratificadas. No obstante, debe tenerse presente que se ha producido en este ámbito una expansión en cuanto a las conductas típicas y un endurecimiento de la respuesta penal, por lo que los Sres. Fiscales deberán atemperar su actuación asumiendo líneas exegéticas orientadas al respeto de las garantías y principios del Derecho penal, en especial el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, ajustando la entidad de las penas en función del hecho cometido.

La dimensión netamente internacional de estas conductas, que por esencia tienen un matiz transfronterizo, unida a la exponencial difusión de estas actividades en un mundo cada vez más globalizado, ha despertado un cada vez mayor interés de los organismos internacionales. En este sentido deben tenerse especialmente presentes el Convenio contra el crimen organizado y sus dos Protocolos: el Protocolo *para la prevención, supresión y punición del tráfico de personas, especialmente mujeres y niños*, y el Protocolo *contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire*. Ambos Protocolos han sido firmados y ratificados por España en fecha 1 de marzo de 2002.

Tras la última reforma se ha facilitado una cierta racionalización en los tipos que el Código Penal dedica a la protección penal del inmigrante, con la supresión de los tipos de los artículos 515.6 y 188.2 del CP, aunque siguen existiendo problemas en las relaciones entre los tipos.

Siguiendo la nomenclatura que inspira los Instrumentos de Naciones Unidas sobre la materia podría decirse que los tipos del artículo 318 bis del CP abarcan dos modalidades de conductas de muy distinta gravedad: el denominado “tráfico ilícito de emigrantes”, consistente en la facilitación de la entrada, tránsito o permanencia ilegal de personas en un país, y la “trata de personas” o tráfico dirigido a la explotación del emigrante utilizando medios como la coacción, la amenaza o el abuso de situación de necesidad, o bien que recaer sobre menores de 18 años, aun sin utilizar los medios anteriores.

2. Bien jurídico protegido

La rúbrica del Título XV bis parece dar a entender que el bien jurídico protegido se integra por los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros como colectivo.

Sin embargo, un análisis en profundidad de los tipos del artículo 318 bis permite llegar a la conclusión de que coexisten varios bienes jurídicos: los derechos que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por el Estado español hubiese sido realizada en condiciones de legalidad, los derechos que se ponen en peligro por los riesgos inherentes al proceso de entrada, tránsito y establecimiento ilegal y por último pero no menos presente, el interés estatal por reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada establecidas en la Legislación de extranjería y, en definitiva, el interés estatal en el control de los flujos migratorios.

En los tipos agravados se solapan otros bienes jurídicos (vida, integridad física, salud, libertad).

La jurisprudencia menor se ha decantado por conferir mayor rango al bien jurídico-derechos de los extranjeros, frente al bien jurídico de control de flujos migratorios (vid. SSAP Málaga n.º 15/2001, de 13 de marzo, y n.º 49/2004, de 30 de julio).

Pero en todo caso, desde este reconocimiento del carácter pluriofensivo de los tipos del artículo 318 bis del CP, puede detectarse un bien jurídico supraindividual identificable con el orden socioeconómico en sentido amplio, entendido como el entramado de condiciones e instituciones básicas para el mantenimiento del sistema de relaciones económicas y sociales.

3. Tipo objetivo

El artículo 318 bis del CP castiga al que, *directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España.*

La nueva redacción del artículo 318 bis no sólo no delimita la conducta típica, sino que la amplía al añadir el inciso "*directa o indirectamente*" respecto de los verbos rectores relativos a promover, favorecer o facilitar el tráfico. La reforma 11/2003 también añade la referencia, junto al tráfico ilegal, a la inmigración clandestina.

Por tanto, tras la reforma, la conducta típica consiste en promover, favorecer o facilitar, directa o indirectamente, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

Para el Tribunal Supremo "la conducta... se describe en forma abierta y progresiva: promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y facilitación, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento. Podíamos decir, de acuerdo con la doctrina más autorizada, que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción

en condiciones de ilegalidad, está inducida (*sic*) en la conducta típica” (STS n.º 1059/2005, de 28 de septiembre).

Deberán partir los Sres. Fiscales de que con los términos “directa o indirectamente” se trata de dar la amplitud necesaria para integrar en este tipo de delito también los comportamientos que, dirigidos a esa misma finalidad, no tuvieran relación inmediata con el hecho favorecedor del tráfico ilegal o la inmigración clandestina (STS n.º 968/2005, de 13 de julio).

Las modalidades típicas abarcan el tráfico “*desde, en tránsito o con destino a España*”. Se prevén, por tanto, tres modos de comisión diferentes: a) movimiento de personas desde el extranjero hacia España, que es el modo más frecuente de comisión; b) salida de alguien de España al extranjero; c) tránsito dentro de España, de un punto a otro, relacionado con ese tráfico ilegal o esa inmigración clandestina (SSTS n.º 968/2005, de 13 de julio y n.º 284/2006, de 6 de marzo).

El tipo no exige habitualidad. Tampoco requiere el tipo básico el abuso de situación de necesidad, ni la directa puesta en peligro de los derechos de los ciudadanos extranjeros ni la dignidad humana.

En cuanto a qué deba entenderse por tráfico ilegal, habrán de considerar los Sres. Fiscales englobado el efectuado contra las normas de la legislación de extranjería para el cruce de fronteras (vid. fuera de los pasos habilitados) o con fraude de esas normas (entrando por pasos habilitados pero con documentación falsa o declarando falsamente el motivo del viaje). Admiten esta segunda modalidad las SSTS n.º 994/2005, de 30 de mayo, 1381/2005, de 20 de enero, 2205/2002, de 30 de enero, 1045/2003, de 18 de julio y 1735/2003, de 26 de diciembre. Por ello, se considera inmigración clandestina la entrada en nuestro país como turista cuando la finalidad era trabajar en un club de alterne (STS n.º 2205/2002, de 30 de enero, y n.º 1045/2003, de 18 de julio).

También será, pues, inmigración clandestina aquella que se realiza, revisitiéndola de una apariencia de legalidad, ocultando a las autoridades la finalidad ilícita con que se hace, y que de ser conocida la haría imposible (SSTS n.º 994/2005, de 30 de mayo, n.º 1059/2005, de 28 de septiembre, y n.º 284/2006, de 6 de marzo).

Por tanto, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente (STS n.º 284/2006, de 6 de marzo).

En este sentido, el acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de fecha 13 de julio de 2005 en relación con el alcance del artículo 313.1.º del CP declara que “El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros

que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina”.

Una misma conducta de tráfico ilegal generará un único delito, con independencia del número de personas que resulten afectadas, teniendo en cuenta el plural empleado por el tipo al referirse al sujeto pasivo (...*tráfico ilegal de personas*...). Esto no obsta a la tipicidad de la conducta cuando se refiera a un único sujeto pasivo. La reciente STS n.º 1059/2005, de 28 de septiembre, confirma esta línea exegética al declarar al respecto que “aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no parece necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica”, añadiendo que “aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal”. En idéntico sentido se pronuncia la STS n.º 284/2006, de 6 de marzo.

El traslado ilegal desde Ceuta y Melilla a otro punto del territorio español también puede integrar el tipo pese a no concurrir elemento transnacional (SSTS n.º 112/1998, de 3 de febrero, y n.º 1330/2002, de 16 de julio).

Los Sres. Fiscales habrán de considerar típica conforme al artículo 318 bis la conducta consistente en el traslado del emigrante —sin connivencia con quien ha facilitado la entrada en España— desde el punto de desembarco en la costa española hasta otros puntos seguros con conciencia de la condición de emigrante clandestino de la persona transportada y con voluntad de ejecutar la acción prohibida. Para ello habrá de exigirse desde un punto de vista temporal la inmediatez de la entrada de los inmigrantes en España, desde un punto de vista espacial que el lugar de origen del traslado sea un lugar cercano a la zona de llegada y desde un punto de vista funcional que el extranjero haya permanecido en una situación de clandestinidad sin haber tenido la posibilidad de asentarse siquiera de forma provisional en nuestro país.

Esta interpretación es por lo demás apoyada por la STS n.º 968/2005, de 13 julio; y *obiter dicta* por las SSTS n.º 1397/2003, de 16 de octubre, y n.º 1207/2003, de 17 de septiembre.

Es un delito de tendencia. Así lo afirma la STS n.º 1330/2002, de 16 de julio que añade que “como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva o favorezca por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consuma el delito. Lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplirse la previsión normativa. Por lo que se pueden incluir conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etc.”.

Es, por tanto, difícil admitir otro grado de participación distinto de la autoría. La STS n.º 1330/2002, de 16 de julio, en relación con el artículo 313 pero con una ratio trasladable al tipo del artículo 318 bis señalaba que “...*la aplica-*

ción de la complicidad se compece mal con la amplitud del tipo del artículo 313.1.º del Código Penal, similar en su tipología, como ya hemos expuesto, con el artículo 368 del propio Cuerpo legal, haciéndose muy difícil la apreciación de formas imperfectas de participación...”. No obstante, puede excepcionalmente admitirse en alguna ocasión la complicidad como forma de participación [vid. SSAP Las Palmas n.º 48/2004 (Sección 2.ª), de 22 de marzo, y Valencia n.º 40/2002 (Sección 5.ª), de 15 de marzo].

En todo caso, no deben olvidarse las exigencias derivadas de la taxatividad, debiendo evitarse exégesis contrarias a los principios de proporcionalidad y de fragmentariedad. La interpretación de los elementos del tipo objetivo no puede llevar a incluir conductas inocuas o irrelevantes en relación con el fin de protección pretendido por la norma. En este sentido, la STS n.º 569/2006, de 19 de mayo, declara que “desde la perspectiva relacionada con el bien jurídico, aun cuando se entienda, como hace un sector doctrinal, que el delito trata de proteger el control sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática en un nuevo Título XV bis bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina... ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva, y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico”. En la misma línea puede citarse la STS n.º 479/2006, de 28 de abril.

4. Tipo subjetivo

No es necesario que concorra ánimo de lucro, elemento subjetivo que de concurrir integrará un subtipo agravado

El delito es esencialmente doloso (*re ipsa in se dolus habet*). No parece ni siquiera posible admitir el dolo eventual, debiendo exigirse dolo directo. La necesidad de dolo directo debe servir para excluir del ámbito de la norma los supuestos en los que no se pretende favorecer la emigración ilegal sino auxiliar en sus necesidades primarias a quien ya ha entrado en territorio nacional.

Es teóricamente posible la concurrencia de error, que se calificará como de tipo o de prohibición según recaiga sobre los presupuestos objetivos que fundamentan la ilegalidad o sobre la propia ilegalidad.

Habrán de entender los Sres. Fiscales que en principio la intención de emigrar a España compartida por el sujeto activo del delito con las otras personas a quienes auxilia no excluye la relevancia penal de su conducta. En este sentido se pronuncia la STS n.º 830/2005, de 27 de junio, criterio que ya con anterioridad se había aplicado por la SAP de Las Palmas n.º 40/2003 (Sección 2.ª), de 21 de febrero.

5. Consumación

Es un tipo de consumación anticipada (STS n.º 556/2005, de 25 de abril), que adelanta la barrera penal al momento en que se facilita o favorece el tráfico. Es también de mera actividad, consumándose por consiguiente con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido (vid. SAP de Las Palmas, secc. 2.ª, n.º 48/2004, de 22 de marzo, STS n.º 1059/2005, de 28 de septiembre, STS n.º 284/2006, de 6 de marzo). Por ello es irrelevante que no se concluya la operación de que se trate por causas ajenas a la voluntad del agente, tales como la posible intervención policial o por detectarse el fraude en la propia vía administrativa. El delito se consuma aunque la interceptación de la patera o cayuco se produzca antes de llegar a la costa española.

6. Subtipos agravados

El apartado 3.º del artículo 318 bis del CP castiga a *los que realicen las conductas con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas.*

Para acreditar el ánimo de lucro puede acudirse a la prueba de indicios. Así por ejemplo el Tribunal Supremo considera que se puede inferir, sin riesgo a equívoco alguno, que la actividad de los denominados “motores humanos” es siempre retribuida. Ninguna persona llevaría a cabo un traslado tan arriesgado para la vida, exponiéndose a sufrir una condena de 6 años... por simples razones altruistas y sin tener ninguna relación personal o familiar con el emigrante (STS n.º 1039/2005, de 22 de septiembre).

Existe engaño cuando se encubre el propósito de explotación sexual asegurando a la víctima que en España trabajaría como cocinera (STS n.º 1755/2003, de 19 de diciembre).

La novedad respecto a la regulación anterior a la reforma de 2003 es la referencia a los incapaces, la incorporación del abuso de una situación de superioridad, que será incompatible con la agravante general y la incorporación del abuso de la especial vulnerabilidad de la víctima.

El peligro ha de evaluarse en cada situación en concreto (STS n.º 1059/2005, de 28 de septiembre, n.º 1039/2005, de 22 de septiembre), aunque alguna resolución se ha referido al peligro como peligro abstracto (STS n.º 704/2005, de 6 de junio). En la aplicación de este subtipo deberán los Sres. Fiscales seguir las pautas acuñadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así, aunque como refiere la STS n.º 1059/2005, de 28 de septiembre, “la necesidad de que haya provocado una concreta situación de peligro para los

bienes jurídicos contemplados en el precepto requiere la prueba específica de que el peligro se dio en el caso concreto” debiendo rechazarse por tanto que el riesgo “pueda presumirse como ligado a ciertas conductas consideradas *ex-ante* como peligrosas”, no es menos cierto que sin perjuicio de aportar en cada caso los elementos probatorios necesarios para concretar, algunos procedimientos para llegar a España son en sí peligrosos. En efecto, existen ciertos medios para el transporte que incorporan generalmente este elemento de peligro. Los traslados en frágiles embarcaciones (pateras o cayucos) desde la costa norteafricana a la española generan por sí un peligro concreto. Así el subtipo se aprecia cuando los inmigrantes son conducidos desde Marruecos en patera (SSTS 1685/2002, de 15 de octubre; 1248/2002, de 28 de junio, y 1207/2003, de 17 de septiembre). Se ha apreciado esta situación de peligro concreto en la situación de hipotermia detectada y otras genéricas asechanzas (v.gr. cambio brusco de factores atmosféricos con repercusión en el oleaje, corrientes, etc., peligro de animales marinos o la huida del acusado si sospecha que puede ser detenido, etc.) (STS n.º 1039/2005, de 22 de septiembre).

En este sentido el Tribunal Supremo ha declarado que “no cabe aceptar como irracional o absurdo el juicio de inferencia de la peligrosidad para la vida e integridad física de las personas que transportaba una embarcación tan precaria, carente de los mínimos elementos de seguridad y de ayudas a la navegación y, por ello, sumamente vulnerable en un medio de suyo hostil y sumamente arriesgado en las condiciones en que se efectuó la travesía. Si a estas consideraciones se añade la realidad que nos ofrece la experiencia, que demuestra empíricamente los numerosos episodios de personas fallecidas en situaciones idénticas al supuesto de hecho enjuiciado, lo que pone de manifiesto de modo patente la certeza del grave peligro que aprecia el juzgador de instancia, habrá de concluirse que el pronunciamiento inferido por el Tribunal sentenciador se ajusta plenamente a los cánones de la racionalidad, de la lógica, de la experiencia y del recto criterio humano” (STS n.º 491/2005, de 18 de abril).

Aunque la travesía no fuera por alta mar, se aplica el subtipo en ocasiones teniendo en cuenta la hora —madrugada—, y la época —mes de diciembre— que hacen “patente la realidad del riesgo para la vida de las dos personas”, jugándose también con el dato de que no estén acreditados conocimientos de natación en los transportados (STS n.º 704/2005, de 6 de junio).

Por lo demás, declara la STS n.º 1451/2005, de 14 de diciembre que “lo que sí tiene valor probatorio referido a otras ocasiones y como criterio de experiencia, es catalogar el lugar concreto por el que se accedió a Ceuta, como muy peligroso, por las circunstancias concurrentes, ya conocidas por la Sala. Los informes de la guardia civil en este punto son decisivos, al concretar que la zona del mar por la que discurrió la travesía tiene corrientes peligrosas y el viento suele desviar la corriente marina al Estrecho”.

También se ha apreciado el subtipo agravado en un supuesto en el que se permaneció oculto en un vehículo, en un doble fondo de reducidas dimensiones, aproximadamente dos horas, de modo que cuando fue sacado de allí se encontraba desorientado y aturdido (STS n.º 887/2005, de 30 de junio) o en un caso en el que una de las tres personas que venían ocultas se encontraba dentro de un bolso de viaje con la cremallera abierta, y debajo de varias maletas, mantas y otros bultos, en el interior de una furgoneta (STS n.º 610/2004, de 4 de mayo).

El traslado de menores requiere que el sujeto activo conozca la minoría de edad del emigrante, aunque en este punto cabe admitir el dolo eventual. La aplicación del subtipo no generará dificultades cuando el menor tenga una edad notoriamente inferior a los dieciocho años. En este sentido, la SAP Las Palmas, secc. 2.ª, n.º 26/2004, de 9 de febrero, que aprecia el subtipo agravado, declara que teniendo en cuenta que uno de los menores tendría unos tres años *en modo alguno puede llevar a confusión sobre su minoría de edad, y por tanto el acusado no podía desconocer que estaba transportando al menos a un menor*. El problema se plantea en los supuestos en que sea difícil determinar la minoría de edad de la víctima. En estos casos será aconsejable optar por la no aplicación del subtipo. Así no procederá aplicarlo en supuestos en los que la falta de documentación obligue a realizar pruebas médicas a la víctima y éstas arrojen una horquilla cuyo tramo superior exceda de los 18 años.

El apartado 4.º incorpora como subtipo la conducta de los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Para que el subtipo devenga aplicable será preciso que el sujeto activo perpetre los hechos utilizando su condición pública para facilitar la comisión del delito. Es en este sentido ilustrativa la STS n.º 727/2004, de 10 de junio, que considera concurrente el prevalimiento al exhibir el acusado “ante los responsables de los controles policiales sus credenciales como funcionario de policía, con la intención de beneficiarse indudablemente, de ese modo, de la confianza que su conducta podía generar ante quienes, en definitiva, eran sus propios compañeros”.

El apartado 5.º agrava el tipo básico cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. La supresión mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, del apartado 6.º del artículo 515 del Código Penal, que incluía dentro del catálogo de las asociaciones ilícitas a las que promovieran el tráfico ilegal de personas, simplifica y evita farragosos problemas concursales.

Pueden trasladarse a este subtipo los criterios aplicados por la jurisprudencia del TS en relación con el concepto de organización referido al delito contra la salud pública. Conforme a la STS n.º 1306/2003, de 6 de octubre, la organización *supone algo más que el mero concierto de varias personas para la realización de una determinada infracción criminal. Es preciso que el acuerdo lleve a*

la formación de una estructura, siquiera sea elemental, en que haya una dirección y una jerarquía que planifique y conjunte las diversas actividades de los miembros del grupo añadiendo que conviene no ser demasiado flexible en la exigencia de los elementos que pueden conformar una organización o asociación dedicada a la comisión de ciertos delitos a fin de no incluir en dicha categoría, como forma transitoria de la misma, cualquier supuesto de codelinuencia compleja.

El párrafo segundo del apartado 5.º introduce un tipo hiperagravado: cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Cuando respecto de un mismo hecho concurren dos o más agravaciones de las previstas en el artículo 318 bis.3 el tipo cualificado se integrará con cualquiera de las concurrentes, pudiendo dar los Sres. Fiscales operatividad a las restantes agravaciones a la hora de determinar la pena concreta dentro de los márgenes legales.

7. Problemas concursales

En los supuestos en los que en la actividad de tráfico llegara a irrogarse lesión a algún bien jurídico individual penalmente tutelado (concurso entre el delito de riesgo del subtipo agravado contenido en el apartado tercero del artículo 318 bis y el resultado muerte o lesiones causado), habrán de distinguirse dos supuestos distintos: si el riesgo creado lo fue respecto de una sola persona nos encontraremos ante un concurso de leyes, no pudiendo aplicarse simultáneamente el subtipo agravado y el delito derivado de la concreción del peligro, debiendo por contra aplicarse el tipo básico y el delito de resultado o el subtipo agravado exclusivamente, si éste resultara castigado con pena superior. Si el riesgo creado lo fue respecto de varias personas y el resultado lesivo solo se concretó respecto de una de ellas podrá aplicarse como concurso de delitos el subtipo agravado del artículo 318 bis y el tipo de resultado.

Si para la actividad de tráfico, con el fin de facilitar la entrada o tratar de acreditar la identidad se facilitan documentos falsos también podrá apreciarse concurso de delitos entre el artículo 313.1 o el 318 bis y el delito de falsificación (STS n.º 1116/2003, de 25 de julio, SAP de Málaga, secc. 7.ª, n.º 15/2003, de 21 de febrero, SAP de Las Palmas, secc. 2.ª, n.º 48/2004, de 22 de marzo).

Hay perfecta compatibilidad entre los delitos de secuestro del artículo 164 y el del artículo 318 bis.1. Se trata de conductas fácilmente separables, que podrían haber existido la una sin la otra, que originan un concurso real de delitos y no concurso de normas por absorción (artículo 8.3.º del CP), ya que es necesario aplicar ambas disposiciones penales para abarcar la total antijuridicidad del comportamiento punible (STS n.º 968/2005, de 13 de julio, con cita de la 1397/2003, de 16 de octubre).

El artículo 313.1 del CP castiga con penas de dos a cinco años y multa a quien *promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España*.

Antes de la reforma 11/2003 el delito del 313.1 del CP era castigado con pena superior a la del tipo básico del 318 bis.1, por lo que aquél coherentemente era de aplicación preferente, teniendo en cuenta que a la común conducta de tráfico se unía el plus de la finalidad de incorporación ilícita al mercado de trabajo. Por tanto, el concurso de normas se resolvía a favor del artículo 313.1 tanto si se aplicaba el principio de alternatividad como si se operaba con el de especialidad.

Tras la referida reforma, las relaciones entre ambos tipos se complican, pues por un lado se modifica la redacción del artículo 318 bis del CP con un propósito omnicompreensivo y por otro lado se le asigna mayor penalidad, sin derogar expresamente el artículo 313.1.

En el trance de dar una solución al concurso debe obviamente descartarse la aplicación del concurso de delitos, pues se conculcaría frontalmente el principio *non bis in idem*.

Habrà de dársele a estos supuestos, pues, un tratamiento conforme a los principios que rigen el concurso de leyes.

Si concurre una conducta subsumible en alguno de los subtipos agravados del 318 bis y conforme al artículo 313.1 del CP, habrá de optarse por la aplicación del primero, pues en estos casos es claro que no existe ya una relación tipo general-especial, dado que ambos incorporan elementos especializantes, por lo que devendrá aplicable, conforme al principio de alternatividad, el artículo 318 bis.

Más complejo es el supuesto en el que concurra una conducta subsumible en el tipo básico del artículo 318 bis y en el artículo 313.1 del CP. En una primera aproximación podría entenderse de preferente aplicación este último, como tipo especial, en tanto aparentemente aporta una singularidad en cuanto al sujeto pasivo del delito no contenida en el artículo 318 bis.

Sin embargo, debe repararse en que si con carácter general el fundamento de la aplicación preferente de los tipos especiales radica en que los mismos valoran con más precisión la conducta típica, en estos casos el tratamiento privilegiado que el artículo 313 otorga a las conductas de tráfico de emigrantes carece de justificación.

Se ha incurrido en una defectuosa técnica legislativa, pues debió haberse suprimido expresamente el tipo del artículo 313.1 incorporando en su caso un nuevo subtipo agravado en el artículo 318 bis cuando la conducta tuviese por objeto la explotación laboral (más que la inmigración clandestina de trabajadores, pues no parece que tal finalidad sin más suponga un plus de antijuridicidad ni de culpabilidad).

Parece claro, no obstante, que el objetivo del Legislador —pese a la deficiente plasmación final— se orientaba hacia un tratamiento unificado de estas conductas a través del nuevo artículo 318 bis. Tal propósito tiene una explícita formulación en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003 en la que se declara que *el nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas —con independencia de que sean o no trabajadores— será castigado con prisión de cuatro a ocho años.*

Por lo demás, puede defenderse que la referencia a la inmigración clandestina de trabajadores contenida en el artículo 313.1 del CP ha dejado de ser un elemento especializante en relación con el tipo básico del artículo 318 bis. En efecto, habiéndose incorporado al artículo 318 bis junto al tráfico ilegal la referencia a la inmigración clandestina de personas, puede concluirse con que siendo consustancial a la inmigración el desplazamiento de una persona de su país con el fin de buscar trabajo, el concurso de normas entre ambos tipos ha de resolverse no conforme al principio de especialidad, sino conforme al principio de alternatividad, deviniendo de aplicación preferente el artículo 318 bis.

En tanto no se consolide un criterio jurisprudencial en sentido contrario, los Sres. Fiscales mantendrán la aplicación preferente del tipo del artículo 318 bis CP respecto del contenido en el artículo 313.1 del CP.

8. Causas de justificación

Frecuentemente se invoca como causa de justificación el estado de necesidad sobre la base de que los sujetos pasivos se encontraban perseguidos en sus países de origen. La jurisprudencia menor ha afirmado cómo “en teoría, es posible apreciar la justificante del estado de necesidad (artículo 20.5 del CP) cuando la salida, la entrada o el tránsito del extranjero por territorio nacional se hace para evitar un mal ajeno. Por ejemplo, individuos perseguidos por motivos políticos, por su etnia o creencias religiosas, etc., que se encuentren amenazados de muerte en sus países de origen” (vid. SSAP de Málaga n.º 15/2001, de 13 de marzo, y 49/2004, de 30 de julio).

Sin desconocer que puede concurrir el estado de necesidad, si efectivamente se hace para evitar un mal ajeno a las personas transportadas, y el sujeto activo obra en atención a la consecución de refugio, asilo o protección para los inmigrantes, tales extremos deben acreditarse cumplidamente y, desde luego, han de entenderse incompatibles con el precio.

9. Pena imponible

La respuesta penal al tráfico de inmigrantes se ha visto tras la reforma 11/2003 sensiblemente incrementada, pasando el tipo básico de prever una pena de prisión de 6 meses a 3 años y multa a una pena de prisión de 4 a 8 años.

En este contexto, deberán tener presentes los Sres. Fiscales las posibilidades individualizadoras que permite el apartado 6.º del artículo 318 bis, a cuyo tenor *los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada*. A estos efectos debe admitirse que la posibilidad de degradación penológica puede operar no solo sobre el tipo básico sino también sobre los subtipos agravados.

Debe, en relación con las posibilidades del apartado 6.º, tenerse presente que como quiera que el tipo básico no exige ánimo de lucro, en principio serían típicas las conductas realizadas con finalidad altruista o humanitaria, cuando no reunieran los requisitos para aplicar la eximente. En estos supuestos la pena puede resultar desproporcionada. También esta desproporción puede ser predecible de otros casos en los que pese a actuarse con ánimo de lucro, el transporte se realiza en relación con adultos y a instancias de éstos, en condiciones de seguridad excluyentes de cualquier menoscabo a su dignidad.

Se considera valorable a efectos de la atenuación el referirse el hecho al intento de introducir en España a una sola persona, no a varias, como es lo habitual en estos casos (STS n.º 887/2005, de 30 de junio). Anticipando esta pauta, la STS n.º 1116/2003, de 25 de julio, aunque dictada antes de la introducción del apartado sexto del artículo 318 bis ya consideraba que debía tenerse en cuenta en la tarea de determinación de la pena el que se tratara de introducir en el país a una sola persona, “lo que disminuye la gravedad del hecho”. Cabrá también valorar la mínima afectación de los ciudadanos extranjeros (STS n.º 1531/2005, de 7 de diciembre).

También pueden valorarse para aplicar la atenuación la inexistencia de móviles de lucro, el propósito altruista o la vinculación familiar o asimilada del autor con el inmigrante [vid. SSAP de Málaga n.º 9/2004 (Sección 7.ª, Melilla), de 26 de febrero, Cádiz, n.º 156/2003 (Sección 6.ª, Ceuta), de 9 de diciembre].

Debe igualmente recordarse a los Sres. Fiscales la necesidad de solicitar en los escritos de calificación provisional el comiso de los medios de transporte empleados en la comisión de delitos de tráfico de personas en cualquiera de sus modalidades, consecuencia accesoria prevista en el artículo 127 del CP.

10. Tratamiento de los delitos de tráfico ilegal de personas cometidos fuera del territorio nacional

El tipo del artículo 318 bis implícitamente exige una acción que se dirija a traspasar la frontera española, aun cuando su consumación no requiere que tal propósito se logre. Por territorio nacional habrá de entenderse el espacio terrestre delimitado por sus fronteras y las doce millas adyacentes a las costas españolas, conforme a la Ley de 4 de enero de 1977 y el espacio aéreo que se eleva sobre el espacio terrestre y marítimo territorial, conforme a la Ley de Navega-

ción Aérea de 21 de julio de 1960. También tienen consideración de territorio español a efectos de determinación del ámbito de la jurisdicción penal los buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte (artículo 23.1 de la LOPJ).

Un problema colateral es el de los casos en los que no habiéndose alcanzado aún territorio nacional son interceptadas por agentes de la autoridad españoles en funciones de salvamento embarcaciones con inmigrantes irregulares en aguas internacionales cuando inequívocamente se dirigen a España.

Si el tráfico de seres humanos detectado en aguas internacionales está orientado a la explotación sexual de los mismos, la jurisdicción de los Tribunales españoles no ofrece dudas, a la vista de la expresa previsión contenida en el artículo 23.4.e) de la LOPJ, conforme al que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como ...delitos relativos a la prostitución.

Más dudosos, como consecuencia de la falta de una previsión expresa en el artículo 23 de la LOPJ, son los supuestos en los que los actos de inmigración clandestina no estén orientados hacia la explotación sexual.

Pese a que ya ha recaído alguna resolución contraria a reconocer a España jurisdicción (vid. AAP de Las Palmas, secc. 1.ª, de 17 de marzo de 2006), los Sres. Fiscales habrán de mantener la tesis de la competencia de la jurisdicción española, en tanto no se consolide en los tribunales la exégesis contraria.

El tipo delictivo se estructura en torno a unos verbos rectores —promover, favorecer o facilitar— que remiten a conductas que abarcan la que ahora es objeto de análisis: en estos casos el traficante de seres humanos ha promovido la inmigración ilegal hacia y en España, al haber organizado el acto de transporte con destino a España y haber provocado —colocando a los inmigrantes en una situación de necesidad— el acto de salvamento y la consiguiente entrada de los mismos en nuestro país. El delito debe entenderse cometido en todos aquellos lugares en que se haya realizado cualquiera de los elementos típicos de la acción, lo mismo donde se realiza la actividad que donde se realizan los resultados intermedios o finales. Entraría este delito por su matiz transfronterizo dentro del grupo de los denominados delitos de tránsito, en el que también ha de entenderse cometido el delito en el país en el que se produce una parte de la acción.

En estos casos no es que se frustre la operación de inmigración ilegal fuera de territorio español por causas ajenas a la voluntad del agente. La intervención de las autoridades españolas en las operaciones de salvamento no están preordenadas a la prevención o represión del delito ni suponen la frustración del mismo, ni siquiera su interrupción fuera de España. El tipo es de estructura permanente y, precisamente, con la operación de salvamento y el traslado de los inmigrantes a territorio español el mismo se continúa ejecutando y llega a la

fase de agotamiento. La acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial.

El traficante de seres humanos pretende en estos casos trasladar a los inmigrantes a España y con la operación de salvamento tal propósito se ve coronado con éxito. De hecho, en estos casos pese a la intervención de salvamento una vez trasladados los inmigrantes a España, puede perfectamente ocurrir que no sea posible devolver a éstos y que se queden definitivamente en España.

En este contexto cabe defender que el delito se ha cometido en España y que por tanto, nuestros tribunales tienen jurisdicción para instruir y enjuiciar la conducta de los traficantes.

En estos casos desde el punto de vista territorial habrá de reconocerse competencia a los Tribunales del partido al que, a la vista del punto de interceptación, puede inferirse que se dirigía la nave, debiendo optarse si tal inferencia no resulta clara por el Juzgado del puerto de arribada.

Debe repararse en que la propia descripción típica de la conducta sancionada en el artículo 318 bis del CP apunta a una expansión de la jurisdicción de los tribunales españoles, pues cuando castiga al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o *con destino a España* está atribuyendo competencia al orden penal español para perseguir hechos que comienzan a ejecutarse fuera de España siempre que pueda acreditarse que el destino final es nuestro país.

Estas conclusiones son por lo demás ajustadas a los recientes Convenios internacionales suscritos por España en relación con la materia. El artículo 8.7 del Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y ratificado por España (BOE n.º 295, de 10 de diciembre de 2003) dispone que todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda. El artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, dispone que un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de los delitos a que se refiere cuando sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5... y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio.

Por su parte el artículo 7 del Protocolo establece que los Estados Parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito

de inmigrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar, objetivo que se cohonesta con la interpretación propuesta.

La reciente STS n.º 950/2005, de 20 de julio, acepta el fallo condenatorio en un supuesto en que el acusado “fue interceptado en alta mar (...) en la patera que patroneaba cuando se aproximaba a las costas de Fuerteventura en la que trasladaba sin medida de seguridad alguna como chaleco salvavidas, señales de emergencia o bengalas de localización, etc. desde la Costa africana a 32 inmigrantes indocumentados, entre ellos un bebé”. La misma no se plantea el problema de si el punto de localización era o no el de las aguas territoriales españolas.

11. Especial referencia a los delitos relativos al tráfico de inmigrantes con fines de explotación sexual

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, derogó el tipo del artículo 188.2 del CP, introduciendo simultáneamente un subtipo agravado del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en el número 2 del artículo 318 bis que castiga con la pena de 5 a 10 años de prisión “si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas”.

Resulta sin duda un avance técnico la construcción de tráfico ilegal con finalidad de explotación sexual como subtipo agravado del delito de tráfico ilegal de personas, pues con ello se allana el camino hacia la búsqueda de soluciones para supuestos de concursos. En efecto, la tipificación anterior conforme al artículo 188.2 generó una jurisprudencia menor dispersa y contradictoria, sobre todo en el tratamiento de la relación concursal con el delito de prostitución coactiva (artículo 188.1).

La reforma también ha supuesto la agravación de la respuesta penal y así la pena prevista en el artículo 318 bis apartado segundo es muy superior a la asignada por sí para la explotación sexual (188.1). La entidad de la pena imponible hará necesaria siempre la incoación de sumario ordinario, conforme a lo dispuesto en el artículo 757 de la LECrim.

En cuanto al tipo objetivo habrá de partirse de que por “explotación sexual” deben entenderse abarcados además del ejercicio de prostitución, otros empleos de inmigrantes para fines de naturaleza sexual (pornografía).

El tipo se amplía pues ya no se exige que la conducta se cometa mediante violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de necesidad o superioridad o vulnerabilidad de la víctima.

Solo podrán ser sujetos pasivos del delito tipificado en el artículo 318 bis.2 los extranjeros, con exclusión de los ciudadanos de la Unión Europea y países asimilados, sin perjuicio de la aplicación en su caso del tipo del artículo 188.1 del CP.

El tipo subjetivo incorpora como elemento la finalidad de explotación sexual por el propio sujeto activo o por un tercero.

En cuanto a los tipos cualificados, también le son aplicables al tráfico con fines sexuales los subtipos de los apartados 3.º, 4.º y 5.º del artículo 318 bis. Debe no obstante excluirse la agravación en base al ánimo de lucro, pues el mismo es inherente a la finalidad de este tráfico, con reflejo en la referencia al término explotar.

Respecto a los problemas concursales, en los supuestos de tráfico ilegal con fines de explotación sexual en que llegue a consumarse la prostitución típica de la víctima habrá de aplicarse el artículo 318 bis en concurso con el artículo 188.1, pues para abarcar en estos casos el desvalor total de la acción, incluyendo el resultado, se precisa de la aplicación de ambos tipos penales. La STS n.º 651/2006, de 5 de junio, referida a un supuesto de tráfico ilegal y prostitución coactiva, se decanta por apreciar un concurso real de delitos.

12. Tratamiento de los testigos extranjeros y en especial, de la víctima

En las causas abiertas para la investigación de los delitos de tráfico de inmigrantes es esencial promover la preconstitución de la prueba, pues la propia situación precaria de quienes son los principales testigos de cargo en un gran número de supuestos va a determinar el peligro evidente de no contar con su testimonio presencial en el acto del juicio oral.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2002 ya establecía que en los delitos de tráfico de seres humanos las declaraciones de los testigos víctimas de las redes se efectúen de acuerdo con las previsiones del artículo 448 de la LECrim remitiendo al mismo tiempo comunicación a la autoridad gubernativa expresando el criterio del Fiscal en orden a la conveniencia o no de la exención de responsabilidad, a tenor de los datos de la causa penal.

Debe en este punto hacerse hincapié en que salvo circunstancias excepcionales, como regla general, los Sres. Fiscales, en los delitos de tráfico de seres humanos, promuevan la preconstitución probatoria de los testimonios de las víctimas a través del citado artículo 448, o en su caso conforme a lo dispuesto en el artículo 777.2 de la LECrim y a la interpretación al respecto establecida en la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado (apartado II.1.E).

El artículo 59.4 de la LE, desarrollado por el artículo 117.3 del RE prevé que cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión durante el tiempo necesario o la autorización de su regreso, si ya hubiera sido expulsado.

La valoración que el Fiscal traslada a la Administración no es vinculante para la misma, si bien debe tenerse presente que la obligación constitucional de los poderes públicos de colaboración con la Administración de Justicia ha de entenderse aplicable también a las solicitudes del Ministerio Fiscal. Por ello, la motivación de la petición del Fiscal se torna esencial y especialmente exigible, para poder reivindicar con fundamento la referida obligación de colaboración. También habrán de procurar los Sres. Fiscales la necesaria fluidez en las vías de comunicación con las autoridades gubernativas, a fin de lograr la imprescindible coordinación en este ámbito.

La Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, *sobre expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes* establece un procedimiento para la expedición de los permisos de residencia, e insiste en esta línea de actuación, subrayando la necesidad de que se asegure a los eventuales beneficiarios una adecuada información previa.

La Directiva subordina la concesión del permiso a la concurrencia de una *clara voluntad de cooperación* en el beneficiario. En el artículo 14 se dispone que el permiso de residencia podrá retirarse, entre otros motivos, si la autoridad competente considera que la cooperación de la víctima es fraudulenta o su denuncia es fraudulenta o infundada.

También debe recordarse a los Sres. Fiscales la conveniencia de instar las medidas de protección de testigos prevista en la Ley Orgánica 19/1994, a favor de los extranjeros víctimas de los delitos relacionados con la inmigración ilegal que colaboren contra las redes organizadas, teniendo en cuenta el grave desamparo en que muchas veces se encuentran, en especial a las víctimas del delito de tráfico ilegal de personas con finalidad de explotación sexual del artículo 318 bis apartado 2.º del CP.

Habrà no obstante que actuar con la máxima cautela en estos supuestos de colaboración para evitar, como reseñaba la Circular 1/2002, que puedan prosperar situaciones de denuncias falsas, huecas o inconsistentes o situaciones de retractación o cese de la cooperación, que tengan sólo por objeto la consecución de una regularización, imposible de obtener de otro modo.

[...]

VIII. CONCLUSIONES SOBRE EXPULSIÓN SUSTITUTIVA DE EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE CONDENADOS POR DELITO (ARTS. 89 Y 108 CP)

1.º Los Sres. Fiscales, en los casos en que se impongan a extranjeros no residentes legales penas privativas de libertad inferiores a seis años, habrán de interesar como regla general la sustitución de las mismas por la expulsión.

2.º La expulsión en sustitución de penas privativas de libertad puede en principio aplicarse tanto a los extranjeros que se encuentran irregularmente en España como a los extranjeros en situación de estancia, conforme al artículo 30 de la LE.

3.º En supuestos en los que a la vista de las circunstancias personales concurrentes en el penado la expulsión automática del artículo 89 conduzca a resultados que contraríen la doctrina del TEDH habrá de optarse por no solicitar la expulsión.

4.º Los estudiantes extranjeros con autorización de estancia, conforme al artículo 33 de la LE, deberán considerarse como extranjeros residentes legalmente en España, por lo que no se les aplicarán en caso de condena penal los mecanismos de la expulsión sustitutiva de la pena.

5.º La falta de residencia legal del extranjero debe estar debidamente acreditada en la causa, debiendo entenderse que en principio, la certificación expedida por funcionarios de las Brigadas de Extranjería y Documentación sobre inexistencia de autorización de residencia e incorporada a la causa penal, será, como documento oficial expedido por los órganos del Ministerio de Interior, prueba suficiente para acreditar la aplicabilidad o inaplicabilidad del régimen legal del artículo 89 del CP.

Habrà de partirse de que no es necesario solicitar la referida certificación si el extranjero imputado no solo no presenta documentación acreditativa de su residencia legal sino que además reconoce no disponer de tal autorización.

6.º En tanto la calificación del extranjero como no residente es esencial a los efectos de la consecuencia jurídica de la expulsión sustitutiva y debe ser objeto de prueba, tal extremo habrá de ser recogido por los Sres. Fiscales en la conclusión primera del escrito de conclusiones provisionales o de acusación, debiendo incorporarse el soporte probatorio como regla general durante la fase de instrucción y antes de la calificación.

7.º Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la pena concretamente impuesta.

8.º Por pena privativa de libertad habrá de entenderse cualquier pena de prisión. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas, pese a tener la consideración de pena privativa de libertad, no se entenderá susceptible de ser sustituida por la expulsión.

9.º Para aplicar la expulsión sustitutiva es necesario una condena por delito, no siendo suficiente una condena a pena privativa de libertad por una simple falta.

10.º No procederá interesar la expulsión sustitutiva cuando se imponga una pena de prisión de menos de tres meses, toda vez que conforme al artículo

71.2 del CP será imperativo sustituirla por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, ambas penas no privativas de libertad.

11.º Dentro del grupo de delitos que exigen cumplimiento ordinario estarán normalmente aquellos en los que el sujeto activo es un extranjero no residente que accede a España con el fin de cometer el delito y con ánimo de volver al extranjero una vez perpetrados los hechos. Estas consideraciones deben ser especialmente aplicables a extranjeros no residentes traficantes de drogas (que causen grave daño a la salud o aun no causándolo, en cantidad de notoria importancia).

12.º Cabe interesar la expulsión sustitutiva en delitos contra la salud pública, aunque se trate de sustancias que causan grave daño a la salud cuando se trate de actividades de venta al por menor de pequeñas cantidades.

13.º Deben excluirse de la expulsión sustitutiva como pauta general los delitos cometidos por organizaciones criminales.

14.º Con carácter ordinario habrán de plantear los Sres. Fiscales la petición de expulsión sustitutiva total o parcial en conclusiones provisionales.

15.º Es admisible introducir la petición de expulsión en trámite de elevación de las conclusiones a definitivas si se ha omitido con anterioridad, sin perjuicio de que en tales supuestos y para evitar cualquier sombra de indefensión deba concederse a la defensa a solicitud de la misma un plazo adicional para poder estudiar posibles alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 788.4 de la LECrim.

16.º Los Sres. Fiscales defenderán como regla general la interpretación conforme a la cual no cabe acordar la expulsión sustitutiva en ejecución de sentencia.

Por excepción, cabrá admitir que en fase de ejecución se resuelva sobre la expulsión sustitutiva si tal previsión se incluyó en la parte dispositiva de la sentencia, difiriéndola a la ejecutoria, así como cuando la petición se realice por el propio penado. En estos supuestos limitados en los que se promueva una resolución de expulsión sustitutiva después de dictada sentencia, será necesario dar audiencia al penado asistido de su letrado, permitiéndole articular prueba sobre los presupuestos de la expulsión, y debiendo adoptar la decisión la forma de auto motivado, susceptible de los correspondientes recursos. Por supuesto, también habrá de darse audiencia al Fiscal.

17.º Los Sres. Fiscales, partiendo de que la decisión sobre la expulsión sustitutiva debe adoptarse en la sentencia, habrán de interponer en su caso los correspondientes recursos ante la injustificada falta de pronunciamiento expreso, en uno u otro sentido, sobre la expulsión.

18.º Cuando se trate de sentencias dictadas de conformidad en el Juzgado de guardia, podrá el Juez de Instrucción acordar el ingreso en prisión del pena-

do extranjero por aplicación del artículo 801.1.4 de la LECrim. En los supuestos de conformidad la misma debe ir precedida de la información al reo de que la pena va a ser sustituida por la expulsión.

19.º Cabe admitir en circunstancias definidas por su excepcionalidad y tratándose de reos en libertad provisional durante el proceso, otorgar un plazo —que en ningún caso podrá ser inferior a 72 horas (artículo 64.1 de la LE)— para cumplir voluntariamente la sentencia, abandonando el territorio nacional.

20.º La exclusión de la aplicación de los arts. 80, 87 y 88 del CP, a que se refiere el artículo 89.1 párrafo 3.º solamente afecta a los supuestos en los que se lleva a efecto con éxito la expulsión. Frustrada ésta, los Sres. Fiscales habrán de partir de que tales preceptos recobran su aplicabilidad, sin que por tanto pueda interpretarse el inciso *cumplimiento de la pena privativa de libertad* como inexorable ingreso en prisión. Una exégesis acorde con los valores constitucionales llevaría en tales supuestos a la aplicación de las disposiciones generales sobre la ejecución de la pena.

21.º Los Sres. Fiscales habrán de incluir en la conclusión quinta la petición de prohibición de regreso durante el plazo que conforme al artículo 89.2 del CP proceda, al ser esta sanción una consecuencia jurídica ligada al delito.

22.º Los criterios a seguir ante los supuestos de tentativa de regresar o de regreso a España consumado por parte del extranjero en incumplimiento de la prohibición serán en ambos casos los de devolución inmediata.

23.º Habrá de admitirse la posibilidad de acordar el mecanismo de la expulsión sustitutiva en los supuestos en los que el reo sea condenado, en la misma o en diferentes sentencias, a varias penas todas ellas inferiores a los seis años de privación de libertad, aunque sumadas excedan de dicho límite.

24.º Si el penado extranjero tiene otra u otras causas penales pendientes de enjuiciamiento, no existirá ningún obstáculo para que, concurriendo los requisitos legales, una vez acordada la expulsión sustitutiva en la causa ya finalizada, se autorice la expulsión, conforme al artículo 57.7 de la LE, por los Juzgados que estén conociendo las causas no finalizadas por sentencia. De no concederse tal autorización habrá de hacerse uso del inciso *in fine* del apartado 1.º del artículo 89 del CP, conforme al que en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

[...]

XII. CONCLUSIONES SOBRE DELITOS RELATIVOS AL TRÁFICO ILEGAL DE INMIGRANTES

1.º Debe partirse de que los tipos del artículo 318 bis no exigen habitualidad. Tampoco requiere el tipo básico del artículo 318 bis el abuso de situación

de necesidad, ni la puesta en peligro al menos de los derechos de los ciudadanos extranjeros ni la dignidad humana.

2.º En cuanto a qué deba entenderse por tráfico ilegal, deberá considerarse englobado el efectuado contra las normas de la legislación de extranjería para el cruce de fronteras (vid. fuera de los pasos habilitados) o con fraude de esas normas (entrando por pasos habilitados pero con documentación falsa o declarando falsamente el motivo del viaje).

3.º Los Sres. Fiscales habrán de considerar típica conforme al artículo 318 bis la conducta consistente en el traslado del emigrante desde el punto de desembarco en la costa española hasta otros puntos seguros con conciencia de la condición de emigrante clandestino de la persona transportada y con voluntad de ejecutar la acción prohibida.

4.º Una misma conducta de tráfico ilegal generará un único delito, con independencia del número de personas que resulten afectadas.

5.º El traslado ilegal desde Ceuta y Melilla a otro punto del territorio español también puede integrar el tipo pese a no concurrir elemento transnacional.

6.º Puede admitirse la complicidad como forma de participación, si bien revestirá carácter excepcional.

7.º La conducta base exige dolo directo. La necesidad de dolo directo debe servir para excluir del ámbito de la norma los supuestos en los que no se pretende favorecer la emigración ilegal sino auxiliar en sus necesidades primarias a quien ya ha entrado en territorio nacional.

8.º El tipo del artículo 318 bis es de consumación anticipada y de mera actividad. Es irrelevante que no se concluya la operación de que se trate por causas ajenas a la voluntad del agente. El delito se consuma aunque la interceptación de la patera o cayuco se produzca antes de llegar a la costa española.

9.º El subtipo agravado consistente en poner en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas (apartado 3.º) requiere un peligro concreto. Debe partirse de que los traslados en frágiles embarcaciones desde la costa norteafricana a la española generan por sí un peligro concreto.

10.º El subtipo agravado consistente en el traslado de menores requiere que el sujeto activo conozca la minoría de edad del emigrante, aunque sea con dolo eventual.

11.º En los supuestos en los que en la actividad de tráfico de inmigrantes llegara a irrogarse lesión a algún bien jurídico individual de éstos penalmente tutelado, habrán de distinguirse dos supuestos distintos: si el riesgo creado lo fue respecto de una sola persona nos encontraremos ante un concurso de leyes, no pudiendo aplicarse simultáneamente el subtipo agravado y el delito derivado de la concreción del peligro, debiendo por contra aplicarse el tipo básico y el delito de resultado o el subtipo agravado exclusivamente, si éste resultara casti-

gado con pena superior. Si el riesgo creado lo fue respecto de varias personas y el resultado lesivo solo se concretó respecto de una de ellas, podrá aplicarse como concurso ideal el subtipo agravado del artículo 318 bis y el tipo de resultado.

12.º En tanto no se consolide un criterio jurisprudencial en sentido contrario, los Sres. Fiscales mantendrán la aplicación preferente del tipo del artículo 318 bis del CP respecto del contenido en el artículo 313.1 del CP.

13.º El estado de necesidad para poder ser apreciado debe acreditarse cumplidamente, debiendo entenderse, desde luego, incompatible con el precio.

14.º Deberán tener presentes los Sres. Fiscales las posibilidades individualizadoras que permite el apartado 6.º del artículo 318 bis. A estos efectos debe admitirse que la posibilidad de degradación penológica opere no solo sobre el tipo básico sino también sobre los subtipos agravados.

15.º En tanto no exista jurisprudencia consolidada en otro sentido, los Sres. Fiscales habrán de mantener la tesis de la competencia de la jurisdicción española para abordar los casos en los que no habiéndose alcanzado aún territorio nacional, es rescatado en una acción de salvamento en aguas internacionales y conducido a España un sospechoso de estar implicado en una conducta de tráfico de inmigrantes cuando por las circunstancias concurrentes el destino inequívoco de la embarcación era España.

16.º Habrá de partirse de que solo podrán ser sujetos pasivos del delito tipificado en el artículo 318 bis.2 los extranjeros, con exclusión de los ciudadanos de la Unión Europea, sin perjuicio de la aplicación en su caso del tipo del artículo 188.1 del CP.

17.º Los subtipos de los apartados 3.º, 4.º y 5.º del artículo 318 bis también le son aplicables al tráfico con fines sexuales. Debe no obstante excluirse la agravación en base al ánimo de lucro, pues el mismo es inherente a la finalidad de este tráfico, con reflejo en el término “explotar” empleado por el legislador.

**CONSULTA 2/2006, DE 10 DE JULIO, SOBRE LA
PRISIÓN PREVENTIVA ACORDADA EN SUPUESTOS
DE MALOS TRATOS DEL ARTÍCULO 153 DEL
CÓDIGO PENAL. LÍMITE DE SU DURACIÓN**

[...]

II. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA

En atención al alcance de la pena privativa de libertad establecida en dicho artículo 153 del CP, de *tres meses a un año de prisión*, y teniendo en cuenta que el artículo 504.2 de la LECrim establece que cuando la prisión provisional se hubiere decretado en virtud de lo previsto en los párrafos a) o c) del apartado 1.3 o en el apartado 2 del artículo 503 de la LECrim, tratándose de delitos que tengan señalada una pena inferior a tres años de privación de libertad, el límite máximo de prisión provisional será de un año —prorrogable seis meses más— (artículo 504.2 de la LECrim), la Fiscalía que formula la consulta se plantea la cuestión de cuál es el límite temporal de la medida de prisión provisional acordada respecto de un imputado por alguna de las conductas previstas en el repetido artículo 153 del CP, toda vez que el límite máximo legalmente previsto para la prisión provisional es el mismo que la pena máxima señalada para el delito en cuestión.

Dicha Fiscalía consultante plantea dos posibles interpretaciones:

a) Por una parte, argumenta que dicho límite está constituido por el máximo de seis meses, toda vez que tratándose de la limitación de un derecho fundamental, como es la libertad, cuya aplicación debe efectuarse de forma restrictiva, se hace extensivo a este supuesto lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 504.2 de la LECrim, que establece que *“si fuera condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando esta hubiera sido recurrida”*. Es decir, dado que la pena privativa de libertad máxima que puede imponerse es de un año, la prisión provisional no podrá exceder de seis meses,

que es el límite temporal señalado para los supuestos en que se haya impuesto por sentencia dicha pena máxima.

b) Por el contrario, la otra posibilidad deriva de la aplicación en sus propios términos del límite que establece el párrafo primero del artículo 504.2 de la LECrim, es decir, tratándose de delito cuya pena es inferior a tres años de privación de libertad, el máximo de prisión provisional será de un año, independientemente de que éste sea igual al límite superior de la pena que se puede imponer. La Fiscalía consultante basa este criterio argumentando que en el supuesto de que la prisión provisional se acordase en virtud de lo dispuesto en el artículo 503.1.3.ºc) de la LECrim, *evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando esta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código penal*, no está previsto otro límite que el establecido en el primer párrafo del artículo 504.2 LECrim, es decir, un año si el delito imputado es inferior a tres años.

Si bien la resolución de la presente consulta exige efectuar algunas consideraciones previas sobre los presupuestos básicos de la prisión provisional, es posible anticipar desde este momento una respuesta favorable a la interpretación propuesta en primer lugar por la Fiscalía consultante, toda vez que como seguidamente se expone, los dos párrafos del artículo 504.2 de la LECrim que regulan la materia han de integrarse conjuntamente, para evitar que resulte más perjudicial para el imputado la situación de que el procedimiento se encuentre en tramitación, que cuando se haya dictado sentencia.

Por lo que, en consecuencia, en las causas seguidas por delitos tipificados en el artículo 153 del CP, durante su tramitación y hasta que se dicte sentencia, la prisión provisional no podrá exceder del límite de seis meses, que constituye la mitad de la pena máxima que se puede imponer por este delito. Una vez dictada sentencia, en virtud de dicha interpretación integradora, ha de regir el límite de la mitad de la pena individualizada mediante la misma.

[...]

VII. CONCLUSIONES

Primera.—En las causas seguidas por el delito tipificado en el artículo 153 del CP, durante la fase de tramitación del procedimiento hasta el momento en que se dicte sentencia, la duración de la prisión provisional no podrá rebasar el límite de seis meses —mitad de la pena máxima que puede imponerse— como consecuencia de conjugar lo dispuesto en los dos párrafos del artículo 504.2 de la LECrim.

Segunda.—Una vez dictada la sentencia es de aplicación el límite establecido en el artículo 504.2 párrafo segundo de la LECrim, es decir la prisión provisional no podrá exceder de la mitad de la pena efectivamente impuesta.

Tercera.—La especialidad en el ámbito de violencia doméstica y de género en materia de prisión provisional deviene de la existencia de numerosas medidas que pueden constituir alternativas a la misma, cuya eficacia habrá que explorar a dicho efecto, adoptando dicha medida de privación de libertad en supuestos debidamente justificados y estrictamente necesarios en los que tales medidas alternativas no cumplan la finalidad de salvaguardar los bienes jurídicos de la víctima.

Cuarta.—En todo caso, las Sras. y Sres. Fiscales deberán incidir en su actuación para lograr una respuesta judicial pronta en los procesos penales con inculpados presos en los que las expresadas situaciones puedan producirse.

CRÓNICA LEGISLATIVA

JUNIO

- ❑ Instrumento de ratificación del Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 2002 (BOE de 22 de junio de 2006).
 - ✓ Pretende establecer un sistema de visitas periódicas a centros de privación de libertad por parte de organismos independientes con el fin de prevenir la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
 - ✓ Prevé la creación de un Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos, compuesto, en principio, por diez miembros elegidos entre personas de gran integridad moral y reconocida competencia en la administración de justicia, y que ejercerán sus funciones con independencia e imparcialidad.
 - ✓ Los miembros del Subcomité, en cumplimiento de un programa de visitas periódicas a los Estados Partes, llevarán a cabo visitas a lugares de detención; asesorarán, mantendrán contactos y ofrecerán formación y asistencia técnica a los diferentes órganos de prevención para la tortura creados a nivel nacional en cada Estado, y cooperarán para la prevención de la tortura con los órganos de las Naciones Unidas y otras instituciones u organizaciones cuyo objeto sea fortalecer la protección de las personas contra la tortura.
 - ✓ Establece los compromisos a cumplir por los Estados Partes: recibir y procurar el acceso a los lugares de detención; compartir información para fortalecer la protección y prevención de la tortura, y examinar las recomendaciones del Subcomité.

JULIO

- ❑ Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003 (BOE de 19 de julio de 2006).

- ✓ Pretende la prevención, investigación y enjuiciamiento de la corrupción y el embargo preventivo, incautación, decomiso y restitución del producto de los delitos tipificados en ella.
- Resolución de 21 de julio de 2006 (BOE del 26), por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de julio de 2006, por el que se revisan las cuantías de las retribuciones e indemnizaciones correspondientes al desempeño de la función del Jurado.
 - ✓ Revisa y actualiza las cuantías de las retribuciones por el desempeño de la función de jurado y las indemnizaciones relativas a los gastos de viaje, alojamiento y manutención, según lo previsto en la Disposición final tercera del Real Decreto 385/1996, de 1 de marzo.

AGOSTO

- Real Decreto 889/2006, de 21 de julio (BOE de 2 de agosto), por el que se regula el control metrológico del Estado sobre instrumentos de medida.
 - ✓ Desarrolla el Capítulo III de la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, según las previsiones de la Directiva 2004/222/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los instrumentos de medida, por el que se establece la sujeción a control metrológico por el Estado de todos los instrumentos y aparatos que sirvan para pesar, medir o contar, incluyendo las actividades de aprobación del modelo, verificaciones y posterior vigilancia e inspección.
 - ✓ Distingue, por un lado, entre la fase de comercialización y puesta en servicio de los instrumentos de medida, delimitando la competencia de las Comunidades Autónomas en la ejecución de esta fase, los requisitos metrológicos y técnicos, la evaluación y marcado de conformidad y la documentación que acompañarán a los instrumentos de medida; y por otro, la fase de control de los instrumentos en servicio, detallando asimismo los requisitos metrológicos y técnicos, competencia y ejecución, sujetos autorizados, vigilancia e inspección, etc.
 - ✓ Desarrolla las funciones, características y efectos del Registro de Control Metrológico, previsto en el artículo 8 de la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología.

- ✓ Prevé el régimen de infracciones y sanciones en desarrollo del capítulo V de la Ley 3/1985, de 11 de marzo, de Metrología.
- Orden EHA/2619/2006, de 28 de julio (BOE de 10 de agosto), por la que se desarrollan determinadas obligaciones de prevención del blanqueo de capitales de los sujetos obligados que realicen actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias con el exterior.
 - ✓ Desarrolla las obligaciones de identificación de clientes, conservación de documentos y establecimiento de procedimientos y órganos de control interno sobre los sujetos que realicen actividades de cambio de moneda o gestión de transferencias con el exterior.
 - ✓ Exige medidas de identificación adicionales de los clientes que intervengan en transferencias con el exterior que superen 3.000 euros o 6.000 euros en el caso de cambio de moneda, singular o cumulativamente en un trimestre; asimismo, prevé la verificación de determinados requisitos para ejecutar operaciones con el exterior en las que el ordenante no se encuentre físicamente en el lugar de la operación.
 - ✓ Contempla la obligación de conservación durante seis años de una copia de los documentos identificativos de los clientes, los relativos a su actividad profesional o empresarial y los registros de las operaciones en un soporte informático.
 - ✓ Prevé, por último, procedimientos y órganos de control interno y de comunicación para detectar, prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales, concretando el contenido y requisitos de adecuación de los citados procedimientos.
 - ✓ Entrada en vigor: 10 de febrero de 2007.
- Convenio Internacional para la represión de la falsificación de la moneda, hecho en Ginebra el 20 de abril de 1929 (publicado en la Gaceta de Madrid de 8 de marzo de 1931). Notificación del Reino de España de designación de una Oficina central conforme a los artículos 12 a 15 del Convenio (BOE de 11 de agosto de 2006).
 - ✓ Designa a la Oficina Europea de Policía (“Europol”) para luchar contra la falsificación del euro.

- ✓ Europol centralizará y tratará toda la información que pueda facilitar la investigación, prevención y lucha contra la falsificación del euro y remitirá esta información a las oficinas centrales de los Estados miembros y llevará a cabo otras informaciones a las oficinas centrales de terceros países.

SEPTIEMBRE

- Real Decreto 965/2006, de 1 de septiembre (BOE del 5), por el que se modifica el Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre.
 - ✓ Culmina el proceso de transposición de la Directiva 91/671/CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el uso obligatorio de cinturones de seguridad en vehículos de menos de 3,5 toneladas, reforzando la protección de determinados usuarios que resultan especialmente vulnerables por razón de su edad y talla corporal.
 - ✓ Modifica los apartados 2 y 3 del artículo 9; el apartado 4 del artículo 18; el párrafo a) del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 48; los artículos 116; 117; el apartado 1 del artículo 118; el apartado 1, el párrafo a) del apartado 2 y el apartado 3 del artículo 119, y la disposición adicional segunda.
 - ✓ Añade una disposición adicional cuarta y una disposición final tercera.
 - ✓ Modifica el artículo 9, eliminando la referencia a los menores de dos años para el cómputo del número de personas transportadas.
 - ✓ Modifica el artículo 117 para contemplar todos los supuestos previstos en la normativa comunitaria, relacionados con el uso de cinturones de seguridad y otros instrumentos de retención en determinados vehículos como los destinados al transporte de personas con más de nueve plazas, transporte de mercancías y vehículos mixtos.
 - ✓ Otras modificaciones destacables:
 - Corrección de las velocidades máximas asignadas a determinadas categorías de vehículos (artículo 48).

- Obligación de utilización de casco de protección homologado por parte de los conductores y pasajeros de los vehículos tipo “quad” (artículo 118).
 - Se agravan determinadas conductas, como, por ejemplo, la no utilización del cinturón de seguridad, casco o cualquier otro dispositivo de seguridad de uso obligatorio o la utilización de teléfonos móviles durante la conducción (artículos 18 y 116).
- Real Decreto 990/2006, de 8 de septiembre (BOE del 12), por el que se suprime el Alto Comisionado de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo.
- ✓ Las funciones que hasta ahora ha venido desarrollando el Alto Comisionado se integrarán, con carácter permanente, en el ámbito de las competencias de los órganos ordinarios de la Administración General del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

BOIX REIG/BERNARDI (Coords.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a consumidores*, Iustel, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (Coords.), *Estudios sobre la responsabilidad del menor*, Universidad Jaime I, Castellón, 2006.

ORTS BERENGUER (Coord.), *Menores: Victimación, delincuencia y seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

RODRÍGUEZ MESA/RUIZ RODRÍGUEZ, *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Dilex, Madrid, 2006.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos impropios de omisión*, Dykinson, Sevilla, 2006.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Ilicitud, culpa y estado de necesidad*, Dykinson, Madrid, 2006.

GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, Comares, Granada, 2006.

GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, Edisofer, Madrid, 2006.

GÓMEZ MARTÍN, V., *Delito especial con autor inidóneo. ¿Tentativa punible o delito putativo?*, Dykinson, Madrid, 2006.

IGLESIAS MACHADO, S., *Consideraciones de política criminal*, Dykinson, Madrid, 2006.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

PASTOR, D.R., *El poder penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2006.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

ESQUINAS VALVERDE, P., *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

PÉREZ FERRER, F., *Análisis dogmático y político criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Madrid, 2006.

RUBIO LARA, P.A., *Denegación de auxilio por funcionario público*, Cesej, Madrid, 2006.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal de la circulación*, Bosch, Barcelona, 2006.

V. DERECHO PENITENCIARIO

SÁNCHEZ CONCHEIRO, M.T., *Para acabar con la prisión*, Icaria, Madrid, 2006.

TÉLLEZ AGUILERA, A., *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa*, Edisofer, Madrid, 2006.

VI. CRIMINOLOGÍA

BACA/ECHEBURUA/TAMARIT (Coords.), *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BARBERET/BARQUÍN (eds.), *Justicia penal del siglo XXI*, Comares, Granada, 2006.

BERGALLI/RIVERA BEIRAS (Coords.), *Torturas y abuso de poder*, Anthropos, Barcelona, 2006.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., *El principio de protección a la víctima en el orden jurídico penal*, Comares, Granada, 2006.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

AA.VV., *Guía de problemas prácticos y soluciones al juicio oral*, La Ley, Madrid, 2006.

MARTÍN PALLÍN, J.A./QUINTERO OLIVARES, G. y otros, *La Ley del Jurado en su X aniversario*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

II. MONOGRAFÍAS

AA.VV. (ARMENTA DEU/GASCÓN INCAUSTI/CEDEÑO HERNÁN Coords.), *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Colex, Madrid, 2006.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S./CUBILLO LÓPEZ, J./JAÉN VALLEJO, M. y otros, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

DÍAZ PITA, M., *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en Europa*, Comares, Granada, 2006.

GÓMEZ COLOMER, J.L., *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

HUMERO MARTÍN, A.H. *Guía de actuación y responsabilidades del perito en los procedimientos civiles, penales, contencioso-administrativos, tributarios, sancionadores de consumo, arbitrales. Responsabilidades del perito*, Dykinson, Madrid, 2006.

MONTERO AROCA, J., *Proceso y garantía civil y penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PASTOR, D.R., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006.

SAINZ CANTERO, M.B./PÉREZ FERRER, F., *Imputación, valoración y reclamación de los daños derivados de la circulación de vehículos a motor*

conforme al nuevo texto refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos, Comares, Granada, 2006.

TEBAR VILCHES, B., *El modelo de libertad condicional español*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

III. OTROS

GUZMÁN, N., *La verdad en el proceso penal: Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.