

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Algunas observaciones a la reforma de las penas por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *María Marta González Tascón* 11
- Aproximación crítica a la cláusula legal de exención de la pena por regularización en el delito de defraudación tributaria. *Miguel Ángel Iglesias Río* 65
- La motivación del veredicto por el Tribunal del Jurado. *Juan Manuel Bermúdez Requena* 87

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 103
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 109
- **Sentencia 35/2004 (Sala 1.ª), de 8 de marzo:** Derecho a ser informado de la acusación 109
- **Sentencia 39/2004 (Sala 2.ª), de 22 de marzo:** Derecho al Juez imparcial 113
- **Sentencia 49/2004 (Sala 1.ª), de 30 de marzo:** Inmodificabilidad de las resoluciones judiciales 117
- **Sentencia 68/2004 (Sala 2.ª), de 19 de abril:** Conducción bajo los efectos del alcohol 120
- **Sentencia 81/2004 (Sala 2.ª), de 5 de mayo:** Cómputo del plazo máximo de prisión provisional en caso de acumulación de procesos . 124

	Página
— Sentencia 105/2004 (Sala 2.ª), de 28 de junio: Responsabilidad civil derivada del delito	126
— Sentencia 107/2004 (Sala 2.ª), de 28 de junio: Limitaciones al ejercicio de la acción penal para los militares (Cuestión interna de inconstitucionalidad)	129
TRIBUNAL SUPREMO	131
— Acuerdo de 14 de noviembre de 2003	131
— Sentencia 70/2004, de 20 de enero: Profanación de cadáveres .	132
— Sentencia 1626/2003, de 29 de enero de 2004: Lugar de comisión del delito	134
— Sentencia 101/2004, de 2 de febrero: Intervenciones telefónicas.	136
— Sentencia 95/2004, de 3 de febrero: Motivación del auto acordando intervenciones telefónicas	139
— Sentencia 133/2004, de 3 de febrero: Entrada y registro	140
— Sentencia 126/2004, de 6 de febrero: Declaraciones sumariales: requisitos de la lectura en juicio	142
— Sentencia 147/2004, de 6 de febrero: Circunstancia mixta de parentesco .	145
— Sentencia 115/2004, de 9 de febrero: Abuso sexual	147
— Sentencia 140/2004, de 9 de febrero: Responsabilidad civil ...	149
— Sentencia 186/2004, de 12 de febrero: Robo/detención ilegal ..	152
— Sentencia 205/2004, de 18 de febrero: Nulidad probatoria. Objeto del recurso de casación	153
— Sentencia 260/2004, de 23 de febrero: Cacheo	158
— Sentencia 201/2004, de 24 de febrero: Falsificación de moneda	160
— Sentencia 149/2004, de 26 de febrero: Derecho a utilizar las pruebas necesarias	161
— Sentencia 369/2004, de 11 de marzo: Alejamiento de la víctima	165
— Sentencia 298/2004, de 12 de marzo: Tráfico de drogas	168

	<u>Página</u>
— Sentencia 340/2004, de 12 de marzo: Vulneración del principio acusatorio	173
— Sentencia 342/2004, de 12 de marzo: Refundición de condena .	175
— Sentencia 339/2004, de 16 de marzo: Prueba ilícita	177
— Sentencia 376/2004, de 17 de marzo: Principio acusatorio	179
— Sentencia 348/2004, de 18 de marzo: Delito continuado	181
— Sentencia 357/2004, de 19 de marzo: Concurso de delitos. Delitos relativos a la propiedad industrial	182
— Sentencia 384/2004, de 22 de marzo: Entrada y registro en despacho profesional	188
— Sentencia 415/2004, de 25 de marzo: Coautoría. Asesinato	190
— Sentencia 453/2004, de 26 de marzo: Sentencia absolutoria: falta de expresión de hechos probados	193
— Sentencia 417/2004, de 29 de marzo: Violencia doméstica	195
— Sentencia 249/2003, de 30 de marzo de 2004: Asistencia letrada al imputado	199
— Sentencia 450/2004, de 2 de abril: Prueba pericial: Impugnación	201
— Sentencia 440/2004, de 5 de abril: Correlación entre acusación y sentencia	203
— Sentencia 447/2004, de 5 de abril: Malversación de caudales públicos. Circunstancia atenuante (reparación del daño)	206
— Sentencia 469/2004, de 6 de abril: Testimonio de referencia ...	209
— Sentencia 470/2004, de 6 de abril: Resistencia. Atentado	212
— Sentencia 479/2004, de 15 de abril: Pericial psiquiátrica	214
— Sentencia 503/2004, de 19 de abril: Intervenciones telefónicas .	217
— Sentencia 499/2004, de 23 de abril: Retroactividad de la ley más favorable. Penas accesorias	219
— Sentencia 516/2004, de 27 de abril: Falta de motivación de sentencia condenatoria	222
— Sentencia 512/2004, de 28 de abril: Delitos conexos	223

	Página
— Sentencia 549/2004, de 4 de mayo: Veredicto del jurado	225
— Sentencia 540/2004, de 5 de mayo: Coautoría	227
— Sentencia 614/2004, de 12 de mayo: Legítima defensa	229
AUDIENCIAS PROVINCIALES	233
— Sentencia 152/2003, de 6 de mayo (AP Madrid): Apelación de sentencia absolutoria fundada en la apreciación de la prueba	233
— Sentencia 451/2003, de 7 de mayo (AP Madrid): Principio “non bis in idem” en la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas	235
— Sentencia 22/2003, de 8 de mayo (AP Sevilla): El abuso de confianza y la especial gravedad de la defraudación en el delito de apropiación indebida	236
— Sentencia 239/2003, de 8 de mayo (AP Valencia): El concepto de “tratamiento médico o quirúrgico” a efectos penales	237
— Sentencia 222/2003, de 12 de mayo (AP Madrid): Condena por conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas	240
— Sentencia 252/2003, de 13 de mayo (AP Valencia): Delitos contra los derechos de los trabajadores: cesión ilegal de mano de obra	242
— Sentencia 142/2003, de 17 de mayo (AP Valencia): Delito societario: disposición fraudulenta de bienes sociales	243
— Sentencia 247/2003, de 22 de mayo (AP Madrid): Se considera negativa a realizar la prueba de alcoholemia su práctica incorrecta	245
— Sentencia 305/2003, de 4 de junio (AP Valencia): Asociación entre empresas: alzamiento de bienes	247
— Sentencia 303/2003, de 10 de junio (AP Madrid): Actuación de las aseguradoras en los juicios de lesiones por imprudencia	248
— Sentencia 150/2003, de 10 de junio (AP Valencia): El pago extemporáneo y forzoso de la pensión alimenticia no extingue la responsabilidad penal por abandono de familia	249
— Sentencia 187/2003, de 19 de junio (AP Valencia): Absolución por atropello de peatón que cruza por lugar no permitido	250

	Página
— Sentencia 59/2004, 21 de mayo (AP Madrid): Arrepentimiento espontáneo por analogía	252
— Sentencia 232/2004, de 28 de mayo (AP Madrid): La utilización de objetos punzantes como circunstancia agravante del delito de violación	253
— Sentencia 266/2004, de 8 de junio (AP Madrid): La detención por hechos que posteriormente son tipificados como falta no constituye necesariamente detención ilegal	255
— Sentencia 270/2004, de 11 de junio (AP Madrid): Violencia doméstica: pluralidad de delitos	257
— Sentencia de 17 de junio de 2004 (AP Barcelona): Sentencia condenatoria basada en declaraciones sumariales	260

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Crónica Legislativa	265
-----------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal	273
— Derecho Procesal Penal	275

ARTÍCULOS DOCTRINALES

**ALGUNAS OBSERVACIONES A LA REFORMA
DE LAS PENAS POR LEY ORGÁNICA 15/2003,
DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA
LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE,
DEL CÓDIGO PENAL (*)**

MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN

Doctora en Derecho

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.
- III. PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS.
- IV. PENA DE MULTA.
- V. BREVE REFERENCIA A LAS REPERCUSIONES DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 33.

I. INTRODUCCIÓN

El 6 de noviembre de 2003 se aprobaba en el Pleno del Congreso de Diputados la llamada LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley

(*) Este trabajo ha sido subvencionado por el Gobierno del Principado de Asturias dentro del Plan de Investigación, Desarrollo Tecnológico e Innovación (I+D+i) de Asturias 2001-2004.

Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ⁽¹⁾, comprensiva de la más amplia de las reformas que ha sufrido el Código Penal de 1995 desde su entrada en vigor ⁽²⁾ y con cuya aprobación se ha materializado finalmente el objetivo de reformar el sistema de penas y el control de su cumplimiento, que anunciara el Presidente del Gobierno en su discurso de investidura pronunciado el 25 de abril del año 2000 ⁽³⁾.

El presente trabajo se centra precisamente en el estudio de algunas de las modificaciones más importantes que ha experimentado nuestro sistema de penas a raíz de la entrada en vigor de esta ley, el 1 de octubre de 2004 ⁽⁴⁾, y con las que se cierra el proceso de reforma del sistema de penas iniciado con la aprobación de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumpli-

(1) Esta Ley aparece publicada en el BOE n.º 283, de 26 de noviembre de 2003, y, pese a su denominación, en ella no sólo se contienen modificaciones del Código Penal, sino también importantes modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) que, por avatares parlamentarios, no pudieron aprobarse en una ley propia (disposición final primera), modificaciones a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (disposición final segunda) y una modificación de la Ley Hipotecaria (disposición final tercera).

(2) Sobre anteriores reformas véase ROCA AGAPITO, L., “La evolución legal del Derecho Penal español en los últimos cuatro años”, *Revista Jurídica Aranzadi*, 2001, n.º 33, pp. 9 a 54; QUINTANAR DÍEZ, M., “Breves reflexiones en torno a las reformas del Código Penal de 1995, hasta nuestros días (I)”, *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, 2003, n.º 78, pp. 603 a 551; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, *Revista Xurídica Galega*, 2003, n.º 38, pp. 13 a 38.

(3) Asimismo, la aprobación de esta ley, además de modificar algunos tipos penales y de introducir nuevas conductas delictivas, ha puesto término también a otra de las reformas apuntadas en el momento de su investidura por el Presidente del Gobierno, relativa al proceso penal. Esta reforma, que si bien inició su tramitación parlamentaria autónomamente como Proyecto de LO de reforma de la LECr en materia de prisión provisional, no pudo verse materializada en una sola ley (LO 13/2003, de 24 de octubre) debido a la ausencia del número necesario de parlamentarios que votasen en el Pleno del Congreso a favor de la aprobación de determinados aspectos. Esto dio lugar a que éstos terminasen incorporándose por vía de una disposición final a la tramitación del Proyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995 en el Senado, aprobándose junto a ésta.

(4) Este plazo tan amplio de *vacatio legis* no afecta ni a las modificaciones concernientes a otras leyes, que entraron en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE, ni a los apartados 84.º, 89.º y 90.º de su artículo único que modifica los artículos 259, 260 y 261 del Código Penal, cuya entrada en vigor tuvo lugar el mismo día en que lo hizo la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el 1 de septiembre de 2004 (disposición final 35.º).

miento íntegro y efectivo de las penas ⁽⁵⁾, destinada, según se indica en la Exposición de Motivos, a luchar de forma más efectiva contra la criminalidad más grave (terrorismo, crimen organizado y delitos que revisten una gran peligrosidad) y evitar que quienes cometen ese tipo de delitos se aprovechen fraudulentamente, a lo largo de la ejecución de la pena de prisión, de aquellos mecanismos del sistema de individualización científica que permiten la flexibilización del cumplimiento de la pena (concretamente la clasificación en grado, los permisos de salida y los beneficios penitenciarios). Sin olvidarnos de que también la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros ⁽⁶⁾, ha afectado a alguna cuestión penológica de hondo calado, como son las relativas a la sustitución de las penas y medidas de seguridad impuestas a los extranjeros no residentes legalmente en nuestro país (arts. 89 y 108) y a las reglas para determinar la pena en los casos de concurrencia o no de atenuantes o agravantes (art. 66).

En la fecha de investidura del Presidente del Gobierno, ya se disponía de algunos informes sobre los problemas que planteaba la aplicación práctica del nuevo Código Penal, informes que sugerían la necesidad de afrontar determinadas reformas. Así, el *Informe sobre la aplicación del nuevo Código Penal de 1995* del CGPJ ⁽⁷⁾, instado por el Congreso de Diputados pocos días antes del transcurso de los dos años de vigencia del Código Penal ⁽⁸⁾, o el estudio que la

⁽⁵⁾ Publicada en el BOE n.º 156, de 1 de julio de 2003 y en vigor desde el dos de julio de ese año conforme ordenaba su disposición final segunda.

Sobre esta reforma véase TÉLLEZ AGUILERA, A., “La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”, *Revista Jurídica La Ley (RJL)*, 2003, n.º 5837, pp. 1 a 7; GONZÁLEZ PASTOR, C.P., “Ámbito de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Examen de su constitucionalidad”, *Actualidad Penal (AP)*, 2003, n.º 40, pp. 1009 a 1028; SANZ MORÁN, J.A., “Reflexiones de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, *Revista de Derecho Penal*, 2004, n.º 11, pp. 14 a 22; GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁽⁶⁾ Esta Ley, publicada en el BOE n.º 234, de 30 de septiembre de 2003, está en vigor, de acuerdo con su disposición final segunda, desde el uno de octubre de ese año.

Sobre la misma véase SANZ MORÁN, A.J., “Reflexiones de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, art. cit., pp. 22 a 40.

⁽⁷⁾ Este informe fue aprobado por el Pleno del CGPJ el 12 de julio de 1999.

⁽⁸⁾ El Congreso de Diputados aprobó por unanimidad el 21 de mayo de 1998 la propuesta de resolución del Grupo Parlamentario Catalán encaminada a que fuese el CGPJ el que estudiase las vicisitudes de la aplicación del nuevo Código. Con ello se trataría, en palabras de ese grupo parlamentario, de que la modificación del Código conservara un cierto espíritu de consenso (BOCD, Pleno y Diputación Permanente, 1998, n.º 162, p. 8637).

Central Penitenciaria de Observación⁽⁹⁾ realizó sobre una de las principales novedades del sistema punitivo que estableciera el Código Penal de 1995, la pena de arresto de fin de semana. Queriendo profundizar en el conocimiento de estos problemas en aras de encontrar una solución a los mismos, y con el objetivo de introducir un cambio en algunos aspectos de nuestra política criminal que nos acercasen a esa política de tolerancia cero que se extiende desde Norteamérica⁽¹⁰⁾, el Gobierno dispuso la creación de una comisión técnica para el estudio de la reforma del sistema de penas, en cuyos trabajos se pudiera basar una posterior iniciativa legislativa, que terminaría convirtiéndose en tres.

Los trabajos de esta comisión⁽¹¹⁾, tanto de la parte general como de la parte especial del código, han servido, según se explica en sus respectivas exposiciones de motivos, de fundamento básico de los dos proyectos gubernamentales directamente dirigidos a la modificación del sistema de penas: el Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de

(9) En el plan de actuación de la Central Penitenciaria de Observación para 1998 se recogía la realización de un estudio sobre la pena de arresto de fin de semana cuyo objetivo era conocer las variables criminológicas del tipo de interno que cumplía esta pena así como el grado de adecuación de la aplicación de la misma y del lugar de su cumplimiento. Este estudio estaba previsto se concluyese en enero de 2000, según el *Informe General de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 1999*, y ha sido publicado en *Estudios e Investigaciones de la Central Penitenciaria de Observación*, Ministerio del Interior, Madrid, 2001, pp. 131 a 172.

(10) Véase DIÉZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 36 a 41.

(11) Esta comisión técnica, encargada de estudiar el sistema de penas instaurado en el Código de 1995, su grado de aplicación y eficacia, y de formular, en su caso, una propuesta de reforma legal, fue creada por orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 2000, disponiéndose el nombramiento de sus miembros en una orden posterior de 10 de noviembre de 2000.

El presidente de esta comisión, Francisco BUENO ARÚS, en su intervención en unas jornadas de Derecho Penal que tuvieron lugar en Córdoba, recogida en el *Código Penal de 1995, cinco años después* (González Rus, coord.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2002, p. 81, resumió los objetivos de la comisión en los siguientes seis puntos: revisión de las penas alternativas en aras a conocer por qué no han funcionado, debatir el comiso, el estudio de diversas iniciativas sobre el tráfico de drogas, la reconsideración del tema de la violencia doméstica, el estudio del informe del CGPJ sobre la aplicación del Código Penal y el análisis de distintas modificaciones del Código Penal derivadas de nuestros compromisos internacionales.

las penas ⁽¹²⁾ y el Proyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ⁽¹³⁾. Pero, al menos por lo que se refiere a este último, como más adelante indicaremos, la respuesta frente al delito se ha ido endureciendo al hilo de la tramitación parlamentaria.

Nuestro legislador afronta, desde comienzos de 2003, la revisión de la que fuera una de las partes más novedosas del Código Penal de 1995, la relativa al sistema de penas ⁽¹⁴⁾. Durante los primeros siete años de vigencia del Código Penal éste había sido objeto de puntuales modificaciones que no habían incidido —con excepción de la reforma por LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal y por la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECr—, en su sistema penológico. La LO 15/2003, en cambio, constituye la tercera reforma que le afecta en un año ⁽¹⁵⁾. Ninguna razón había, más que la puramente política, para articular por separado la reforma del sistema de penas del Código de 1995.

Del sistema sancionador establecido en el Código Penal de 1995 se ha destacado y alabado como rasgos más característicos su simplicidad y, muy especialmente, su decidida orientación a restringir el uso de las tan denostadas

(12) Este proyecto fue presentado en el Congreso de Diputados el 7 de febrero de 2003 sin tener en cuenta ninguna de las observaciones que al Anteproyecto de LO de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas por delitos más graves realizó el CGPJ en su preceptivo informe (*Informe sobre el Anteproyecto de LO de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, publicado en <http://www.poderjudicial.es>). No hay más diferencia entre uno y otro que la supresión de la enumeración del nuevo apartado 5 del artículo 72 de la LOGP.

(13) Éstos aparecen publicados, respectivamente, en el BOCG de 14 de febrero de 2003 y en el BOCG de 5 de mayo de 2003. Y los anteproyectos que dieron origen a los mismos se pueden consultar en la página de Internet del Ministerio de Justicia (<http://www.mju.es>).

(14) La gran parte de las novedades del hasta ahora vigente sistema de penas tiene su origen en el Anteproyecto de Código Penal de 1979, influenciado, como afirmara en su artículo GIMBERNAT ORDEIG, E., “El sistema de penas en el futuro Código Penal”, *Doctrina Penal*, 1979, p. 581, por el movimiento de reforma penal alemán que pocos años antes había tenido lugar y especialmente por el Proyecto Alternativo al Código Penal Alemán de 1966.

(15) Sobre estas tres leyes véase TÉLLEZ AGUILERA, A., “La reforma del Código penal y sus implicaciones penológicas”, *La ley penal*, n.º 1, 2004, pp. 31 a 45.

penas privativas de libertad de corta duración y ejecución continuada⁽¹⁶⁾, en armonía con los postulados de la moderna política criminal que irradia de la ONU y del Consejo de Europa⁽¹⁷⁾. La pretendida renuncia a las penas de prisión de corta duración se había articulado a través de distintas vías⁽¹⁸⁾. Así, junto a la supresión de raíz de toda pena originaria privativa de libertad continuada de duración inferior a seis meses y la exclusión de toda pena de prisión que como consecuencia de la individualización del castigo no llegase a los seis meses de duración (art. 71.2), se ampliaban las posibilidades de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80 y ss.) y se recogía un nuevo mecanismo al servicio de la lucha contra las penas privativa de libertad, la llamada sustitución de penas (art. 88)⁽¹⁹⁾. La reforma que comporta la LO

(16) MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 6.^a ed., Reppertor, Madrid, 2002, p. 653; JORGE BARREIRO, A., "Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995", *AP*, 2000, n.º 23, p. 489; SALINERO ALONSO, C., "El sistema de penas en el Código Penal de 1995", *Jueces para la democracia*, 1997, n.º 30, p. 69; GRACIA MARTÍN, L. y BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

(17) El texto básico de la ONU en materia de alternativas a la prisión está constituido por las llamadas Reglas de Tokio (Res. 45/110, de 14 de diciembre de 1990, sobre reglas mínimas relativas a las medidas no privativas de libertad). Del Consejo de Europa habría que destacar la Recomendación (92) 16, de 19 de octubre, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a las reglas europeas sobre sanciones y medidas aplicables en la comunidad y la Resolución (76) 10, sobre determinadas medidas penales sustitutivas de las penas privativas de libertad.

(18) El objetivo pretendido no se consigue plenamente, pues si bien la Ley no castiga ningún delito con pena privativa de libertad de ejecución continuada inferior a seis meses, existen diferentes vías que conducen al cumplimiento de semejante pena. Concretamente el incumplimiento de la pena de arresto de fin de semana (art. 37.3), el incumplimiento de la pena sustitutiva de la pena de prisión cuando el tiempo que resta por cumplir es inferior a seis meses (art. 88.3) y la responsabilidad subsidiaria por impago de multa, salvo que se cumpla en régimen de arresto de fin de semana o en trabajos en beneficio de la comunidad.

(19) En el caso de los extranjeros no residentes legalmente en territorio nacional existía la posibilidad a tenor de la redacción inicial del artículo 89.1 de sustituir las penas privativas de libertad inferiores a seis años por la expulsión del penado del territorio nacional. Esta posibilidad, que tras la entrada en vigor de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, reviste un carácter imperativo, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador excepcional y motivadamente aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro español o se trate de los supuestos del número 4 de ese artículo, no puede considerarse una sustitución en sentido estricto. Se produce en este caso una grave desproporción entre la pena sustitutiva y la medida de expulsión, que permite cuestionar fundamentadamente que estemos ante una sustitución propiamente dicha, tendente a satisfacer

15/2003, sin embargo, presenta entre sus objetivos la recuperación de parte de esas penas, a pesar de que, en palabras del ilustre penalista Franz VON LISZT, compartidas mayoritariamente por la doctrina, se trate de unas penas que “no sólo eran inútiles sino que lesionaban el ordenamiento jurídico más gravemente que la total impunidad del delincuente” ⁽²⁰⁾ ⁽²¹⁾. Junto a esta modificación, seguramente la más cuestionable que encierra la LO 15/2003 en cuanto que comporta un retroceso en nuestra política criminal, esta reforma se dirige a la revisión de la mayoría de las penas y de algunas instituciones penológicas previstas en el código, a la supresión de la que fuera uno de los pilares en los que se asentaba la reforma del sistema de penas operada en 1995, la pena de arresto de fin de semana, y a la incorporación de una pena presuntamente novedosa denominada pena de localización permanente. Veamos a continuación cuáles son las principales modificaciones que experimentan las penas.

II. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La pena de prisión, la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y la llamada pena de localización permanente son las tres penas privativas de libertad que se contemplan en la LO 15/2003 (art. 35). Sobre los cambios que experimentan las dos primeras y sobre la configuración en esta ley de la pena de localización permanente versará este epígrafe, donde

las necesidades preventivas especiales del penado. Como ha afirmado MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 108, se trataría de un sustitutivo penal que responde a movimientos nacionalistas, y que supone, en palabras de SANZ MORÁN, A.J., “Penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995”, *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. IV*, 1997, p. 293, una cuestionable ruptura del principio de igualdad ante la Ley Penal, apoyada casi exclusivamente en dudosas razones de orden público. Detalladamente sobre el particular, MAQUEDA ABREU, M.L., “¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?”, *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Universidad de Granada, 2002, pp. 509 a 518; y sobre la cuestión tras la reciente reforma SANZ MORÁN, A.J., “Reflexiones de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, art. cit., pp. 33 a 39.

⁽²⁰⁾ VON LISZT, F., “Kriminalpolitische Aufgabe”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (ZStW), 1889, n.º 9, p. 743. Desde que LISZT publicara su famoso programa de Marburgo, “Der Zweckgedanke im Strafrecht”, ZStW, 1883, n.º 3, pp. 1 a 47, las críticas a este tipo de penas no han dejado de cesar.

⁽²¹⁾ En este sentido MIR PUIG, S., “Alternativas a la prisión en el Borrador de Anteproyecto de Código Penal de 1990”, *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria de Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 847, afirma que “son demasiado gravosas tanto en sí mismas como en sus consecuencias colaterales en proporción a la escasa gravedad de las infracciones penales para las que se prevén”.

nos referiremos también a la supresión en el Código Penal de la pena de arresto de fin de semana, otra pena privativa de libertad.

La *pena de prisión* se ve afectada por esta ley especialmente en su límite mínimo de duración. Éste se establece en tres meses en vez de en seis, lo que significa, como ya hemos apuntado, un resurgimiento de las tan denostadas penas cortas de prisión. Resurgimiento que, nos obstante y en contra de lo dispuesto en el artículo 36.1: “la pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses”, ya ha tenido lugar tras la entrada en vigor de la LO 11/2003, al establecerse por ésta la pena de prisión mínima de tres meses como posible castigo en el delito de lesiones del artículo 147.2 y para las conductas descritas en el nuevo artículo 153, consideradas hasta esa fecha faltas. Las razones para la rehabilitación de estas penas de prisión de corta duración no son otras, según se puede leer en la Exposición de Motivos de la Ley, que exigencias de prevención general que prevalecen, pocos años más tarde, sobre las exigencias preventivo-especiales para hacer frente a los delitos de escasa importancia⁽²²⁾. Este enfoque preventivo general, marcadamente intimidador o disuasorio, no puede ser más que criticable en atención a las graves consecuencias desocializadoras que la prisión entraña, especialmente para el penado, pero también para las personas que de él dependen, e incluso para la propia víctima del delito que podría ver cómo se demora la satisfacción de sus legítimas pretensiones indemnizatorias, y en consideración a la escasa gravedad de las infracciones castigadas con esta pena. Asistimos, consecuentemente, a un repliegue de uno de los principios que guiaron el proceso de reforma penal español iniciado en 1979: el destierro de la pena de prisión de duración inferior a seis meses del sistema de penas.

Curiosamente, y a pesar de la importancia de la reducción del límite mínimo de duración de la pena de prisión, el Gobierno comete la torpeza en la versión del proyecto que presenta al Congreso de los Diputados de no modificar el citado límite en el artículo 36 del Código, precisamente el que se ocupa exclusivamente de la pena de prisión, omisión que no se subsanará hasta el dictamen de la Comisión del Congreso⁽²³⁾. Sí se modifica desde el primer momento el artículo 71.2, donde se establece la sustitución obligatoria de toda pena de prisión que por aplicación de las reglas para la determinación de la pena

(22) En la misma exposición se puede leer que la nueva duración mínima de la pena de prisión va a permitir una más adecuada estructuración de la relación existente entre faltas y delitos y la escala de penalidad aplicable a ambos, como consecuencia, aunque ahora no se diga pero sí en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de LO por el que se modifica la LO 10/1995, de la supresión de la pena de arresto de fin de semana del Código.

(23) Sobre esta omisión llamó la atención el CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de LO de Reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre*, p. 9.

inferior en grado resulte tener una duración inferior al límite mínimo de duración de la pena de prisión, y el artículo 33. En este último se realiza además una nueva valoración de la gravedad de la pena de prisión, pasando a tener la consideración de grave aquella que exceda de cinco años y de menos grave la que abarca de tres meses a cinco años. Este cambio en la graduación de la pena, auspiciado por motivos procesales, va a afectar al resto de las penas.

La pena de prisión de tres y menos de seis meses de duración es utilizada, de forma única, alternativa o conjunta con otra pena, para llenar parte del vacío que deja la desaparición de la pena de arresto de fin de semana, pero también para ampliar el marco penal de algunas infracciones que en el Código presentan una pena de prisión cuyo límite mínimo es de seis meses y frente a nuevas conductas delictivas.

En el primer caso, esta pena de prisión aparece en todos los delitos para los que el legislador de 1995 consideró que la pena de arresto de fin de semana podría ser adecuada, a excepción del delito de robo y hurto de uso de vehículo a motor (art. 244), y ello a pesar de que no se ha demostrado su ineficacia en esos casos. Pero cuando comienza su andadura en las Cortes, su ámbito de aplicación era más reducido, contemplándose en las lesiones de menor entidad (art. 147.2) ⁽²⁴⁾, en las lesiones del tipo básico causadas por imprudencia grave (art. 152.1.1.º), en el delito de acoso sexual (arts. 184.1, 184.2 y 184.3 en relación con el 184.1), en el delito de abandono de familia (art. 226), en el delito de impago de prestaciones económicas (art. 227), en el delito de defraudación contable (art. 310), en el delito de establecimiento de depósitos o vertederos de deshechos o residuos tóxicos o peligrosos (art. 328), en el delito de perturbación grave del desarrollo de una reunión o manifestación o de impedir el legítimo ejercicio de las libertades de reunión y manifestación cuando los hechos se cometen mediante vía de hecho o cualquier otro procedimiento ilegítimo (art. 514.4) y en el delito de perturbación grave del orden público (art. 558). Tras el informe de la Ponencia del Senado ⁽²⁵⁾ se extiende esta pena al delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópi-

⁽²⁴⁾ La modificación de la penalidad de las lesiones de menor entidad no se preveía en el Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, sino en el Anteproyecto de LO sobre medidas de reforma en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. La incorporación de la revisión de su penalidad al Proyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995 no se vio acompañada, sin embargo, del cese de su revisión en la tramitación parlamentaria del Proyecto de LO sobre medidas de reforma en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Consecuentemente nos encontramos con que la LO 15/2003 ordena la modificación del artículo 147.2, otorgándole la misma redacción que tiene tras la vigencia de la LO 11/2003.

⁽²⁵⁾ BOCG, Senado, Serie II, n.º 145 (e), de 20 de octubre de 2003.

cas o bebidas alcohólicas (art. 379), al delito de distribución de moneda falsa por el adquirente de buena fe a sabiendas de su falsedad (art. 386), al delito de distribución de sellos o efectos timbrados falsos por el adquirente de buena fe a sabiendas de su falsedad (art. 389) ⁽²⁶⁾ y al delito de obstrucción a la justicia (art. 463.1, 2 y 3) ⁽²⁷⁾. Y finalmente a ellos se unirá, a raíz del dictamen de la Comisión del Senado ⁽²⁸⁾, el delito de aborto por imprudencia grave (art. 146) y las lesiones causadas al feto igualmente por imprudencia grave (art. 158). En el delito de público reclamo de acciones violentas por bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, la pena de arresto de fin de semana es sustituida también por una pena de prisión, pero su extensión abarca de seis meses a dos años (art. 170.2).

La progresiva extensión de la pena de prisión de duración mínima de tres meses a los delitos citados tuvo lugar como consecuencia de diversas enmiendas que el G.P. Catalán presentó al proyecto del Gobierno ⁽²⁹⁾. La intención de estas enmiendas era la de ampliar el abanico de penas a disposición del Juez en aquellos delitos en los que la pena de multa era la única que se proponía para sustituir a la pena de arresto de fin de semana, como ocurría en los delitos de aborto y lesiones causadas al feto por imprudencia grave y en los delitos de distribución de moneda, sellos o efectos timbrados falsos por el adquirente de buena fe a sabiendas de su falsedad, o cuando aquélla se presentaba en alternativa o conjuntamente con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, como en el caso del delito de hurto y robo de uso de vehículo a motor, del delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas, del delito contra el respeto a los difuntos y

(26) Nótese que la LO 15/2003 establece la misma pena para el delito de distribución de moneda falsa y para el de distribución de sellos o efectos timbrados falsos por el adquirente de buena fe a sabiendas de su falsedad, como ya ocurría con la falta en el Código vigente hasta el 1 de octubre de 2004.

(27) Obsérvese que en todos estos delitos, cuya pena había sido modificada en el informe de la Ponencia del Senado, la pena de prisión que se proponía inicialmente aparecía en alternativa a la pena conjunta de multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

(28) BOCG, Senado, Serie II, n.º 145 (f), de 28 de octubre de 2003.

(29) Enmiendas n.º 180 al artículo 146, n.º 181 al artículo 158, n.º 192 al artículo 244, n.º 199 al artículo 289, n.º 203 al artículo 379, n.º 204 al artículo 386, n.º 205 al artículo 389, n.º 206 al artículo 463 y n.º 209 al artículo 526. A estas enmiendas hay que sumarles la n.º 186 al artículo 226 y la n.º 187 al artículo 227, conforme a las cuales el Juez podría elegir para castigar esas infracciones entre una pena de prisión, una pena de multa o una pena de arresto en sitio o lugar determinado.

en el delito de obstrucción a la justicia ⁽³⁰⁾. Pero la pena que este Grupo Parlamentario proponía no era una pena corta de prisión, aunque finalmente le haya prestado su apoyo, sino la pena de localización permanente, a la que pretendía denominar arresto en lugar o sitio determinado, una pena igualmente privativa de libertad pero exenta de las consecuencias desocializadoras de las penas de prisión y, que, como tendremos ocasión de poner de relieve en seguida, presenta algunas características que la aproximan a la pena de arresto de fin de semana.

Entre los delitos que han visto reducido el límite mínimo de duración de su pena de prisión por debajo de los seis meses se encontrarían el delito de participación en riña tumultuaria (art. 154), las amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito cuando la condición no consiste en una conducta debida (art. 171.1) ⁽³¹⁾ ⁽³²⁾, el delito de chantaje si no se consigue lo exigido (art. 171.2), el supuesto de restitución de un menor o incapaz del artículo 225, el delito de daños, tráfico ilegal o destrucción del hábitat de especies de flora amenazada (art. 332), la introducción de especies de flora o fauna no autóctona del artículo 333, el delito contra las especies amenazadas del artículo 334 o el delito de caza o pesca con veneno, explosivo u otros medios ilegales (art. 336).

También nos hemos encontrado con que esa pena de prisión de duración mínima de tres meses reemplaza a la pena única de multa (éste sería el caso del delito de omisión de impedir el estado de prostitución de un menor o incapaz, art. 189.5) ⁽³³⁾, y con tres supuestos en que aparece prevista frente a algunas de las nuevas conductas típicas. Así, en el delito de posesión para uso propio de material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces (art. 189.2), en el delito de producción, venta, distribución, exhibición o facilitación por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se empleó su voz o imagen alterada o modificada (art. 189.7) y en el delito de maltrato a los animales domésticos (art. 337).

⁽³⁰⁾ Véase la defensa por el G. P. Catalán de estas enmiendas en el BOCG, CD, Comisiones, n.º 802, de 3 de septiembre de 2003, pp. 25310 y 25311.

⁽³¹⁾ En este caso también se reduce su límite máximo de duración.

⁽³²⁾ En el anteproyecto y en la versión inicial del proyecto también se pretendía la modificación de la pena típica del delito de amenaza no condicional de un mal constitutivo de delito, reduciendo el límite mínimo de duración de la pena de prisión y estableciendo como alternativa a la misma a la pena de multa (art. 169). De esta pretensión se desiste en el informe de la Ponencia del Congreso.

⁽³³⁾ Esta sustitución no estaba prevista en el Anteproyecto de LO de reforma de la LO 10/1995.

La desaparición de la *pena de arresto de fin de semana* ⁽³⁴⁾ se fundamenta por el Gobierno en el hecho de que su aplicación práctica no ha sido satisfactoria, llegando a afirmar el Ministro de Justicia que “es una pena que no es pena, porque no se cumple en ningún sitio; no hay nadie en ningún sitio (...) que la haya cumplido” ⁽³⁵⁾. Ciertamente la pena de arresto de fin de semana plantea muchos problemas en el momento de su ejecución, e incluso interpretativos, pero las palabras que con tanta rotundidad expresó el Sr. Ministro no se ajustan para nada a la realidad que reflejan las estadísticas que se recogen en los informes anuales que la DGIP presenta al Gobierno o en las elaboradas en el ámbito de la Administración Penitenciaria Catalana. El G.P. Popular, que ya había arremetido con fuerza contra la introducción de esta pena en el Código Penal de 1995 ⁽³⁶⁾ y que una vez en el Gobierno tampoco estableció la infraestructura material y personal necesaria para el cumplimiento de la misma, prefiere sencillamente evitar los problemas que ésta ocasiona en lugar de afrontarlos ⁽³⁷⁾, aunque ello signifique renunciar a una buena alternativa a la prisión clásica no sólo para el delincuente primario u ocasional, plenamente integrado en la sociedad y, por lo tanto, no necesitado de tratamiento resocializador alguno, sino también en aquellos casos en los que las exigencias de prevención general pueden relajarse en pro de mejorar o no empeorar las perspectivas de reinserción del condenado y, desde luego, para todos aquellos cuya situación económica no les permite hacer frente al pago de una multa ⁽³⁸⁾.

La pena por la que ha optado principalmente el legislador para reemplazar a la pena originaria de arresto de fin de semana aplicable a algunos delitos

(34) Sobre esta pena véase GONZÁLEZ TASCÓN, M.^a M., *La pena de arresto de fin de semana en el Derecho Penal español*, Tesis doctoral inédita, Oviedo, 2003.

(35) BOCG, Congreso, Pleno y Diputación Permanente, n.º 255, de 29 de mayo de 2003, p. 13174.

(36) Véase la enmienda n.º 262 del G. P. Popular y su defensa en la Comisión de Justicia e Interior y en el Pleno (BOCG, Comisiones, n.º 495, de 17 de mayo de 1995, p. 15041, BOCG, Pleno y Diputación Permanente, n.º 157, de 22 de junio de 1995, p. 8321).

(37) Si bien es cierto que el CGPJ en su *Informe sobre el Anteproyecto de LO de Reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre*, p. 12, ha considerado, por iguales motivos que el Gobierno, también conveniente la supresión de esta pena, no está de más recordar que unos años atrás, en su *Informe sobre la aplicación del nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 43, en absoluto ponía en duda la eficacia preventiva general de esta pena, si bien sugería una serie de modificaciones en su configuración, aparte, claro está, de la subsanación de las deficiencias de tipo personal y material, para convertirla en una verdadera alternativa a las penas cortas de prisión, y no su eliminación del sistema de penas.

(38) En tanto, claro está, no se renuncia definitivamente a que la pena de multa impagada se transforme en una pena privativa de libertad.

menos graves ha sido, como ya hemos mencionado, la pena de prisión de tres meses en adelante. Aunque esta pena aparece prevista en la mayoría de los supuestos en alternativa a la pena de multa, el peligro de que el condenado pueda quedar expuesto al contagio carcelario existe, así como la posibilidad de que pierda su trabajo o de que quede estigmatizado socialmente. Es más, en algún delito, como el delito de abandono de familia⁽³⁹⁾ o el delito de impago de prestaciones económicas, el encierro del penado en la cárcel de forma continuada puede acarrear perjuicios también para las propias víctimas, pues si el penado pierde su trabajo, no podrá hacer frente a las obligaciones económicas que tenga contraídas con ellas y, paradójicamente, habrá encontrado una causa para justificar futuros incumplimientos de sus obligaciones⁽⁴⁰⁾.

(39) Véase SÁINZ CANTERO, J.A., “Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente”, *REP*, 1970, p. 1065; CERESO MIR, J., *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992. Lección inaugural del curso académico MCMXCIII-MCMXCIV*, Universidad de Zaragoza, 1992, p. 26.

(40) Como vemos en el siguiente cuadro la pena de prisión estará presente en todos los delitos en los que está prevista una pena de arresto de fin de semana, a excepción del hurto y robo de vehículo a motor.

Art.	146	147.2	152.1.1.º	158	170.2	184.1	184.2	184.3	226	227	244.1	244.2
Pena CP 1995	AFS 7/24	AFS 7/24 o M 3/12	AFS 7/24	AFS 7/24	AFS 7/18 o M-6/12	AFS 6/12 o M 3/6	AFS 12/24 o M 6/12	AFS 12/24 o M 6/12	AFS 8/20	AFS 8/20	AFS 12/24 o M 3/8	Mitad superior pena del 244.1
Pena LO 15/03	P 3/5m o M 6/10	* P 3/6m o M 6/12	P 3/6m	P 3/5m o M 6/10	P 6/2a	P 3/5m o M 6/10	P 5/7m o M 10/14	P 5/7m o M 10/14	P 3/6m o M 6/12	P 3/1a o M 6/24	TBC 31/90 o M 6/12	Mitad superior pena del 244.1
Art.	289	310	328	379	386	389	463.1	463.2	463.3	514.4	526	558
Pena CP 1995	AFS 7/24 o M 4/16	AFS 7/15 M 3/10	AFS 18/24 M 18/24	AFS 8/12 o M 3/8 > 1/4	AFS 9/15 M 6/24	AFS 8/12	AFS 12/18 M 6/9	Mitad superior pena del 463.1	AFS 18/24 M 6/12 IE 2/4	AFS 7/24 o M 6/12	AFS 12/24 M 3/6	AFS 7/24 o M 3/12
Pena LO 15/03	P 3/5m o M 6/10	P 5/7m	P 5/7m M 10/14	P 3/6m o M 6/12 PDC > 1/4	P 3/6m o M 6/24	P 3/6m o M 6/24	P 3/6m o M 6/24	Mitad superior pena del 463.1	P 3/6m o M 6/24 IE 2/4	P 3/6m o M 6/12	P 3/5m o M 6/10	P 3/6m o M 6/12 **

* Esta pena es la misma que este delito tiene tras la entrada en vigor de la LO 11/2003.

** Se podrá imponer también la pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos.

Aunque la decisión de suprimir la pena de arresto de fin de semana de nuestro sistema de penas era firme, este objetivo de la reforma no se alcanza plenamente con la LO 15/2003, pues se ha olvidado el legislador de que la disposición transitoria 11.^a del Código había dispuesto la sustitución de las penas de arresto mayor y menor contempladas en las leyes penales especiales por la pena de arresto de fin de semana. Consiguientemente, no era suficiente con revisar los libros primero, segundo y tercero del Código para desterrar de nuestro sistema penológico a esta pena, como se ha hecho por LO 15/2003, sino que era necesario también afrontar la correspondiente modificación de la legislación penal especial. Hasta que eso ocurra no podrá afirmarse que la pena de arresto de fin de semana ha desaparecido de nuestro sistema de penas, pues ésta seguirá existiendo en la legislación penal especial. Asimismo, y a tenor de las penas que han sido llamadas a cumplir las funciones que en su día fueron asignadas a la pena de arresto de fin de semana, nos vamos a encontrar con que esta pena seguirá siendo aplicada a algunos hechos cometidos con anterioridad al 1 de octubre de 2004 en virtud del principio de irretroactividad de las leyes penales no favorables.

La *pena de localización permanente* se nos presenta en la Exposición de Motivos de la Ley como una pena de nuevo cuño, orientada a prevenir con éxito conductas típicas constitutivas de infracciones leves, que al mismo tiempo evitaría los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimiento penitenciario. En esencial se trata de una pena no desocializadora, encaminada a impedir que su cumplimiento afecte de forma negativa a la vida del penado. Tan encarecido empeño, al que también habrá contribuido la situación penitenciaria actual, ha hecho que se establezca como posible lugar de cumplimiento de esta pena el domicilio del penado, reduciéndose consecuentemente el poder aflictivo de la misma, y de ahí que sólo se prevea en respuesta a las faltas.

A tenor del articulado de la Ley sabemos que se trata de una pena privativa de libertad (art. 35), cuyo cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio ⁽⁴¹⁾ o en lugar determinado fijado por el Juez en la sentencia, durante

(41) A pesar de las ventajas de diversa índole que entraña el domicilio como lugar de cumplimiento de esta pena, como la ya apuntada no desocialización del penado o el menor coste económico, no debería desconocerse que esta decisión puede hacer de esta pena una pena manifiestamente desigual dadas las diversas circunstancias personales de los condenados. No será nada extraño el caso de condenados que no cuenten con un domicilio propio donde cumplir la pena o la existencia de grandes diferencias entre los domicilios, que hagan que las condiciones de cumplimiento de esta pena se revelen más gravosas para unas personas que para otras. Ante esta situación, que repercutirá en el descrédito de esta pena, señala BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., p. 78, que mejor hubiese sido configurarla como una pena restrictiva del derecho a la intimidad, en el sentido de limitar el derecho de excluir del conocimiento de los demás la propia ubicación espacial.

un lapso de tiempo determinado no superior a doce días (art. 37.1). No obstante, en el caso de los condenados por la falta del artículo 620.2.º, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, esta pena se cumplirá siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima (art. 620) ⁽⁴²⁾. Esta pena se cumple, en principio, de forma continuada, pero si el reo lo solicita y las circunstancias lo aconsejan el Juez o Tribunal sentenciador, oído el Ministerio Fiscal, podrá ordenar que se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada (art. 37.2). Este número segundo del artículo 37 otorga gran flexibilidad al cumplimiento de esta pena, permitiendo que la misma se adapte plenamente a la vida del penado al ser admisible cualquier combinación de los días de cumplimiento.

La denominación de localización permanente para nada anticipa el contenido que a la misma le otorga el articulado, que más bien parece sugerir que el penado va a estar simplemente localizable en todo momento y no necesariamente privado de su libertad en un lugar determinado ⁽⁴³⁾. De ahí que consideremos más acertada una denominación distinta, que atendiendo a las diversas posibilidades de cumplimiento que ofrece la misma bien podría ceñirse simplemente a la de pena de arresto ⁽⁴⁴⁾.

Téngase también en cuenta que la duración de esta pena, aunque cifrada como máximo en doce días, puede llegar hasta los treinta, si se aplica ante el impago de una pena de días-multa, a los treinta y seis, cuando concurren varias penas de localización permanente que hacen entrar en juego la regla del artículo 76 y su límite de acumulación jurídica (el máximo de cumplimiento no podrá exceder del triple del tiempo por el que se imponga la pena más grave), e incluso a 90 días, aplicando igualmente la mencionada regla en el caso de que la pena de localización permanente tenga su origen en varias multas incumplidas. En estos supuesto indudablemente el cumplimiento continuado de esta pena en el domicilio del penado es más que excesivo, debería, por tanto, establecerse reglamentariamente algunas medidas que permitieran la relajación del cumplimiento de esta pena. Este problema no se presenta en el caso de que la pena se cumpla de forma interrumpida, pero su cumplimiento podría demorarse considerablemente en el tiempo.

⁽⁴²⁾ La necesidad de prever en los casos del artículo 620.2.º y de las personas del artículo 173.2 el cumplimiento en un domicilio separado y alejado del de la víctima es advertida por el G.P. Catalán en su enmienda n.º 213, pero no se introduce en el texto hasta el dictamen de la Comisión del Congreso.

⁽⁴³⁾ En este sentido, señala BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., p. 72, que su denominación parece sugerir que estamos ante una pena restrictiva de la libertad ambulatoria.

⁽⁴⁴⁾ El G. P. Catalán, en distintas enmiendas, ha sugerido la denominación de arresto en sitio o lugar determinado. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., p. 73 nos habla de "arresto", bien sea domiciliario, en lugar determinado o no penitenciario.

Las diversas formas de cumplimiento, que de acuerdo con el nuevo artículo 37 podría revestir la pena de localización permanente recuerdan a otras penas ya conocidas en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el cumplimiento de la privación de libertad un día tras otro en el domicilio del penado, podía ser acordado por el Juez como forma de cumplimiento de la pena de arresto menor (art. 85 del CP de 1973). El cumplimiento de esta pena de forma interrumpida es asimismo una de las características esenciales de la pena de arresto de fin de semana a la que la pena de localización permanente pretende reemplazar. Sólo faltaría que ese “lugar determinado” fijado por el Juez para su cumplimiento, al que se refiere el artículo 37, se concretara en un centro penitenciario o en un depósito municipal de detenidos para que la decidida supresión de la pena de arresto de fin de semana no constituyese más que un cambio en la denominación de la pena y una considerable reducción de su ámbito de aplicación. Téngase presente que aunque en la Exposición de Motivos se afirma que con esta pena se pretende evitar los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios, de lo que se desprende que la voluntad de nuestro legislador es que esta pena no se cumpla en ese tipo de centros ⁽⁴⁵⁾, lo cierto es que en el articulado se deja en las manos del Juez la decisión sobre ese lugar determinado de cumplimiento de esta pena que no es el domicilio del penado. Y si ya les era difícil a éstos conocer la existencia o no de plazas en un centro penitenciario para el cumplimiento de la pena de arresto de fin de semana ⁽⁴⁶⁾, aún más difícil les resultará encontrar otro lugar para el cumplimiento de la pena de localización permanente, sobre el que la Ley nada dice.

En la Exposición de Motivos de la Ley, cuando se afirma que la pena que aquí tratamos se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporcionan el desarrollo de la tecnología, también se deja ver que sobre esta pena pesa la influencia de una de las más modernas medidas alternativas a la prisión, la vigilancia electrónica ⁽⁴⁷⁾. A través de ésta se trataría de salvar una de las gran-

(45) GRACIA MARTÍN, L. y BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., pp. 41, 73 y 74, son tajantes a este respecto: no cabrá el cumplimiento de esta pena en un establecimiento penitenciario, a lo sumo, dice BOLDOVA, podría plantearse la posibilidad de su cumplimiento en un depósito municipal de detenidos cuando el penado carezca de domicilio, pero entonces deberá tenderse a que el cumplimiento se realice en centros asistenciales. En el caso de que existan diversas alternativas, podría consultarse al reo.

(46) CGPJ, *Informe sobre la aplicación del nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 42.

(47) En España no abunda la literatura sobre esta novedosa medida alternativa a la prisión, véase PARES i GALLES, R., “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, en *Poder Judicial (PJ)*, 1997, n.º 46, pp. 259 a 272 o ESCOBAR MARULANDA, G., “Los monitores electrónicos ¿puede ser el control electrónico una

des críticas que se han vertido sobre el arresto domiciliario, concretamente la relativa a la falta de seriedad en su ejecución que hacía que éste fuese repetidamente incumplido⁽⁴⁸⁾. Incomprensiblemente el articulado de la Ley no se refiere a este mecanismo de control al servicio del cumplimiento de la pena de localización permanente aun cuando su aplicación, por poder afectar a algunos derechos fundamentales de la persona, exige que sea una norma con rango de

alternativa a la cárcel?)”, CID, J. y LARRAURI, E. *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 197 a 224. En cambio en Alemania, donde también se está valorando su introducción en el sistema de penas, desde hace algunos años abunda la bibliografía al respecto, limitándonos a citar las siguientes tesis doctorales: LINDENBERG, M., *Ware Strafe: elektronische Überwachung und die Kommerzialisierung strafrechtlicher Kontrolle*, AG-SPAK-Bücher, München, 1997; SCHLÖMER, U., *Der elektronisch überwachte Hausarrest: eine Untersuchung der ausländischen Erfahrungen und der Anwendbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Lang, Frankfurt am Main, 1998; HUDY, M., *Elektronisch überwachter Hausarrest: Befunde zur Zielgruppenplanung und Probleme einer Implementation in das deutsche Sanktionensystem*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999; WITTSTAMM, K., *Elektronischer Hausarrest? Zur Anwendbarkeit eines amerikanischen Sanktionsmodells in Deutschland*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999; BERNSMANN, H., *Elektronisch überwachter Hausarrest unter besonderer Berücksichtigung von Privatisierungstendenzen*, Cuillier, Göttingen, 2000; HAVERKAMP, R., *Elektronisch überwachter Hausarrestvollzug: Ein Zukunftsmodell für den Anstaltsvollzug?*, Iuscrim, Freiburg i Br., 2002

(48) Precisamente ésa fue la razón que llevó a la mayoría de la doctrina a rechazar el cumplimiento de la pena de arresto de fin de semana en el domicilio del penado. En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código Penal español”, *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, p. 45; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “El arresto de fin de semana en el Proyecto de Código Penal”, *RJL*, pp. 1038 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., *Introducción a la penología*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1982, p. 166; CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., “Los medios sustitutivos de las penas de corta duración”, *PJ*, 1985, n.º 5, p. 67; CEREZO MIR, J., *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992. Lección inaugural del curso académico MCMXCIII-MCMXCIV*, ob. cit., p. 27. A favor del cumplimiento en el domicilio del arrestado, entre otros, MIR PUIG, C., *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 139; VARONA GÓMEZ, D., “El arresto de fin de semana. ¿Alternativa a la prisión o prisión atenuada?”, en AA.VV., *Penas alternativas a la prisión*, (Cid Moliné, J. y Larrauri, E., coords.), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 156 y ss.; SANZ MULAS, N., *Manual de Derecho Penitenciario*, (Berdugo Gómez de la Torre, I. y Zúñiga Rodríguez, L., coords), Colex, Madrid, 2002, p. 93; CGPJ, *Informe sobre la aplicación del nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 52; Jueces para la Democracia, “Observaciones críticas al Proyecto de 1992”, *AP*, 1993-1, p. 120, también recomendó el cumplimiento en domicilio de forma alternativa y no excepcional, siempre que la naturaleza de la infracción no lo desaconsejase, dado su menor coste y su carácter no estigmatizador.

Ley Orgánica la que lo regule⁽⁴⁹⁾. Precisamente en el ámbito penitenciario, donde al amparo del artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario, y desde que en abril de 2000 se pusiera en marcha un programa experimental en el CIS Victoria Kent, ya se están utilizando sistemas de vigilancia electrónica con algunos internos clasificados en tercer grado penitenciario, es imprescindible que las medidas de control que fije la Administración Penitenciaria sean voluntarias y expresamente aceptadas por el interno y, en su caso, por las personas que vivan en el mismo domicilio⁽⁵⁰⁾. En el caso de que el interno no consintiera en las mismas, seguirá cumpliendo su pena de prisión tal y como lo venía haciendo, pero ¿qué ocurrirá si el condenado a la pena de localización permanente, en caso de que finalmente el legislador establezca por vía reglamentaria que el control de su cumplimiento se realice a través de mecanismos telemáticos, no da su consentimiento a este tipo de control, o sencillamente su domicilio no dispone de la instalación que posibilita el control telemático del penado? No cabría otra cosa, a nuestro juicio, que recurrir de nuevo al desprestigiado control policial.

Esta pena está pensada única y exclusivamente como respuesta a las faltas⁽⁵¹⁾, pudiendo ser aplicada directamente o venir en sustitución de la pena de responsabilidad personal subsidiaria derivada de una pena de multa leve. Como pena directa se contempla en todas aquellas faltas que el código vigente castiga

(49) En este sentido ya se pronunció el CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de LO de Reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre*, ob. cit., p. 14.

En cambio sí se refiere a los medios de control electrónico el futuro artículo 48.4.

(50) El régimen de vida previsto en el artículo 86.4 del RP, a través de cual se trataría de potenciar los principios inspiradores del régimen abierto, consistiría en que el penado residiría, sometido a determinadas medidas de control, en su domicilio y no en el establecimiento penitenciario, si bien tendría que acudir a éste con la periodicidad y duración que se fije en su programa de tratamiento. Detalladamente sobre el mismo, véase DGIP, "Los sistemas de vigilancia electrónica", *Boletín de Instituciones Penitenciarias*, 2000, n.º 15, pp. 1 a 13 y la Instrucción 13/2001 de la DGIP, sobre la aplicación del artículo 86.4 del RP. Sobre su aplicación en Cataluña, CERÓN i RIERA, M., "The pilot projet on electronic monitoring in Catalonia, Spain", en *Will electronic monitoring have a future in Europe?*, (Mayer, M./ Haverkamp, R./ Lévy, R., eds.), Iuscrim, Freiburg i. Br., 2003, pp. 149 a 154.

(51) Como ya expusimos en una nota anterior, el G. P. Catalán se ha manifestado a favor de aplicarla como alternativa a la pena de multa en muchos de los delitos castigados con pena de arresto de fin de semana, al considerar que frente a éstos una pena de multa es insuficiente. (BOCG, Comisiones, n.º 802, de 3 de septiembre de 2003, pp. 25309 a 25311).

con la pena de arresto de fin de semana ⁽⁵²⁾, presentándose como alternativa a la pena de multa o conjuntamente con ésta en los mismos casos que en el presente Código con excepción de la falta de allanamiento de domicilio social, profesional y establecimiento abierto al público (art. 635), frente a la cual la pena de localización permanente vendría a remplazar a la pena conjunta de arresto de fin de semana y multa. Si tenemos en cuenta, además, que en cada tipo penal la duración de la pena de localización permanente viene a coincidir con la duración efectiva de privación de libertad que comportaría la pena de arresto de fin de semana de tener que ser cumplida ininterrumpidamente ⁽⁵³⁾, no se puede evitar tener la sensación de que se está pretendiendo de modo automático sustituir sin más una pena por otra. No se ha tenido, por tanto, en cuenta que la periodicidad semanal de ejecución de la pena de arresto de fin de semana y, muy especialmente, su peculiar régimen de cumplimiento hacían de ésta una pena lo suficientemente aflictiva para hacer frente a las faltas, y que estos factores deberían haber sido tenidos en cuenta a la hora de graduar la duración de la pena de localización permanente, so pena de que ésta termine careciendo de eficacia intimidatoria. Hecho que sorprende, si tenemos en cuenta que en el ánimo de este legislador no está realizar una nueva graduación de las penas, dulcificándolas, pues la pena de días-multa que en la LO 15/2003 aparece conjunta o alternativamente a la pena de localización permanente mantiene la misma duración que la que tenía antes de la reforma en el Código, salvo en tres faltas (art. 618.2, art. 625 y art. 629), donde curiosamente lo que se produce es

(52) Desde la presentación del proyecto al Congreso de Diputados hasta el dictamen de la Comisión, la falta de deslucimiento de bienes inmuebles era la única falta que estando castigada con pena de arresto de fin de semana en el vigente Código no llevaba asociada la pena de localización permanente. A raíz del citado dictamen, la pena de localización permanente ya aparece en alternativa con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, hasta ese momento pena única frente a la citada falta.

Téngase también presente que por LO 11/2003, la falta de lesiones, las faltas de maltrato de obra y la falta de amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos, en los tres supuestos cuando media una determinada relación entre víctima y ofensor, pasan a ser delito (art. 153).

(53) La pena de arresto de fin de semana presenta dos rasgos de identidad: su cumplimiento en intervalos de treinta y seis horas que se suceden con una periodicidad constante en el tiempo y su cumplimiento en régimen de aislamiento celular. Pero si el penado la incumple, existe la posibilidad de que ésta pierda su carácter de pena discontinua en el tiempo. En caso de que se decretase su cumplimiento ininterrumpido, cada unidad de arresto de fin de semana se entiende equivalente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1, a dos días de privación de libertad. Pues bien, si nos fijamos en los límites, mínimos y máximos, de cada uno de los marcos penales de los tipos castigados con pena de localización permanente veremos que coinciden exactamente con los límites, mínimos y máximos, que tienen los marcos penales de las faltas castigadas con la pena de arresto de fin de semana, si aplicamos la equivalencia de dos días de privación de libertad por un arresto de fin de semana.

una elevación del límite mínimo del correspondiente marco penal, en sintonía con el *leit motiv* que preside las reformas penales recientes, una mayor dureza frente al delito.

El nuevo artículo 37 perpetúa el error presente en el reformado al pronunciarse sólo respecto del límite máximo de duración de la pena allí regulada y no sobre su límite mínimo. Pero a diferencia de la pena de arresto de fin de semana, cuya duración mínima podemos conocer a través del artículo 33, el nuevo artículo 33 al considerar a la pena de localización permanente únicamente una pena leve ya no precisa su extensión⁽⁵⁴⁾. Aunque ello no entrañaría problemas mayores, propugnamos, por coherencia con el resto de las penas, que se subsane semejante omisión⁽⁵⁵⁾.

La duración de esta pena podría superar los doce días que como máximo establece el artículo 37 al excluir el artículo 53.1 esta limitación en caso de que la pena de localización permanente se imponga en respuesta al impago de una pena de multa⁽⁵⁶⁾. En este supuesto, teniendo en cuenta que la duración máxima de una pena leve de multa es de dos meses, que dos cuotas diarias de multa impagada son equivalentes a un día de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y que, aunque referida a otra cuestión, la disposición transitoria 4.^a establece que un día de prisión equivale a un día de localización permanente⁽⁵⁷⁾, la pena de localización permanente podría llegar a treinta días. Proce-

(54) En la parte especial del Código y más concretamente en su Libro III, relativo a las faltas, nunca aparece en una extensión inferior a los dos días.

(55) Lo mismo cabría decir respecto a la prohibición del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

(56) Con este inciso del artículo 53.1, introducido a raíz del dictamen de la Comisión en el Congreso, el legislador ha querido evitar que se reproduzca con la pena de localización permanente el actual debate doctrinal existente en torno a si la pena de arresto de fin de semana que se puede llegar a imponer por vía del artículo 53, se encuentra o no limitada en su extensión por el límite máximo de duración de la misma fijado en el artículo 37.1.

(57) Otra muestra más de que se ha procedido prácticamente por inercia al reemplazo de la pena de arresto de fin de semana por la pena de localización permanente la encontramos en la no mención en el artículo 53 del módulo de equivalencia entre la pena de localización permanente y la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. El artículo 53 no establecía el módulo de equivalencia entre la privación de libertad que se deriva de una pena de multa impagada y el arresto de fin de semana. Esta omisión, unida al hecho de la existencia en el Código Penal de dos posibles módulos de equivalencia aplicables (art. 37.1, 88.1 y disposición transitoria 8.^a), ha sumergido a la doctrina en un debate en torno al módulo aplicable (véase ampliamente esta cuestión en GONZÁLEZ TASCÓN, M.^a M., *La pena de arresto de fin de semana en el Derecho Penal español*, ob. cit., pp. 443 a 450), un debate que ciertamente no se va a reproducir por lo que respecta a la responsabilidad personal subsidiaria y a la nueva, dado que en la nueva ley únicamente se establece una equivalencia entre la pena de localización permanente y otra pena, inexplicablemente la pena de prisión.

diendo de igual forma, podemos conocer su límite mínimo de duración, que sería de cinco días, dado que el límite mínimo de la pena leve de días-multa, tras la entrada en vigor de la LO 15/2003, es de diez días. Ahora bien, no nos olvidemos de que, dadas las diferentes modalidades de cumplimiento de esta pena: cumplimiento ininterrumpido, cumplimiento en sábado y domingo o cumplimiento de forma no continuada, el tiempo que ha de transcurrir para que se dé por cumplida la pena puede ser mayor.

Obsérvese que es posible que a raíz de la aplicación de las reglas de equivalencia entre las penas, la pena de localización permanente resultante de poner en funcionamiento el mecanismo de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53) exceda en su duración de la que tenía como pena originaria. Son muchos los casos en los que se puede dar esta situación, dado que principalmente la pena de localización permanente aparece en alternativa con la pena de multa, y sorprende que el legislador no trate de ponerle remedio, pues se trata del mismo problema que presenta la pena de arresto de fin de semana sustitutiva de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, cuando una pena de arresto de fin de semana aparece en el tipo penal en alternativa a la pena de multa incumplida. Para clarificar lo dicho, tomemos como ejemplo la falta de abandono de jeringuillas u otros instrumentos peligrosos cuya pena típica es una pena de localización permanente de seis a diez días o una pena de multa de uno a dos meses. Si el Juez opta por la multa y el sujeto la incumple, se procederá a determinar su responsabilidad personal subsidiaria, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa insatisfechas. Suponiendo que se hubiese impuesto la pena de días-multa en su límite máximo de dos meses y que las cuotas de multa insatisfechas fuesen todas, equivalentes de acuerdo con el artículo 50 a sesenta cuotas diarias, la responsabilidad personal subsidiaria sería de treinta días, que podrán cumplirse mediante localización permanente. De forma que nos encontramos con que el penado, a causa de su insolvencia, se puede ver condenado a cumplir treinta días de localización permanente, lo que choca de frente con la valoración de las penas en cuestión que en el correspondiente tipo penal ya hizo el legislador. Consecuentemente, para no llegar a esta situación, nada deseable, consideramos que el marco penal de la pena de localización permanente que está fijada alternativamente con una pena de multa debería actuar como límite infranqueable de la duración de la pena de localización permanente impuesta por la vía del artículo 53, y para eliminar cualquier duda sobre este particular, el legislador debería pronunciarse expresamente al respecto⁽⁵⁸⁾.

(58) Véase GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., p. 49; o VARONA GÓMEZ, D., “El arresto de fin de semana: ¿Alternativa a la prisión o prisión atenuada?”, art. cit., p. 150 (not. 10).

Por otra parte, sigue el legislador empeñado en recordarnos que del incumplimiento de la pena de localización permanente el Juez o Tribunal deducirá testimonio para proceder conforme con lo dispuesto en el artículo 468⁽⁵⁹⁾. Un recordatorio que sólo encontraría explicación en el peso de la actual redacción del artículo 37.3, pues si en relación a la pena de arresto de fin de semana esa referencia podía tener sentido para evitar que pudiese interpretarse que el establecimiento de una consecuencia específica para el incumplimiento de esta pena, como es su cumplimiento ininterrumpido, alteraba el régimen del delito de quebrantamiento de condena, en el caso de la nueva pena al no implicar su incumplimiento más que la posibilidad de haber cometido un delito de quebrantamiento de condena, aquella previsión resulta innecesaria.

La *pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*⁽⁶⁰⁾ sigue contemplándose como la respuesta inmediata a la imposibilidad de satisfacer la pena de multa. Continúa, por tanto, aún sin resolverse el grave problema de desigualdad que genera el tratamiento penal de quien puede y de quien no puede pagar la pena de multa. La alternativa a esa privación de libertad continuada que comporta la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, una vez que los arrestos de fin de semana desaparezcan, sigue siendo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad a la que se unirá, si bien sólo cuando la multa incumplida haya sido impuesta por una falta, como ya hemos tenido ocasión de comentar, la pena de localización permanente. Este cambio puede constituir un avance en el ámbito de las faltas, pero quizás también un retroceso en el marco de los delitos, dado que ahora la única alternativa a la privación de libertad continuada en establecimiento penitenciario, que encierra la pena de responsabilidad personal subsidiaria, la constituirá el trabajo en beneficio de la comunidad, que no está exento de problemas a la hora de su ejecución.

La previsión de una nueva pena para reemplazar a la pena de arresto de fin de semana va a terminar con la disputa doctrinal abierta sobre el módulo de equivalencia entre la pena de responsabilidad personal subsidiaria y la pena de arresto de fin de semana, pero no resuelve otra cuestión dudosa como es la relativa a si estas otras penas que se mencionan en el artículo 53 son penas sustitutivas de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de

(59) En la relación anterior al dictamen de la Comisión del Congreso se decía simplemente que el Juez deduciría testimonio por quebrantamiento de condena. Frente a esta redacción el G. P. Catalán presentó la enmienda n.º 166 orientada a sustituir la referencia a la deducción de testimonio por la remisión al delito de quebrantamiento de condena.

(60) Sobre esta pena véase ROCA AGAPITO, L., *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa. (Estudio histórico-comparado, dogmático y político-criminal)*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

multa o modalidades de cumplimiento de ésta. Asimismo reproduce una deficiencia de la regulación anterior como es el hecho de que no se establezca cuál es el módulo de conversión entre la responsabilidad personal subsidiaria de multa y la localización permanente, debiendo acudir en estos casos, como ya vimos, a la disposición transitoria 4.^a, donde se establece que en los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de esta Ley fuera la de localización permanente, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que cada día de localización permanente equivale a un día de prisión. Con anterioridad al informe de la Ponencia del Congreso, se apreciaba en el texto otra deficiencia grave que compartiría con la pena de arresto de fin de semana. Ésta era la relativa a la falta de mención a que la duración de la pena de localización permanente impuesta por vía del artículo 53 pudiera exceder del límite máximo de su extensión natural ⁽⁶¹⁾. Una omisión que felizmente se subsana en la tramitación parlamentaria al ser denunciada en la enmienda n.º 171 del G.P. Catalán.

Otra de las novedades que presenta la regulación que le otorga la LO 15/2003 reside en que esta pena no se impone a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años frente a los cuatro años de la redacción anterior ⁽⁶²⁾. Con este cambio, podría darse la impresión, en principio, de que se trataría de excluir de esta pena a los condenados a una pena grave de privación de libertad. Pero si ello es así, el legislador desconoce por completo la amplia interpretación jurisprudencial que desde hace algunos años se hace de este precepto. Si inicialmente la jurisprudencia entendió que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa únicamente no se aplicaba cuando la multa impagada se había impuesto conjuntamente con una pena privativa de libertad superior a seis años, que era el límite que fijaba el texto refundido del 73, a partir de la conocida STS de 19 de diciembre de 1985, a la que seguirían muchas otras, aunque sólo las Sentencias de 15 de septiembre de 1986 y de 22 de diciembre de 1987 aportarían algo nuevo, se van a ampliar los supuestos en los que se acepta la no imposición de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Se llega de esta forma a la actual situación en la que esa pena no se va a imponer si el condenado tiene que cumplir una privación de libertad superior a cuatro años, independientemente de cómo se haya llegado a esa privación de libertad. Así, por ejemplo, el actual límite de los cuatro años se entiende superado aunque la pena de privación de libertad se haya impuesto por otro delito distinto del castigado con la pena de multa incumplida (STS de 11 de

(61) Así lo apuntó ya ROCA AGAPITO, L., "Los anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas", *RJL*, 2003, diario n.º 5731, p. 6.

(62) Véase la enmienda n.º 81 del G.P. Socialista, favorable al mantenimiento del límite actual, según se afirma, por apego a la tradición.

octubre de 1991), admitiéndose asimismo que la privación de libertad superior a esos cuatro años sea el resultado de sumar varias condenas privativas de libertad (STS de 1 de marzo de 1995), e incluso que tal límite se exceda como consecuencia de sumar a la duración de las distintas penas de prisión la duración que tendría, en su caso, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (STS de 1 de febrero de 1994) ⁽⁶³⁾.

La modificación, por su parte, del número 4 del artículo 53 no merece mayor comentario, pues al igual que ocurre en otros preceptos del código simplemente se sustituye la expresión que “el reo mejore de fortuna”, un poco desfasada, por la de que “mejore la situación económica del penado”.

III. PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS

Dentro del amplio abanico de penas privativas de derechos que se recogen en nuestro Código Penal, la reforma atañe principalmente a las prohibiciones del artículo 48 y, sobre todo, a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Las modificaciones de la LO 15/2003 en relación a otras penas privativas de derechos están más bien centradas en su duración y en otorgarles una nueva valoración de su gravedad (art. 33). Como cuestión común a todas ellas, nos encontramos con que en el nuevo artículo 40.5 se especifica que la duración de cada una de ellas será la prevista en el artículo 40, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del código.

Una variación en su duración y una nueva valoración de su gravedad son los únicos cambios que experimenta la suspensión de empleo o cargo público, cuyo límite mínimo de duración pasa a ser de tres meses, teniendo la consideración de pena menos grave hasta los cinco años y pena grave por tiempo superior a cinco años. Además se subsana el olvido del legislador de 1995 que no dispuso cuál sería el límite extraordinario de duración de esta pena, aplicable cuando su pena superior en grado, resultante de aplicar la regla del artículo 70.1, excedía del límite máximo de seis años establecido en el artículo 40. Este límite extraordinario de duración se establece ahora en ocho años (art. 70.3.3.º).

La *pena de inhabilitación especial* también experimenta en los mismos términos que la suspensión de empleo o cargo público modificaciones en su límite mínimo de duración y en su consideración como pena grave y menos

⁽⁶³⁾ Sobre la posición jurisprudencial y doctrina al respecto véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La renuncia a la responsabilidad subsidiaria por impago de multa”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1989, pp. 553 a 560; JAREÑO LEAL, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 77 (not. 61) y más recientemente ROCA AGAPITO, L., *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, ob. cit., pp. 428 a 434.

grave. Otro cambio que afecta a su duración es el incremento que se produce en su límite extraordinario de duración que se eleva de veinticinco a treinta años, al igual que ocurre con el límite extraordinario de la pena de inhabilitación absoluta (art. 70.3.2.º). Pero en relación a la inhabilitación especial, que presenta distintas modalidades, también tienen lugar otras modificaciones. Así, con respecto a la inhabilitación especial para empleo o cargo público se precisa que el empleo o cargo sobre el que recayera la inhabilitación puede ser electivo (art. 42). Esta precisión, innecesaria⁽⁶⁴⁾, podría ahora dar lugar a entender que la pena de suspensión de empleo o cargo público no podrá recaer en empleo o cargo público electivo. Consecuentemente debería haberse modificado en igual sentido la redacción del artículo 43. En relación a la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento se establece como novedoso, tras el dictamen de la Comisión del Congreso, que la misma podrá ser acordada respecto de todos o de algunos de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso (art. 46)⁽⁶⁵⁾.

Por otra parte, sigue el legislador sin poner fin a la quiebra del principio de legalidad que significa que la inhabilitación especial pueda recaer sobre cualquier otro derecho distinto de los enumerados en el artículo 39.b) sin determinar cuáles son, por mucho que se diga en el artículo 45 que aquél ha de concretarse expresamente y motivadamente en la sentencia⁽⁶⁶⁾. Esta concreción legal sí se

(64) CHOCLAN MONTALVO, J.A., "Las penas privativas de derechos en la reforma penal", AP, 1997, n.º 1, p. 155.

(65) Véase REY HUIDOBRO, L.F., "La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento", RJL, diario, n.º 6007, pp. 1 a 5.

(66) Sobre esta vulneración del principio de legalidad llaman la atención, entre otros, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., "El sistema de penas", RJL, 1996-2, p. 1503; MAZA MARTÍN, J.M., "Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid, 1996, p. 152; o CHOCLAN MONTALVO, J.A., "Las penas privativas de derechos en la reforma penal", art. cit., p. 154; para quienes esos derechos no podrían ser otros que aquéllos que se concretan en la parte especial del Código. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Las penas privativas de derechos", PJ, 1999, n.º 53, p. 137, considera que una cierta atenuación de esa quiebra del principio de legalidad se produciría si se exigiese una estricta conexión entre el delito cometido y el derecho de cuyo ejercicio se priva. Solución que es rechazada expresamente por el CGPJ, *Informe sobre la aplicación del nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 68. En opinión de BERNAL VALLS, J., "Las penas privativas de derechos en el nuevo Código Penal", RGD, 1999, pp. 18, 30 y 31 no cabría hablar de lesión del principio de legalidad cuando esta pena se impone como pena principal al establecer generalmente el tipo penal el derecho sobre el que recae, más dudoso se le presenta el caso cuando la pena se impone accesoriamente.

produce respecto de otras actividades distintas de las mencionadas en el artículo 39.b), dado que la LO 15/2003 al tiempo de establecer expresamente que sobre ellas podrá recaer la inhabilitación especial, especifica que se trata de actividades determinadas en el Código. Se echa en falta asimismo que la referencia a este tipo de inhabilitación especial no se realice ni en el artículo 45 ni en el artículo 56, como ocurre con el resto de las modalidades de inhabilitación especial recogidas en el artículo 39.b).

En el seno de las penas accesorias privativas de derechos se aprecian también algunos cambios. Con carácter general, se exceptúa en el artículo 33.6 la regla tradicional de duración de las penas accesorias, conforme a la cual éstas tienen la misma duración que la pena principal, si así se dispone expresamente en otros preceptos del Código. Y en el marco concreto del artículo 56, se lleva a cabo, de un lado, algunas modificaciones presididas por la intención de dar claridad a la regulación legal y, de otro lado, se operan algunos cambios por coherencia con otros preceptos de código. En el primer sentido enunciado, se procede a una enumeración de las distintas penas accesorias recogidas en el artículo 56, de la que se deriva que la exigencia de que exista una relación directa entre el delito cometido y los derechos de los que priva la inhabilitación especial no será necesaria para la aplicación accesoria de una pena de suspensión de empleo o cargo público⁽⁶⁷⁾ o de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Esa exigencia sólo operaría respecto de la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho. Se resuelve, así, uno de los problemas que planteaba la anterior redacción del precepto⁽⁶⁸⁾, pero se deja sin aclarar cuáles son esos otros derechos cuya relación directa con el delito determinaría la posibilidad de imponer una inhabilitación especial sobre los mismos⁽⁶⁹⁾. Asimismo, al decirse que se impondrán como penas accesorias “alguna o algunas”, en vez de “alguna”, se acaba con el interrogante concerniente a si sólo podría imponer-

(67) El G.P. Vasco presentó en el Congreso de Diputados la enmienda n.º 59 y en el Senado la enmienda n.º 22 destinada a que también en el caso de la suspensión de empleo o cargo público se exigiera que el mismo tuviera relación directa con el delito.

(68) Se cuestiona si el requisito de vinculación con el hecho delictivo es exigible para la imposición de todas las penas enumeradas en el artículo 56 o sólo para la pena de la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho. Véase MAZA MARTÍN, J.M., “Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal”, art. cit., pp. 164 a 166; o BERNAL VALLS, J., “Las penas privativas de derechos en el nuevo Código Penal”, art. cit., p. 30.

(69) Sobre este particular incidió el CGPJ en su *Informe sobre la aplicación del nuevo Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 68. Sin embargo, no vuelve sobre ello en su *Informe sobre el Anteproyecto de LO de Reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre*, ob. cit.

se una de las penas recogidas en el artículo 56 o, en cambio, sería posible imponer varias ⁽⁷⁰⁾.

Por coherencia con otros preceptos, se establece que alguna o algunas de estas penas se impondrán en las penas de prisión inferiores a diez años mientras que en la anterior redacción cabía su imposición a las penas de prisión de diez años, a las cuales obligatoriamente se les imponía la pena de inhabilitación absoluta (art. 55). Se especifica, asimismo, que la aplicación de una pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, se impondrá sin perjuicio de lo previsto en el artículo 579 (art. 56.1.3.º) ⁽⁷¹⁾. Y se introduce, también, un nuevo número dos encaminado simplemente a establecer que lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas.

Las penas de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas mantienen su extensión natural de tres meses a diez años, pero, al igual que ha ocurrido con otras penas, se ha atenuado su gravedad. A tenor del nuevo artículo 33.2 sólo serían penas graves aquellas cuya duración excediese de ocho años, las de un año y un día y hasta ocho serían penas menos graves, manteniéndose la consideración de penas leves para las de duración de tres meses a un año. La pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas también ve incrementado su límite extraordinario de duración de quince a veinticinco años (art. 70.3.5.º).

Con respecto a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores se resuelve un problema interpretativo que se plantea entre los artículos 33, 39 y 47, de un lado, y los artículos 379 y 621 de otro. Mientras en los preceptos de carácter general se habla siempre de privación del derecho a

(70) A favor de la posibilidad de imponer varias penas accesorias se ha pronunciado, la FGE, en su Consulta n.º 2/2000, sobre la aplicación de las penas accesorias previstas en el artículo 56 del Código Penal; REY HUIDOBRO, L.F., "Problemas de aplicación de las penas accesorias de inhabilitación y de suspensión", *AP*, n.º 45-46, pp. 1138 a 1141. En contra, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "Las inhabilitaciones para cargo público", en AA.VV., *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1110 y 1111.

(71) Esta referencia tendría sentido si la pena de inhabilitación absoluta para los delitos de terrorismo que se establece en ese artículo fuese también una pena accesoria, pues parece a tenor de los artículos 55 y 56 que la imposición de una pena accesoria de inhabilitación especial conjuntamente con una pena accesoria de inhabilitación absoluta no es factible, sin embargo, se trata de una pena principal, introducida por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, que se impondrá en los delitos de terrorismo, por tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta.

conducir vehículos a motor y ciclomotores, y, consecuentemente, la citada pena comprendería la inhabilitación del condenado para el ejercicio de ambos derechos, en el delito de conducción de vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y en las faltas imprudentes del artículo 621 cometidas con vehículo a motor o ciclomotor, la duda sobre si habría que privar de ambos derechos o, por el contrario, únicamente debería privarse del derecho de conducción correspondiente al vehículo que se conduce cuando se comete la infracción está sembrada a tenor de la redacción de los correspondientes preceptos. En el artículo 379 se establece que la conducta allí tipificada se castigará, en cualquier caso, con “privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, respectivamente”, siendo el empleo de este adverbio la fuente de la diversidad de criterios al respecto, con la inseguridad jurídica que ello comporta, pues parece sugerir que sólo se privaría del derecho de conducir que se estaba ejercitando cuando se cometió el delito frente a la privación genérica de los artículos 33, 39 y 47⁽⁷²⁾. Lo mismo ocurre con las citadas faltas, al utilizarse también ese mismo adverbio en el artículo 621.4, aunque en este terreno parece que predomina la interpretación favorable a considerar que sólo se privaría de un derecho, a lo que contribuiría el hecho de que a diferencia del artículo 379, el artículo 621.4 no se refiere conjuntamente a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. La FGE en su consulta n.º 4/1998, al igual que la doctrina mayoritaria, ha considerado que esta pena comporta siempre la privación de ambos derechos⁽⁷³⁾ y en esta línea la LO 15/2003 aclara esta cuestión mediante la supresión del adverbio respectivamente de la redacción del artículo 379 y del artículo 624.1, sustituyendo, además en este último caso la pronominalización “privación del derecho a *conducirlos*” (que está referida al vehículo a motor o ciclomotor), por si pudiera provocar de nuevo alguna

(72) Así, por ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona, de 17 de septiembre de 1999 y en la Sentencia de la AP de Sevilla, de 3 de octubre de 2001, se considera que el delito contra la seguridad del tráfico del artículo 379 está castigado con la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. En cambio, en la Sentencia de la AP de Baleares, de 20 de junio de 2002, en la Sentencia de la AP de Valencia, de 18 de junio de 2000, o en la Sentencia de la AP de La Rioja, de 17 de enero de 2001, se entiende que únicamente se privaría al condenado del derecho a conducir el vehículo con el que se cometió el delito. Ampliamente sobre este particular, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Consideraciones metodológicas sobre el alcance de la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores en la legislación penal”, *AP*, 2003, n.º 32, pp. 791 a 818.

(73) Consulta n.º 4/ 1998, de 14 de julio de 1998, sobre el alcance de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores en el artículo 379 del Código penal.

duda, por “pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores”.

La *pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos de la misma naturaleza de la de aquellos en los que se hubiera cometido el delito* aparece vinculada a dos tipos penales relativos a las alteraciones del orden con la ocasión de la celebración de eventos o espectáculos a los que asiste un gran número de personas (nuevo art. 557.2 y art. 558). Al igual que otras penas privativas de derechos, como puede ser la inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales o para contratar con las Administraciones Públicas (art. 262), o la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar y pescar (art. 337) no aparece mencionada expresamente en el Título tercero del Libro I del código. Sobre ella sólo se señala en el Código que está prevista su aplicación en los citados delitos por un tiempo superior de hasta tres años a la pena de prisión que se imponga por los mismos.

La *prohibición de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez y la prohibición de comunicarse con éstos* experimentan algunos cambios importantes, como serían el aumento de su duración, o tratándose de la prohibición de aproximarse a la víctima la ampliación de su contenido y su carácter imperativo en determinados casos. Asimismo nos encontramos con algunas mejoras técnicas en su regulación, si bien el legislador no se ha decidido a extraerlas de la sección quinta del Título III, donde, a pesar de las críticas doctrinales, se siguen contemplando como penas accesorias. Algunas de estas modificaciones están dirigidas a arrojar claridad sobre estas tres prohibiciones, y así nos vamos a encontrar con que a excepción del artículo 40, a cada una de ellas se les dedica un apartado propio [art. 33, art. 39, art. 48⁽⁷⁴⁾]. Otros cambios se orientan a subsanar algunas deficiencias en las que incurrieron las dos leyes que con posterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 abordaron la regulación de estas penas: las ya citadas LO 11/1999, de 30 de abril y LO 14/1999, de 9 de junio⁽⁷⁵⁾.

(74) En realidad, la única modificación que sufre este artículo es que los distintos párrafos del mismo pasan a numerarse.

(75) Fue la LO 11/1999, la que introdujo en los artículos 57 y 617 dos nuevas penas privativas de derechos: la prohibición de aproximarse a la víctima y la prohibición de comunicarse con ésta o con su familia. Pero, incomprensiblemente, la citada reforma al establecer estas nuevas penas (que también pasaron a contemplarse en el artículo 83.1 bis, como posible obligación del penado a quien se concede la suspensión condicional de la ejecución de una pena de prisión, y en el artículo 105.1, como una medida de seguridad no privativa de libertad), incurrió en algunas omisiones importantes que la LO 14/1999 trató

Concretamente se contempla finalmente en el artículo 40 la extensión natural de las prohibiciones de aproximación y de comunicación con la víctima, con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, que se cifra entre un mes y diez años, frente a los cinco años a los que como máximo podían llegar antes de la reforma (art. 57) ⁽⁷⁶⁾. También se eleva a diez años el límite máximo de extensión de la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, pero se omite toda referencia a su límite mínimo ⁽⁷⁷⁾, que tampoco se expresa, a diferencia de en otras ocasiones, acudiendo al artículo 33. Siguiendo con su duración, habría que señalar asimismo que las tres prohibiciones comparten además la duración que como máximo podrían alcanzar en el supuesto de que fuese aplicable la regla para la determinación de la pena superior en grado (art. 70. 1.ª). No obstante y por el momento, no se llegará por esta vía a estos veinte años de duración extraordinaria, dado que la duración de estas penas las fija el Juez atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente dentro de los límites que fija el artículo 57. Límites que son diferentes dependiendo de la gravedad de la infracción cometida, así tratándose de un delito grave la duración de estas prohibiciones no podrá exceder de los diez

de resolver. Así, desde una perspectiva formal, las nuevas prohibiciones de aproximación y comunicación se incluyeron ya tanto en la clasificación que de las penas se realiza en el artículo 33 como en la enumeración de las penas privativas de derechos [art. 39 f)]. No obstante, siguieron sin recogerse en el artículo 40, dedicado a la extensión natural de las penas privativas de derechos, donde tampoco se procedió a la modificación de la extensión de la prohibición de residir o acudir a determinados lugares como debería haber ocurrido una vez que es posible su aplicación a determinadas faltas. Asimismo se recogió una definición de las mismas en el artículo 48, como ya se había hecho con anterioridad con la prohibición de residir o acudir a determinados lugares. Por otra parte, las modificaciones de fondo operaron en tres planos: primero, se ampliaron las personas que pueden beneficiarse de estas prohibiciones con el objetivo de proteger a todos aquellos que por su relación con la víctima o con el caso (testigos) puedan temer al agresor; segundo, se extendieron estas prohibiciones a las faltas del artículo 617.1 y el artículo 620; y, tercero, se atenuaron las exigencias o parámetros que deben concurrir para que el Juez pueda acordar la imposición de alguna o de todas estas prohibiciones.

Sobre la distinta naturaleza jurídica de estas prohibiciones, véase LEAL MEDINA, J., "La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena accesoria, pena principal, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad", *RJL*, 2001-7, pp. 1303 a 1310.

⁽⁷⁶⁾ El Código Penal no se refiere al límite mínimo de duración de estas penas.

⁽⁷⁷⁾ Recordemos que en la redacción inicial de este precepto, la extensión natural de la privación del derecho a residir o acudir a determinados lugares oscilaba de seis meses a cinco años. Cuando se extiende su aplicación a determinadas faltas (primero en la LO 11/1999 y a pocos días de su entrada en vigor, la LO 14/1999), no se reforma el citado precepto, a pesar de que a éstas se podría imponer con una duración que no excediese de seis meses.

años, si se trata de un delito menos grave no podrá superar los cinco años y en el caso de las faltas contra las personas de los artículos 617 y 620 la duración no podrá exceder de seis meses. En cambio, sí podrían llegar a tener una duración semejante e incluso superior cuando por el mismo hecho se ha impuesto también una pena de prisión [art. 57.1.2.p)].

En la clasificación de las penas que se realiza en el artículo 33, se atenúa la gravedad de estas prohibiciones y así se considera que las mismas son penas graves cuando su duración supera los cinco años (frente a los tres años anteriores) y penas menos graves por tiempo de seis meses a cinco años (en lugar de seis meses a tres años). En el caso de la duración de la pena leve no se realiza ningún cambio más que el obligado a consecuencia de que ninguna prohibición de comunicación y aproximación pueda imponerse por debajo de un mes. Por otra parte, hay que señalar que hasta el informe de la Ponencia del Senado ⁽⁷⁸⁾ se producía un solapamiento entre el límite máximo de las penas leves de prohibición de comunicación y aproximación y el límite mínimo de esas mismas penas cuando son consideradas menos graves. Nótese que este cambio debería haberse visto acompañado de una modificación en igual sentido en el artículo 57, a cuyo tenor podrá imponerse una prohibición de seis meses (pena menos grave) por una falta.

Se recoge también, a raíz del dictamen de la Comisión del Senado ⁽⁷⁹⁾, una referencia a los medios de control del cumplimiento de estas prohibiciones. En concreto se alude a la posibilidad de que el Juez acuerde su control a través de medios electrónicos (art. 48.4).

En cuanto al contenido de estas prohibiciones, la única novedad que se aprecia está referida a la prohibición de aproximación a la víctima. Ya no sólo el penado no podrá acercarse a la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez en cualquier lugar en que se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo o a cualquier otro frecuentado por ellos, sino que además durante el cumplimiento de esta prohibición le quedará, respecto de sus hijos, en suspenso el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiera reconocido en sentencia civil (art. 48.2).

Respecto de este particular, nos gustaría llamar la atención, en primer lugar, sobre la necesidad de una mejora en la redacción de este inciso, pues una

(78) BOCG, Senado, Serie II, n.º 145 (e), de 20 de octubre de 2003. El informe recoge la enmienda n.º 230 del G. P. Popular.

(79) BOCG, Senado, serie II, n.º 145, 28 de octubre de 2003.

Ya en el Congreso de Diputados el G. P. Catalán había presentado una enmienda en este sentido (enmienda n.º 173).

interpretación literal del mismo, si tenemos en cuenta que, a tenor del artículo 57, la prohibición de aproximación puede ser impuesta por el Juez al culpable de infracciones penales de muy distinta naturaleza (delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual, la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, y a las faltas recogidas en los artículos 617 y 620), podría llevarnos a entender que toda persona culpable de una infracción de las citadas a la que se le impusiere la prohibición de aproximación a la víctima vería suspendido imperativamente el régimen de visitas, comunicación y estancia con sus hijos, aun en el caso de que sus hijos no tuvieran ninguna relación con el delito ni con las víctimas del mismo. No creemos que ésta haya sido la intención del legislador que en la Exposición de Motivos expresamente incide sobre la importancia de estas prohibiciones en el campo de la lucha contra la violencia doméstica, y que en esta línea ha dispuesto otra novedad consistente en que la prohibición de aproximación sea pena obligatoria siempre que las infracciones referidas en el artículo 57 se cometieran contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados⁽⁸⁰⁾. No obstante, en aras de otorgar claridad al texto legal, hubiese sido conveniente que, como propusiera en el Congreso el G. P. Socialista, en su enmienda n.º 77, esos derechos de los padres

(80) El círculo de sujetos pasivos en el anteproyecto de esta ley se reducía al cónyuge y a los familiares hasta el cuarto grado inclusive que conviviesen con el condenado. El CGPJ en su informe a este anteproyecto (pp. 24 y 25) llamó la atención sobre la necesidad de que ese círculo se ampliara a otros sujetos dependientes que convivieran con el penado pero sin un vínculo estrictamente familiar, proponiendo que se tomara el mismo círculo de sujetos pasivos que en el delito de violencia doméstica previsto en el Anteproyecto de medidas relativas a la seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, sobre el que el CGPJ ya había tenido ocasión de informar. Así se hace, añadiéndose como sujeto pasivo a lo largo de la tramitación parlamentaria del proyecto, concretamente en el informe de la Ponencia en el Congreso a raíz de la enmienda n.º 172 del G. P. Catalán, a las personas que estén o hayan estado ligadas al condenado por una relación de afectividad análoga a la del matrimonio pero sin convivencia, como había sugerido la subcomisión de violencia doméstica. El G. P. Socialista también había presentado la enmienda n.º 83 con la misma finalidad.

respecto de sus hijos sólo se viesen afectados si la prohibición de aproximación fuese consecuencia de la comisión de una infracción relacionada con la violencia en el ámbito doméstico⁽⁸¹⁾. A lo que nosotros añadimos la necesidad de que se matizara que sólo quedarían afectados los derechos respecto de los hijos comunes. Asimismo me gustaría señalar que sorprende la obligatoriedad con la que prevé esta suspensión de derechos, máxime si tenemos presente que precisamente en el delito de violencia doméstica la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad se aplicará si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o del incapaz (art. 173.2)⁽⁸²⁾. Sería más adecuado, a nuestro juicio, que la suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancia respecto de los hijos, aun en esos casos, no se impusiese automáticamente sino que se dejase un margen de actuación al Juez para que valorase, siempre en interés de los hijos, la conveniencia o no de esta suspensión⁽⁸³⁾.

Ya para concluir la referencia a los cambios que experimentan estas prohibiciones, me gustaría señalar que la reciente reforma resuelve una cuestión de especial trascendencia, concerniente al inicio de su cumplimiento, momento este especialmente controvertido cuando al condenado le ha sido también impuesta por el mismo hecho una pena privativa de libertad. La supresión en el Código Penal de 1944 de la referencia que en el Código Penal de 1928⁽⁸⁴⁾ se hacía al momento de cumplimiento de la llamada prohibición de residencia, que se iniciaba una vez que se extinguía la pena principal, y la ausencia desde entonces de norma alguna que indique si estas prohibiciones han de ser cumplidas de forma sucesiva o simultáneamente a la pena que acompañan⁽⁸⁵⁾, había dejado semejante decisión, como de forma reiterada ha manifestado el

(81) Esta enmienda se mantiene en el Senado (enmienda, n.º 112), donde con el mismo tenor presenta el G. P. Entesa Catalana de Progrés la enmienda n.º 39.

(82) Asimismo téngase presente que la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de estos derechos podrá ser acordada respecto de todos o alguno de los menores, de acuerdo con la redacción que recibe el artículo 46 en el dictamen de la Comisión del Congreso.

(83) En este sentido presentó una enmienda el G. P. Mixto en el Congreso (enmienda n.º 39), que se reproduce en el Senado (enmienda n.º 3).

(84) Recordemos que la prohibición de residencia aparece por primera vez en este Código como una medida de seguridad (art. 106).

(85) Nótese que las previsiones contenidas en los artículos 73 y 75 del Código Penal sobre el cumplimiento simultáneo (regla general) y sucesivo, respectivamente, de las penas, únicamente se refiere a aquellos casos en los que la pluralidad de penas tiene origen en distintas infracciones y no en la misma.

Tribunal Supremo, a la discrecionalidad judicial⁽⁸⁶⁾. De ello se ha derivado una disparidad de criterios entre los órganos sentenciadores, e incluso en el propio Tribunal Supremo, en aquellos casos en los que el delito castigado con la prohibición de acudir o volver al lugar donde se cometió el delito o aquel en el que resida la víctima está también sancionado con una pena de prisión. Mientras en algunas sentencias se ha establecido el inicio del cumplimiento de la prohibición una vez que la pena de prisión ha sido cumplida (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1999 y de 22 de septiembre de 2000), en otras, se ha entendido preferible, teniendo en cuenta que durante el cumplimiento de una pena de prisión existe un acercamiento progresivo del penado a la vida en libertad (permisos ordinarios de salida, régimen abierto amplio, libertad condicional), el cumplimiento simultáneo de ambas penas (STS de 5 de diciembre de 1996), precisándose en la mayoría de las ocasiones que el cumplimiento simultáneo comenzaría sólo a partir del momento en el que el penado comienza a disfrutar de los beneficios penitenciarios (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1999, 2 de octubre de 2000 o 17 de abril de 2002). La LO 15/2003 ha optado en estos casos por que ambas penas se cumplan simultáneamente, evitando así el riesgo de acercamiento durante los permisos de salidas u otros beneficios penitenciarios. Pero dado que ello supone una merma de la eficacia preventiva de estas prohibiciones, se dispone al mismo tiempo que en el caso de que estas prohibiciones se acuerden con una pena de prisión el Juez fijará su duración por tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años si el delito fuera menos grave⁽⁸⁷⁾.

La *pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, a pesar de haber sido especialmente recomendada por el Consejo de Europa en su Resolución (76) 10, de 9 de marzo, sobre determinadas medidas penales sustitutivas de las penas privativas de libertad, estar avalada por los buenos resultados de su aplicación

(86) Véase especialmente la STS de 5 de diciembre de 1996 (Ponente: J.L. Manzanares Samaniego).

(87) No es la primera vez que nuestro legislador obra así, ya con ocasión de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, modificó el artículo 579, disponiendo que la pena de inhabilitación absoluta que se impone en los delitos de terrorismo tendrá una duración superior entre seis y veinte años a la pena de privación de libertad impuesta por esos mismos delitos. Se trataba con ello de evitar que la pena accesoria careciese de contenido alguno en caso de que la pena de prisión se cumpliera efectivamente.

en otros países de nuestro entorno cultural ⁽⁸⁸⁾ y haber gozado siempre de una buena acogida por parte de la doctrina penal española ⁽⁸⁹⁾, fue incorporada en el Código de 1995 con mucha prudencia. La propia complejidad de la ejecución de esta novedosa pena y la necesidad de implantar una nueva infraestructura a su servicio hicieron que esta pena no se recogiese en el Código como pena primaria u originaria sino únicamente como pena sustitutiva ⁽⁹⁰⁾. Además, bajo esta faceta aparece únicamente contemplada como posible pena sustitutiva de la pena originaria de arresto de fin de semana (art. 88.2) y de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53) ⁽⁹¹⁾ y no como pena sustitutiva de la pena de prisión, aun cuando se trata de una pena de gravedad intermedia entre las dos penas sustitutivas de la prisión (la pena de multa y la

(88) Esta pena se utiliza por primera vez en Gran Bretaña, donde se contempla como una pena principal, relativamente severa, que se aplica a aquellos delitos de mediana gravedad para los que se considera que la pena de multa es demasiado leve y una pena privativa de libertad demasiado gravosa. Concretamente los llamados *Community Service Orders* tienen su origen en una recomendación que la Comisión Wooton, encargada de buscar sustitutivos a la prisión para paliar el aumento de la población penitenciaria, realizó en su informe de 1970. Esta recomendación fue aceptada, incorporándose la pena de servicios a la comunidad en el *Criminal Justice Act* de 1972, e iniciándose una experiencia piloto que animaría a su aplicación en todo el Estado a partir del 1 de abril de 1975. Véase al respecto HUBER, B., “Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)”, *ADPCP*, 1994, p. 164; y de la misma autora, “Community service order como alternativa a la pena privativa de libertad en Inglaterra”, *ADPCP*, 1983, pp. 35 a 48. Más recientemente CID MOLINÉ, J., “El trabajo en beneficio de la comunidad”, en *Penas alternativas a la prisión*, ob. cit., pp. 93 y ss. Sobre su acogida en otros países de nuestro entorno, véase BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 23 a 39, quien expone las diferentes formas en que el trabajo en beneficio de la comunidad es utilizado como reacción penal (como pena originaria, como pena sustitutiva, como reacción frente al impago de la pena de multa, o como regla de conducta vinculada a la suspensión condicional de la ejecución de una pena privativa de libertad, en el marco de un procedimiento penal).

(89) ASÚA BATARRITA, A., “El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas”, *Estudios Deusto*, 1984, pp. 305 a 333; CUESTA ARZAMENDI, J.L. de, “La sanción de trabajo en provecho de la comunidad”, *RJL*, 1985-2, pp. 1067 a 1075. En la Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal se recogía la prestación de un trabajo de utilidad pública en sustitución tanto de las penas privativas de libertad inferiores a dos años como de la pena de multa (art. 74), en los mismos términos en que se había propuesto en la enmienda núm. 933 al PCP80, del Grupo Comunista.

(90) BOCG, Comisiones, n.º 639, de 17 de marzo de 1993, p. 19280.

(91) En la doctrina existe un debate abierto sobre si la pena de arresto de fin de semana y la pena de trabajo en beneficio de la comunidad son auténticas penas sustitutivas de la pena de responsabilidad personal por impago de multa o simples modos de cumplimiento de esta pena.

pena de arresto de fin de semana), y, por lo tanto, estando, por su contenido ⁽⁹²⁾, en mejor disposición para satisfacer las exigencias preventivas especiales, no habría nada que oponer desde la perspectiva de prevención general ⁽⁹³⁾. La decisión del legislador de reducir su ámbito de aplicación a la sustitución de las citadas penas provoca, si tenemos en cuenta el número reducido de infracciones en las que la pena de arresto de fin de semana está prevista como pena

(92) Brevemente conviene subrayar que esta pena, junto a una función no desocializadora y de prevención general, presenta un importante potencial resocializador, pues se exige en el reglamento que desarrolla las circunstancias de ejecución de esta pena (RD 690/1996) que la actividad de utilidad pública e interés social que realice el penado ha de tener un valor educativo; se sobreentiende que para el penado, si bien es cierto que durante la ejecución de la pena no se le ofrece al penado ningún tipo de ayuda en ese sentido. Sobre el contenido y características de esta pena véase, entre otros: BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, op. cit; PARES i GALLES, R., “La nueva pena de trabajos en beneficio de las comunidad”, *CPC*, 1998, pp. 155 a 166; ARANGUEZ SÁNCHEZ, C., “La pena de trabajos en beneficio de la comunidad”, *CPC*, 2000, pp. 7 a 43.

(93) No obstante, algunos autores se afanan en encontrar vías a través de las cuales una pena de prisión acabaría derivando en el cumplimiento de una pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Así, MOLINA BLÁZQUEZ, C., *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 72, considera que cuando la pena de prisión, por aplicación de las reglas de determinación de la pena inferior en grado, es inferior a seis meses y, como consecuencia de ello, obligatoriamente ha de procederse a su sustitución (art. 71.2), la pena que ha de aplicarse, bien una pena de multa bien una pena de arresto de fin de semana, es una pena originaria y, por lo tanto, sería posible su sustitución por otra pena (trabajo en beneficio de la comunidad) al no verse afectada por la prohibición de sustituir las penas sustitutivas (art. 88.4). Pero esta interpretación choca con el tenor literal del artículo 71.2 que habla de sustitución y remite a lo dispuesto en la sección dedicada a la sustitución de las penas privativas de libertad, quedando, por lo tanto, vinculada por la prohibición de sustituciones en cascada. Por su parte, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Las penas privativas de derechos”, *PJ*, 1999, n.º 53, p. 145, ha señalado que la aplicación de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad en sustitución de la pena de prisión resultaría si consideramos que, cuando la pena de multa que se ha impuesto en sustitución de la pena de prisión se incumple, no regresáramos a la pena sustituida (la pena de prisión) sino que entraría en juego lo dispuesto en el artículo 53, en virtud del cual es posible que una pena de multa impagada termine siendo cumplida en trabajos en beneficio de la comunidad. En nuestra opinión, semejante posibilidad también debe ser rechazada, al ser la sustitución de la pena de prisión por la pena de multa un supuesto específico que ya prevé la consecuencia del incumplimiento de la pena sustitutiva: la ejecución de la pena sustituida, que actuará igualmente como sanción reforzadora del pago de la multa. Además admitir este supuesto de sustitución sería ir en contra de la voluntad del legislador, dado que en la tramitación parlamentaria del Código Penal se rechazaron las enmiendas dirigidas a que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad fuese pena sustitutiva de la pena de prisión (enmienda n.º 19 del G. P. Vasco y del G. P. Mixto y enmienda n.º 687 del G. P. IU-IC).

primaria, que siempre que se proceda a la sustitución el Juez podrá elegir entre acordar la pena de trabajo en beneficio de la comunidad u otra pena (una pena de multa cuando la pena que se ha de sustituir es una pena de arresto de fin de semana, una pena de arresto de fin de semana cuando de la sustitución de una pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa se trata), que tanto la pena originaria de arresto de fin de semana como la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa son penas susceptibles de gozar de la suspensión de su ejecución (art. 80.1), y que la mayoría de la Comunidades Autónomas aún no cuentan con la infraestructura tanto personal como material necesaria para su ejecución⁽⁹⁴⁾, que estemos en presencia de una pena infrutilizada⁽⁹⁵⁾. La reforma llevada a cabo por LO 15/2003 pretende potenciar la aplicación de esta pena, configurándola como pena originaria —si bien en este punto también se anticipó la LO 11/2003 que la estableció como pena alternativa a la pena de prisión para las conductas del artículo 153— y ampliando su papel como pena sustitutiva, a lo que ha contribuido no sólo la valoración positiva que recibe esta pena sino también la supresión de la pena de arresto de fin de semana.

La pena originaria de trabajo en beneficio de la comunidad tiene un ámbito de actuación todavía muy reducido. Sólo se contempla ahora en el delito de robo y hurto de vehículo a motor, donde aparece en alternativa a la pena de multa⁽⁹⁶⁾, en el delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas, donde existe la posibilidad de que se pueda imponer conjuntamente con la pena de multa o con la

(94) El Ministerio de Interior esperó al 19 de mayo de 1997, casi un año después de la entrada en vigor del nuevo Código Penal, para firmar un convenio de colaboración con la FEMP, para la gestión del cumplimiento de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad. En función de este convenio, la FEMP se comprometía a difundir entre los Municipios españoles las peculiaridades de esta pena y a realizar las gestiones necesarias para que los Ayuntamientos se adhieran al mismo, una labor que en vistas de diversas noticias periodísticas no ha alcanzado todavía plenamente ese objetivo. Con igual fin, en el marco de la Comunidad Autónoma Catalana se celebró el 30 de julio de 1998 un Convenio de Colaboración entre el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña y la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas y la Federación de Municipios de Cataluña. Se ha dado el caso también de Municipios que han suscrito un acuerdo con este fin directamente con la Administración y no a través de la FEMP.

(95) El CGPJ en su *Informe sobre la aplicación del nuevo Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 62 señala que esta pena sólo se ha impuesto en 606 sentencias, a pesar de que se cuenta con 1.668 plazas permanentes de trabajo.

(96) En el anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, se contemplaba como pena única, lo que significaba dejar en manos del penado su cumplimiento, pues como sabemos la pena de trabajos en beneficio de la comunidad requiere que el penado preste su consentimiento a la misma.

pena de prisión, además de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor⁽⁹⁷⁾, y en el delito de quebrantamiento de la prohibición de aproximación a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez (art. 468.2)⁽⁹⁸⁾. En el marco de las infracciones penales leves está prevista en la nueva falta de incumplimiento de obligaciones familiares (art. 618.2), en la falta de amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve cuando entre el ofendido y el ofensor media un determinado vínculo familiar o asimilado (art. 620, p final), en la falta de deslucimiento de inmuebles (art. 626), la nueva falta contra la flora amenazada o sus propágulos (art. 632.1) y en la falta de maltrato a los animales (art. 632.2).

En su faceta de pena sustitutiva⁽⁹⁹⁾ la pena de trabajos en beneficio de la comunidad está prevista en todos los supuestos de sustitución en los que actúa la pena de arresto de fin de semana. En este sentido se presenta como posible pena sustitutiva en alternativa con la pena de multa de la pena de prisión que no excede de un año (art. 88.1 p. 1.º), de la pena de prisión que no excede de dos años, si bien en este caso no podrá imponerse de forma única sino conjuntamente con una pena de multa (art. 88.1 p. 2.º) y de toda pena de prisión que por aplicación de las reglas para la individualización del castigo resulte ser de una duración inferior a los tres meses (art. 71.2). Además la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es la única pena que podrá sustituir a la pena de prisión en el caso de que ésta se hubiera impuesto por un delito del artículo

(97) Hasta el dictamen de la Comisión del Senado también se propuso frente a la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, frente a la obstrucción a la justicia y en el delito contra el respeto a los difuntos, introduciéndose en el informe de la Ponencia del Senado para la distribución de moneda, sellos o efectos timbrados falsos por el adquirente de buena fe a sabiendas de su falsedad. En todos ellos desaparece tras el dictamen de la Comisión del Senado.

(98) Nótese que en la redacción de este artículo 468.2 se habla del quebrantamiento de las prohibiciones a las que se refiere el apartado dos del artículo 57, que a su vez nos remite al artículo 48.2, donde sólo se recoge la prohibición de aproximación.

(99) Se observa en la nueva redacción del artículo 88.2 una importante deficiencia técnica que merece ser destacada, aunque en este trabajo no se aborde la sustitución de unas penas por otras. Cuando ese precepto se refiere al incumplimiento de la pena sustitutiva y a la deducción en el tiempo de cumplimiento de la pena sustituida de la parte del tiempo de condena ya cumplida a través de la pena sustitutiva, sólo se refiere al descuento de las cuotas satisfechas, sin que para nada se mencionen a las jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad cumplidas.

173.2 (art. 88.1. 3^{er} párrafo) ⁽¹⁰⁰⁾. Asimismo no sólo conservará su papel como pena sustitutiva de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, sino que éste adquirirá más relevancia como consecuencia de que la otra pena que se ha previsto como pena sustitutiva de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, la pena de localización permanente, únicamente puede ser aplicada cuando la multa de cuyo incumplimiento se deriva la responsabilidad penal subsidiaria fue impuesta por una falta. Consecuentemente siempre que la multa impagada haya sido impuesta por delito, el Juez sólo podrá sustituir la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

En cuanto al contenido de esta pena, el nuevo artículo 49, a raíz de la enmienda n.º 233 del G. P. Popular en el Senado, establece que esas actividades de utilidad pública en las que puede prestar su cooperación no retribuida el condenado a esta pena “podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas”. No entendemos bien el porqué de esta precisión cuando una actividad semejante quedaría encajada perfectamente dentro de la definición reglamentaria de esta pena (art. 1 RD 690/1996), y menos que ese grupo parlamentario la justificase en la finalidad de permitir que el Juez pudiera ordenar ese tipo de trabajo, como si ello no fuese posible conforme a la normativa vigente.

Otra de las modificaciones que experimenta esta pena la encontramos en el artículo 33 y está referida a su duración. El anterior artículo 33.3.j) utilizaba la unidad de medida “horas” para distinguir la gravedad de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, teniendo la consideración de pena leve la pena de trabajo en beneficio de la comunidad de 16 a 96 horas y la de pena menos grave la pena de trabajo en beneficio de la comunidad de 96 a 384 horas. Esta graduación inusual de una pena no tenía trascendencia alguna, pues hasta el momento la pena de trabajos en beneficio de la comunidad sólo actuaba como pena sustitutiva. Sin embargo, la cosa cambiaría necesariamente de configurarse como pena originaria. De ahí que la LO 15/2003 emplee ahora la misma unidad de medida que se utilizaba en el artículo 40 para cifrar su duración, resultando ser pena leve cuando su duración abarca de 1 a 30 días [art. 33.4. h)] y pena menos grave cuando su duración abarca de 31 a 180 días [art. 33.3. k)]. Pero ello no despeja cierta confusión existente como consecuencia de la utilización cuando

(100) En este supuesto el juez o tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83; éstos son: la prohibición de acudir a determinados lugares y las prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima (art. 88.1. 3^{er} párrafo).

nos movemos en el terreno de las sustituciones de otra unidad de medida: la jornada de trabajo. Así nos encontramos cómo a tenor del artículo 53.1 p. 2.º un día de privación de libertad equivale a una jornada de trabajo y que de acuerdo con el nuevo artículo 88.1.p)1.º, un día de prisión será equivalente a una jornada de trabajo. En atención al artículo 49, donde se establece que la duración diaria de esta pena no podrá exceder de ocho horas, y al artículo 5 del RD 690/1996, en el que se dice que “cada jornada de trabajo tendrá una extensión máxima de ocho horas diarias y mínima de cuatro”, podría entenderse que las jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad son diarias, oscilando la duración de cada una de ellas entre 8 y 4 horas, de forma que una jornada de trabajo y un día de trabajo es lo mismo. Sin embargo, en aras de otorgar a la ejecución de esta pena de la flexibilidad necesaria para que su cumplimiento sea compatible con el desarrollo normal de las actividades diarias del penado, se permite que median-do justa causa el Juez o Tribunal autorice el cumplimiento de la misma de forma partida bien en el mismo o en diferentes días en periodos mínimos de dos horas (art. 5.2) ⁽¹⁰¹⁾. Consecuentemente nos vamos a encontrar con que una jornada de trabajo puede prolongarse más allá de un día y, por lo tanto, no siempre cabría identificar una jornada de trabajo con un día de trabajo. Esto nos lleva a entender como deseable y preferible que la duración de esta pena se mida por jornadas y no por días.

Nótese asimismo que la duración de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad que resulta del artículo 33 oscila entre uno y ciento ochenta días, sin embargo, su límite máximo de duración según el artículo 40 sería un año. Cabría preguntarnos, por tanto, cuál es realmente la extensión natural de esta pena. A nuestro juicio, su extensión natural como pena originaria sería la prevista en el artículo 33, operando el límite máximo de un año como el plazo máximo dentro del cual semejante pena puede ser cumplida, al considerarse que la sujeción al cumplimiento de esta pena durante más de un año es demasiado gravosa. En cambio, cuando actúa como pena sustitutiva, su extensión aumenta considerablemente, sin que entre en consideración el citado plazo máximo de cumplimiento, pues a tenor del nuevo número 5 del artículo 40 la duración de las penas previstas en este artículo regirán salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del Código. Esta excepcionalidad la encontramos en el marco de las sustituciones y así, por ejemplo, la duración de esta pena podría

(101) Crítico con la flexibilidad que ha adquirido la ejecución de esta pena se ha mostrado JORGE BARRREIRO, A., *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 223, al entender que es excesiva la discrecionalidad de los tribunales, pudiendo llegar a desnaturalizarse el sentido de esta sanción. Sin embargo, en nuestra opinión, ese aumento de la discrecionalidad de los tribunales está plenamente justificado, pues es la única forma de que las peculiaridades de los penados sean tenidas en cuenta, lo que de no ocurrir podría terminar causando en la vida del penado graves perjuicios.

llegar a cifrarse en setecientas treinta jornadas de trabajo en caso de que la pena sustituida sea una pena de prisión de dos años, que de ejecutarse diariamente significarían que el penado no podría extinguir su pena antes de dos años⁽¹⁰²⁾. Si la pena a la que sustituye es una pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, teniendo en cuenta que la extensión máxima de la pena de multa es de dos años y que en caso de la pena de multa a efectos de cómputo cada año tiene trescientos sesenta días (art. 50.4), nos encontraremos con que una multa incumplida de setecientos veinte días da origen a una pena de responsabilidad personal subsidiaria de trescientos sesenta días, que en caso de procederse a su sustitución podría, aplicando el módulo de equivalencia entre esta pena y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (un día de privación de libertad una jornada de trabajo en beneficio de la comunidad), dar lugar a una pena de trabajo en beneficio de la comunidad de igual extensión⁽¹⁰³⁾. Como vemos, en los casos en los que la pena de trabajo en beneficio de la comunidad se impone en sustitución de otra pena nos vamos a encontrar con que su duración se incrementa considerablemente, de forma que, al igual que ocurre con la pena sustitutiva de arresto de fin de semana, sólo podrá ser considerada una pena de menor gravedad en comparación con la gravedad de la pena a la que sustituye, pero no si la consideramos en sí misma. Esto hace, en nuestra opinión, deseable que el legislador reflexione de nuevo sobre la institución de la suspensión de la ejecución del resto de la pena que se recogiera en la PANCP (arts. 84 y 85), pues tantas jornadas de trabajo puede repercutir negativamente en el cumplimiento de esta pena.

También echamos de menos que la reforma llevada a cabo discrimine a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad respecto de las otras penas originarias previstas en el mismo, al no haber dispuesto un límite máximo extraordinario a su duración para los casos en que como consecuencia de aplicar las reglas para determinar la pena superior en grado resulte una pena de trabajo en

(102) Asimismo, téngase presente que cada jornada de trabajo puede llegar a alcanzar ocho horas y como mínimo cuatro horas, de forma que el penado puede llegar a tener que cumplir entre 2.920 y 5.840 horas, cuando el máximo de cumplimiento en el Derecho comparado suele ser de 240 horas.

(103) CID MOLINÉ, J., “El trabajo en beneficio de la comunidad”, en *Penas alternativas a la prisión*, ob. cit., p. 107, nos advierte sobre la necesidad, dado que la pena de trabajo en beneficio de la comunidad es de mayor gravedad que la pena de multa, de que la equivalencia entre una y otra no supusiese una mayor afección de derechos. En este sentido él propone que un día-multa no equivalga a más de una hora de trabajo. Se estaría hablando, por tanto, de un máximo de 360 horas por el impago de una multa de dos años que contrasta con el mínimo de 1.440 horas o el máximo de 2.880 horas que resulta para la misma pena aplicando la normativa vigente.

beneficio de la comunidad cuya duración supera el límite de los 180 días de trabajo. Esta situación se podría dar en el caso del nuevo artículo 468.2.

Sobre la ejecución propiamente dicha de esta pena, se llevan a cabo dos importantes cambios, uno relativo al órgano competente para controlar el cumplimiento de esta pena, el otro referente a las causas de incumplimiento de la misma.

Se hace eco el legislador del parecer de la doctrina conforme al cual es preferible que sea el Juez de Vigilancia Penitenciaria, y no el Juez o Tribunal sentenciador, el encargado de controlar la ejecución de la misma, dado que se trata de una pena que requiere un continuado seguimiento⁽¹⁰⁴⁾. Sobre esta cuestión ya se había discutido durante la tramitación del Proyecto de Código Penal de 1994, decantándose finalmente el legislador en aquel momento a favor de que fuese el órgano sentenciador el competente debido a la escasez de jueces de vigilancia penitenciaria y a la sobrecarga de trabajo que ello implicaría para éstos⁽¹⁰⁵⁾. Veremos si en el futuro los Jueces de Vigilancia Penitenciaria pueden asumir esta competencia sin que ello repercuta negativamente en el ejercicio de sus funciones en el ámbito de las penas y medidas privativas de libertad. Por otra parte, la facultad que tenía el órgano sentenciador de solicitar informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración o entidad en que se preste el servicio, se transforma ahora en una obligación para el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

En relación al régimen de incumplimiento de esta pena, debería señalarse en primer lugar que se resuelve el problema de legalidad que plantea el hecho de que las causas de incumplimiento de esta pena no se establezcan en el Código Penal sino en el reglamento de desarrollo de las circunstancias de ejecución de esta pena y de la pena de arresto de fin de semana, a pesar de que de ellas se

(104) En este sentido se habían pronunciado, por ejemplo, MANZANARES SAMANIEGO, J.L. y ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, B., "La ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana: El Real Decreto 690/1996, de 26 de abril", *AP*, 1996, p. 490; PARES i GALLES, R., "La nueva pena de trabajos en beneficio de la comunidad", art. cit., p. 165; ARANGUEZ SÁNCHEZ, C., "La pena de trabajos en beneficio de la comunidad", art. cit., pp. 29 y 30. También el CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de LO de Reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre*, ob. cit., p. 18, considera más razonable esta opción.

(105) Fue el G. P. Catalán quien en el Senado presentó una enmienda (n.º 163) dirigida a asignar el control de la ejecución de esta pena a los jueces de vigilancia penitenciaria. Y aunque fue rechazada para no sobrecargar de trabajo a estos juzgados, el G. P. Socialista sugirió que, en un futuro, podría crearse una nueva figura, el juez de ejecución de penas, dedicada al control del cumplimiento de todo tipo de penas. (BOCG, Senado, Comisión de Justicia, n.º 255, de 9 de octubre de 1995, p. 39 y BOCG, Senado, Pleno, n.º 93, de 21 de octubre de 1995, p. 4783).

deriva la ejecución de una pena privativa de libertad (art. 53 y 88). Igualmente se recoge en el futuro artículo 49.7.^a el contenido del artículo 9 del citado RD, relativo a las ausencias justificadas⁽¹⁰⁶⁾. Además, ya no se dice que los Servicios Sociales Penitenciarios comunicarán al Juez el incumplimiento de la pena sino las incidencias relevantes de su ejecución, y, en todo caso, si el penado realiza las conductas descritas en las letras siguientes. Esta modificación, fruto de la enmienda n.º 146 del G. P. Popular en el Congreso⁽¹⁰⁷⁾, como éste afirmara en la justificación que de la misma hizo, va a significar una mejora técnica en la redacción del precepto, pues sólo el Juez de Vigilancia Penitenciaria es el competente para afirmar si se ha incumplido la pena. Pero al mismo tiempo incide de nuevo, y de forma negativa, en la indeterminación de las causas determinantes del incumplimiento con grave riesgo para la seguridad jurídica. Precisamente si en algo ha insistido con mayor fuerza la doctrina a la hora de tratar el incumplimiento de esta pena era en resaltar la amplitud e indeterminación de las causas determinantes de su incumplimiento⁽¹⁰⁸⁾. Paradigmática en este sentido, es aquella que permite que por cualquier otra razón, no descrita en el precepto, su conducta fuera tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro, que como ha afirmado LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, permitiría toda clase de abusos⁽¹⁰⁹⁾. Esta causa de incumplimiento que a raíz de la observación que el CGPJ formuló al respecto⁽¹¹⁰⁾ fue sustituida en el proyecto por la relativa a que su conducta fuese contraria a las normas de obligado cumplimiento del centro, reapareció incomprensiblemente para quedarse tras el informe de la Ponencia del Congreso. De esta forma, en relación al contenido del régimen de incumplimiento de esta pena sólo hemos percibido dos aspectos positivos en esta reforma. De un lado, nos encontraremos con que las incidencias que tienen lugar durante el cumplimiento de la pena ya no conducirán irremediabilmente a un incumplimiento de esta pena, sino que el Juez

(106) Artículo 9. *Ausencias justificadas*.

Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto.

(107) BOCG, CD, Serie A, n.º 145-11, de 7 de julio de 2003.

(108) Véase detalladamente ARANGUEZ SÁNCHEZ, C., “La pena de trabajos en beneficio de la comunidad”, art. cit., pp. 34 a 36.

(109) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Las penas privativas de derechos”, *PJ*, 1999, n.º 53, p. 149.

(110) CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de LO de Reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre*, ob. cit. p. 19.

de Vigilancia Penitenciaria podrá decidir que la pena se siga cumpliendo en el mismo centro en el que se estaba cumpliendo o en otro. De otro lado, se atenúa la gran rigidez que supone que esta pena se entienda incumplida cuando el penado se ausenta del trabajo o lo abandone injustificadamente. La línea que marca la LO 15/2003 es la de exigir no sólo que el penado se ausente al menos dos jornadas laborales, sino que además ello suponga el rechazo voluntario por parte del penado al cumplimiento de esta pena, como recomendaba CID MOLINÉ⁽¹¹¹⁾.

Se establece también en el nuevo artículo 49 que del incumplimiento de esta pena se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468. En nuestra opinión, como expusimos ya en relación a la pena de localización permanente, esta previsión es innecesaria para que entre el juego el artículo 468, o ¿es que acaso cada vez que el legislador regula una pena nos remite al artículo 468? No, y ello no significa que no se haya podido cometer un delito de quebrantamiento de condena.

Una última observación que me gustaría hacer es la concerniente a la ausencia de una respuesta legal a los casos en los que una vez que el Juez condena a esta pena, resulta, por diversas causas que se dan a lo largo de su ejecución, que la misma no se va a cumplir. ¿Qué ocurrirá si el penado que ha consentido la aplicación de esta pena, no consiente realizar ninguno de los trabajos que le ofrecen los servicios sociales penitenciarios?, ¿qué pasará si a raíz de la entrevista, los servicios sociales consideran, en atención a las condiciones personales, sociales o familiares, que esta pena es de difícil o imposible ejecución para el penado? y ¿qué sucederá si la Administración Penitenciaria no se encuentre en disposición de facilitar ningún trabajo al condenado?, ¿cabría en este caso suspender condicionalmente la ejecución de la pena o se haría responsable al penado de la falta de previsión de la Administración?

IV. PENA DE MULTA

La *pena de multa*⁽¹¹²⁾ experimenta menos cambios de los que cabría esperar si tenemos en cuenta que el Grupo Parlamentario Popular, artífice de esta reforma, se ha manifestado en diferentes ocasiones en contra de la multa pro-

(111) CID MOLINÉ, J., “El trabajo en beneficio de la comunidad”, art. cit., p. 115.

(112) Sobre esta pena MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *La pena de multa*, Excma. Mancomunidad de Cabildos, 1977.

porcional ⁽¹¹³⁾. Ahora, según se dice en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de LO por el que se modifica la LO 10/1995, su mantenimiento es necesario para aquellos casos en que la naturaleza del delito, su consecuencia económica o el enriquecimiento que persigue el autor justifican una pena proporcional desde un punto de vista económico ⁽¹¹⁴⁾.

La pena de días-multa conserva todo su esplendor en la reforma, produciéndose además un verdadero incrementado de su ámbito de aplicación no sólo, aunque sí muy especialmente, como consecuencia de la supresión de la pena de arresto de fin de semana, sino también a raíz de que otra de las penas por las que apuesta el legislador para hacer frente al vacío punitivo que dejaría la desaparición de la citada pena, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, no se puede imponer sin el consentimiento del penado. De ahí la necesidad de que en el tipo penal siempre exista otra pena por la que pueda optar el Juez para evitar que la falta de consentimiento del penado determine la impunidad del hecho, siendo casi siempre ésta la pena de días-multa. En su faceta de pena sustitutiva es donde más se va a notar este mayor protagonismo, pues, primero, la alternativa que se ofrece a la pena de multa para sustituir a la pena de prisión que no excede de un año es la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, que como ya destacamos es una pena cuya aplicación depende del consentimiento del penado, y segundo, siempre que el Juez decida acordar la sustitución de la

(113) Recordemos, por ejemplo, que este Grupo Parlamentario presentó al Proyecto de CP de 1992 y al Proyecto de CP de 1994 sendas enmiendas dirigidas precisamente a suprimir la multa proporcional del sistema de penas (Enmiendas n.º 905 y n.º 907, BOCG, Serie A, n.º 102-7, de 11 de febrero de 1993, y enmiendas n.º 266 y 267, BOCG, Serie A, n.º 77-6, de 6 de marzo de 1995).

(114) El CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992*, ob. cit., p. 724, justificaba su mantenimiento, ante la necesidad de dar una respuesta a aquellos casos en los que infracciones administrativas, idénticas cualitativamente al delito aunque de menor gravedad, se hallaban sancionadas con multas que superan los límites máximos de la multa por cuotas. Pero, como ha afirmado CERESO MIR, J., "Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995", *RJL*, 1996-3, p. 1473, la solución a ese problema no descansa en el mantenimiento de la multa proporcional "sino en un replantamiento general de los límites entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo", pues si la multa proporcional se fija en atención al daño causado, éste será objeto de una doble valoración al ser ya parte del contenido del injusto (desvalor de resultado), sin olvidar que la recuperación de los beneficios reportados por el delito se realiza por la vía del decomiso (arts. 127 y 128). También crítico respecto a la multa proporcional se ha mostrado, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "Comentarios al Anteproyecto de Código Penal de 1992 (II)", *AP*, 1992, n.º 23, p. 218. No así, otros autores, entre ellos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Penas pecuniarias. El sistema de los días-multa", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, ob. cit., pp. 106 y 107.

pena de prisión que no exceda de dos años, la pena sustitutiva no es otra que una pena de multa, ya sea única o conjuntamente con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88.1). Donde sí podría perder algo de terreno es en su aplicación obligatoria por vía del artículo 71.2, al decretarse ésta únicamente para las penas de prisión cuya duración, tras aplicar las reglas para la determinación de la pena inferior en grado, no llega a los tres meses.

En cuanto a su extensión, se produce una ligera elevación de su límite mínimo de duración, de cinco días se pasa a diez días, y coherentemente se modifica este límite en la clasificación de las penas del artículo 33 y la extensión de la pena de días-multa con la que se castiga la pena de la falta de daños en su modalidad básica, para así subsanar el error en el que había incurrido el legislador de 1995 al establecer la duración mínima de la misma por debajo del límite mínimo de su extensión natural (art. 625.1). La elevación del límite mínimo de su extensión natural responde, a nuestro juicio, a la intención de evitar que la cuantía de la pena de días-multa sea irrisoria y demasiado gravosa para la Administración de Justicia; pensemos por ejemplo, que hasta la entrada en vigor del euro cabía imponer una pena de días-multa de mil pesetas, ahora con el redondeo, unos cinco céntimos más, resultando una pena escasamente preventiva que además en los casos en los que no se pagaba voluntariamente obligaba a poner en marcha el procedimiento de la vía de apremio con todo lo que ello implica.

La reforma como era de esperar trata de desterrar nominalmente del código a las antiguas pesetas y sustituirlas por la moneda en curso legal, el euro. Pero no se limita a realizar una mera redenominación de las pesetas en euros⁽¹¹⁵⁾, sino que actualiza las cuantías dinerarias. Así, por lo que afecta a la pena de días-multa, se establece que la cuota diaria tendrá un mínimo de dos euros y un máximo de cuatrocientos⁽¹¹⁶⁾.

En relación al cumplimiento de esta pena, se presenta como novedosa la posibilidad de que el Juez, por causa justificada, autorice el pago de la multa

(115) Véase ROCA AGAPITO, L., “¿Bienvenida del euro? Algunos problemas que plantea en el Derecho Penal la llegada del euro”, *RJL*, 2002-2, D-47, pp. 1777 a 1781.

Además, se destierra del código la referencia al “ecu” que se hace en los artículos 305.3, 306, 309, 627 y 628.

(116) Crítico con las nuevas cuantías de la cuota diaria de esta pena se ha manifestado ROCA AGAPITO, L., “Los anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas”, art. cit., p. 4. Teniendo presente la regulación de esta pena en el Derecho alemán, señala este autor que la magnitud propuesta resulta insuficiente para abarcar las diferencias económicas que existen en nuestra sociedad, lo que le lleva a proponer que se incremente el máximo de la cuota diaria y se reduzca su mínimo. Concretamente propone que la cuota diaria de la pena tenga un mínimo de un euro y un máximo de tres mil euros.

dentro de un plazo que no exceda de dos años a contar desde la firmeza de la sentencia (art. 50.6) ⁽¹¹⁷⁾. A través de este aplazamiento del pago, que vendría a ser una especie de suspensión de la ejecución de la pena, se trataría de favorecer el cumplimiento de esta pena para reducir las posibilidades de tener que acudir a la aplicación de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Asimismo, la nueva redacción que se propone del artículo 50.6 deja claro que esta pena puede ser pagada en una sola vez o en plazos. En el caso de que se opte por esta última modalidad de pago, establece el precepto que el impago de dos de los plazos será determinante del vencimiento de los restantes. Esto significa que el condenado tendrá que abonar el montante de la multa en una sola vez y si no lo hace voluntariamente se procederá a la vía de apremio.

La LO 15/2003 incide también sobre la posibilidad de modificar el importe de la cuota de multa durante la ejecución de la misma. En la redacción anterior del artículo 51, semejante modificación sólo era posible en el caso de que el penado empeorase de fortuna y consecuentemente el sentido de la misma era el de reducir el importe de la cuota. Esto cambia con la citada Ley, donde se permite una reforma *in peius* del fallo de la sentencia, al disponerse que la posibilidad excepcional de modificar el importe de las cuotas podrá entrar en juego siempre que varíe la situación económica del penado y, por tanto, se habla no ya de reducir sino de modificar el importe de las cuotas ⁽¹¹⁸⁾. Consideramos, sin embargo, positivo el hecho de que también se pueda modificar los plazos para el pago de la multa.

Con respecto a la pena de multa proporcional, se aclaran algunas dudas que sobre la misma existían a tenor de la regulación anterior a la reforma, respecto de las cuales ya se había pronunciado principalmente la doctrina a favor de proceder a la aplicación analógica a esta modalidad de la pena de multa de las reglas previstas para la pena de días-multa. En este sentido expresamente se recoge en el artículo 52 la posibilidad de que pueda autorizarse su pago en plazos y de que pueda modificarse su *quantum* con posterioridad a la sentencia. Sorprendentemente, en este caso, el legislador propone el mismo sistema que rige hoy para la pena de días-multa, es decir, que la modificación de la cuantía

⁽¹¹⁷⁾ LAMO RUBIO, J. de, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Bosch, 1997, p. 188, nos da cuenta de que en la práctica forense diaria se suele conceder el aplazamiento del pago de la pena de multa cuando median razones serias debidamente acreditadas como motivos laborales o pago de otras atenciones prioritarias.

⁽¹¹⁸⁾ En este sentido LAMO RUBIO, J. de, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 188. Favorable a la nueva redacción MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Penas pecuniarias. El sistema de los días-multa", art. cit., p. 104. También en la tramitación parlamentaria se han propuesto sendas enmiendas en contra de esta modificación (enmienda n.º 79 del G. P. Socialista y enmienda n.º 168 del G. P. Catalán, BOCG, Serie A, n.º 77-6, de 6-3-1995).

de la multa proporcional sólo podrá producirse si la situación económica del penado empeora. Esta diferencia de tratamiento a estos efectos entre una y otra modalidad de la pena de multa sólo se explica por las prisas que tenía el Gobierno en aprobar esta Ley. En el nuevo artículo 52.3 se establece un límite a la reducción de la cuantía de la multa proporcional, de forma que no podrá verse reducida por debajo del marco penal de la pena típica. Esta precisión es en este caso obligatoria, pues a diferencia de la cuantía de las cuotas de la pena de días-multa, que sólo responde a la situación económica del penado, la cuantía de la pena de multa proporcional está en función también del daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo y de las circunstancias agravantes o atenuantes que concurran. De ello se desprende que si se modificase la cuantía por debajo del límite de su marco penal se estaría imponiendo una nueva pena.

V. BREVE REFERENCIA A LAS REPERCUSIONES DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 33

Finalmente, me gustaría señalar que la reforma persigue armonizar la gravedad de las penas dispuesta en el artículo 33 del CP con la distribución de competencias entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial. Como se recordará, el Código Penal de 1995 abandonó la clasificación bipartita de las infracciones penales que imperaba desde el Código Penal de 1932, retornando al criterio anterior, de impronta francesa y presente en nuestros códigos decimonónicos, de distinguir en función de la gravedad de la pena entre delitos graves, delitos menos graves y faltas. Esta distinción iba a servir de criterio para asignar la competencia objetiva a determinados órganos judiciales y en consonancia con ella el Código de 1995 modificó el artículo 14.3 de la LECr⁽¹¹⁹⁾ en el sentido de atribuir el conocimiento de los delitos menos graves a los Juzgados de lo Penal, de forma que las Audiencias Provinciales pasarían a conocer de los delitos graves (es decir, aquellos para los que la ley establece una pena grave —art. 33.2 y art. 13.1— y aquellos cuya pena, por su extensión, puede a la vez

(119) Se incurrió en la lamentable omisión de no proceder a la modificación del n.º 1 de ese artículo, con el fin de adaptar la competencia de los jueces de instrucción y de los jueces de paz en materia de faltas a la LO 10/1995, de 23 de noviembre. La subsanación de esta omisión llegaría con la LO 26/1998, de 10 de noviembre, produciéndose una posterior modificación por LO 14/1999, de 9 de junio.

incluirse entre las penas graves y las menos graves —art. 13.4—⁽¹²⁰⁾. Se produjo con ello una descompensación en la competencia de estos órganos jurisdiccionales, que repercutió en una sobrecarga de trabajo en las Audiencias Provinciales⁽¹²¹⁾, pues hasta la entrada en vigor del Código de 1995 los Juzgados de lo Penal conocían de las causas castigadas con pena privativa de libertad no superior a seis años (a tenor de la nueva redacción del precepto hasta tres años) o con pena de multa (de las que seguirán conociendo) o con la privación del permiso de conducir (a partir de ese momento siempre que no supere los seis años de duración) o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza siempre que su duración no excediera de 6 años (éstas se quedarían reducidas tras la modificación a aquellas cuya duración no supere los tres años o en el caso de la pena de privación del derecho de tenencia y porte de armas ésta no supere los seis años). Esta indeseable situación, advertida por el CGPJ en el informe de su Comisión Permanente de 28 de mayo de 1996, llevó al legislador a la aprobación de la Ley 36/1998, de 10 de noviembre, que volvió en este punto al criterio anterior de la LECr, si bien se reduce en un año la duración de las penas privativas de libertad (cinco años en lugar de seis) y se amplía de seis a diez años la duración del resto de las penas que determinan la competencia de los Juzgados de lo Penal⁽¹²²⁾. Como consecuencia, la clasificación que de las penas se hacía en el artículo 33 del Código Penal dejaba de tener el significado procesal que se le quiso dar y que ahora el legislador ha pretendido recobrar al elevar de tres a hasta cinco años la duración de la pena de prisión considerada

(120) Al venir la competencia judicial determinada por el tipo de infracción penal (delito grave, delito menos grave o falta) y no por la extensión de la pena, se ponía fin a la controversia que había originado la anterior redacción del artículo 14.3. Concretamente la problemática interpretación de la expresión “delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a seis años”, uno de los criterios de los que se hacía depender el conocimiento y fallo de la causa por los Juzgados de lo Penal, que había conducido a unos a defender que la pena que se había de tener en cuenta era la pena abstracta prevista en el tipo penal mientras para otros sería la pena concreta, resultante de tomar en consideración el grado de ejecución del delito, la forma de participación o las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. No obstante, el TS a partir de su Auto de 9 de octubre de 1992, al que le sigue la Sentencia de 26 de enero de 1993, adopta el criterio conforme al cual la pena que atribuye la competencia objetiva es la pena abstracta prevista en el tipo.

(121) Y era de esperar asimismo que incidiera en el número de recursos de los que conoce el Tribunal Supremo. Véase GIMENO SENDRA, V., “La aplicación procesal del nuevo Código Penal”, *RJL*, 1996-6, p. 1624; GISBERT GISBERT, A., “La competencia de los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales y artículo 57 del Código Penal”, *Revista General del Derecho*, 1996, p. 12895; HERNÁNDEZ GALILEA, J., “Repercusiones procesales del nuevo Código Penal”, *Revista Jurídica de Asturias*, 1997, pp. 72 y 73.

(122) Los Jueces de lo Penal siguen siendo competentes en los delitos que lleven aparejada una pena de multa independientemente de la cuantía de la misma.

pena menos grave⁽¹²³⁾. Pero como no se produzca una correlativa reforma en la LECr a imagen de la que llevó a cabo la LO 10/1995, de 23 de noviembre, en su disposición final primera, no se logrará la finalidad perseguida por el legislador de que las Audiencias Provinciales conozcan de los delitos graves y los Juzgados de lo Penal de los delitos castigados por penas menos graves⁽¹²⁴⁾. Y ello será así en la medida en que en la LO 15/2003 se eleva también hasta los cinco años la duración del resto de las penas que tienen en el Código anterior a la

(123) El G. P. Socialista considera esta elevación y la consideración de pena menos grave a una pena privativa de libertad de hasta cinco años una barbaridad, que perpetúa la pérdida de las garantías que experimentó el justiciable al ser atribuido a un juez unipersonal el conocimiento de los delitos castigados con penas de hasta cinco años (BOCG, Congreso de Diputados, Comisión de Justicia e Interior, n.º 802, p. 25322). Recordemos que este Grupo Parlamentario había defendido la clasificación tripartita de las penas precisamente para que se proyectase sobre los procedimientos penales, de forma que el procedimiento ordinario, el más garantista, quedase reservado a los delitos más graves, el procedimiento abreviado, también garantista pero de mayor brevedad, se destinará a los delitos menos graves y el juicio de faltas, mucho más breve, a éstas (BOCG, Comisiones, 1995, n.º 495, pp. 15036 y 15037).

El G. p. Popular ha cambiado de criterio en este punto respecto al que sostenía en las discusiones del Proyecto de LO de CP de 1994, donde arremetía contra la clasificación tripartita que proyectaba el G. P. Socialista al considerar que no tenía efecto alguno y que las consecuencias procesales de las que hablaba este último grupo ya se producían sin necesidad de semejante clasificación en el código (BOCG, Comisiones, 1995, n.º 495, pp. 15032 y 15036).

(124) Ésta es la finalidad a la que según la Exposición de Motivos de la Ley responde la modificación llevada a cabo. Curiosamente, sin embargo, el Ministro de Justicia, en la presentación que hace en el Congreso de Diputados del proyecto, no alude en ningún momento a ella, justificando la misma en la evitación del exceso de rigidez y de rigor que supone, a su juicio, la división que hace el código entre delitos graves y delitos menos graves, que impide que se aplique la sentencia y su ejecución a las circunstancias concretas del caso, repercutiendo negativamente en el penado al impedir tanto su reinserción social como la adecuación de la condena a la conducta observada y las circunstancias del hecho (BOCG, Congreso de Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 2003, n.º 255, p. 13174). Parece desconocer el Sr. Ministro que la clasificación de las penas del artículo 33, más allá de su reconocida finalidad procesal, sólo produce efectos en el campo de la cancelación de los antecedentes penales (que si bien tiene mucho que ver con la reinserción del penado actúa una vez que el penado ha extinguido su responsabilidad criminal) y de la prescripción de la pena, siendo la pena prevista en el tipo la que se adaptará a las circunstancias concretas del caso. Por su parte, la Exposición de Motivos del respectivo anteproyecto junto al deseo de armonizar el precepto del Código con el artículo 14.3 de la LECr atribuye este cambio a la incidencia del mismo en la aplicación de determinados preceptos relativos al cumplimiento de las penas graves. Parece como si estuviera pensando en la previsión del artículo 36.2 fruto de la LO 7/2003, de 30 de junio, a cuyo tenor cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

reforma la consideración de penas menos graves hasta los tres años y hasta ocho las que llegaban a los seis años como pena menos grave, sin tener en cuenta que en la LECr en relación con estas otras penas utiliza para la determinación de la competencia objetiva otro límite temporal (hasta los diez años). Así, por ejemplo, nos encontraremos con que el enjuiciamiento del delito de imposición de sanciones o privaciones indebidas del artículo 533 sería de la competencia de los Juzgados de lo Penal ya que tiene asociada una pena abstracta de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, una pena que a tenor del nuevo artículo 33.2.c) y artículo 13.4 tiene la consideración de pena grave, y, por tanto, un delito grave sería juzgado no por la Audiencia Provincial, como dice pretender la reforma, sino por un Juzgado de lo Penal. Lo mismo ocurre en el delito de censura ilegal (art. 538), cuya pena típica es la de inhabilitación absoluta de seis a diez años, otro delito grave [art. 33.2. b)], que, sin embargo, al no exceder la duración de la pena de los diez años, resultaría de la competencia también de los Juzgados de lo Penal. Y en semejante situación se encuentran los delitos de prolongación ilegal de la privación de libertad (art. 530), incomunicación ilegal (art. 531), intercepción de correspondencia (art. 535), escuchas ilegales (art. 536), entre otros ⁽¹²⁵⁾.

El cambio de los límites que sirven de frontera entre penas graves y penas menos graves —entre delitos graves y menos graves— va a tener también sus repercusiones en el campo de la prescripción y de cancelación de antecedentes penales.

Por lo que se refiere a la prescripción de los delitos, la nueva redacción que se le otorga a los párrafos 4.º y 5.º del artículo 131.1 evita que la clasificación de las penas del nuevo artículo 33 comporte un cambio de criterio respecto al tiempo que debe transcurrir para que los delitos prescriban. El párrafo 4.º antes citado establecía en su redacción anterior que prescriben a los cinco años los delitos graves no referidos en los tres párrafos que les preceden, es decir, aquellos que se castigan con una pena de prisión de más de tres años y hasta cinco, con una pena de inhabilitación de más de tres años y hasta seis y con cualquier otro tipo de pena grave que no sea ni prisión ni inhabilitación. Por su parte, el párrafo 5.º disponía que los delitos menos graves prescriban a los tres años. A tenor del nuevo párrafo 4.º del artículo 131.1, los delitos castigados con la pena

(125) Otra repercusión de la catalogación de la pena que se realiza en el artículo 33 se encuentra en el marco del recurso de apelación referido a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional. De acuerdo con el nuevo apartado 5 de la disposición adicional 5.ª de la LOPJ, introducido por la LO 7/2003 cuando la resolución objeto del citado recurso pueda dar lugar a la excarcelación del interno y se trate de condenados por delitos graves el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión.

de prisión y la pena de inhabilitación comprendidas en este párrafo 5.º seguirán prescribiendo a los cinco con la entrada en vigor la LO 15/2003, a pesar de que dejarán de ser considerados delitos graves, por pasar a ser concebidas las penas con las que se castigan como penas menos graves. Precisamente, este cambio en la apreciación de su gravedad explica la redacción que se le otorga al párrafo 5.º del citado artículo 131.1, donde se especifica que no todos los delitos menos graves prescriben a los tres años, sino los restantes (es decir, los que no quedan comprendidos en el párrafo 5.º del artículo 131.1). No obstante lo dicho, en el caso de la pena de inhabilitación, es posible apreciar un cambio por lo que a la prescripción de los delitos castigados con esta pena se refiere. El párrafo 3.º del artículo 131.1, en su nueva redacción, equipara la duración de la pena de inhabilitación a la de la pena de prisión para los delitos que prescriben a los diez años, de forma que los delitos castigados con pena de inhabilitación de más de cinco años y que no exceda de diez años pasarán a prescribir a los diez años, mientras antes de la reforma esto sólo ocurría si la pena de inhabilitación superaba los seis años, prescribiendo los castigados con una pena de inhabilitación de más de cinco años pero que no superaran los seis a los cinco años⁽¹²⁶⁾. Asimismo, habría que señalar que como consecuencia de los cambios de redacción operados, los delitos castigados con penas graves distintas de la prisión y de la inhabilitación no tienen señalado un plazo de prescripción.

La nueva clasificación de las penas, en cambio, otorga al artículo 133.1 un contenido distinto. Se mantiene inalterable que las penas graves distintas de la prisión de más de cinco años y de la inhabilitación de más de seis prescriben a los diez años y que las penas menos graves lo hacen a los cinco. Pero a raíz, como digo, de las modificaciones que sufre el artículo 33, el concepto de pena grave y menos grave cambia y, por tanto, no todas las penas que tenían señalado como plazo de prescripción los diez o a los cinco años lo van a tener a partir de la entrada en vigor la LO 15/2003. Dado que el cambio se ha realizado ampliando por arriba el límite de duración de las penas menos graves, nos vamos a encontrar con que se ha reducido el tiempo de prescripción de muchas penas. Así, por citar algunos ejemplos, la pena de prisión de más de tres años y menos de cinco que prescribía a los diez años, pasaría a prescribir a los cinco como consecuencia de haber elevado el límite de separación entre pena grave y menos grave de prisión a los cinco años; la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas que eran penas graves cuando excedían de seis años, y, consecuentemente, prescribían a los diez años, tendrán un plazo de prescripción de

(126) Nótese que entre las modificaciones que ha sufrido el artículo 133.1, relativo a la prescripción de las penas, no se encuentra la de equiparar la duración de las penas de inhabilitación y de prisión a los efectos de la prescripción.

cinco años si su duración oscila entre un año y un día y ocho años; la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, las prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima u otras personas determinadas por el Juez y la suspensión de empleo o cargo público que cuando superaban los tres años eran consideradas penas graves y, por tanto, quedaban sujetas al plazo de prescripción de los diez años, tras la reforma tienen que exceder de los cinco años para que ese plazo de prescripción sea aplicable.

Situación parecida a la que acabamos de describir se produce cuando en el campo de la cancelación de los antecedentes penales nos movemos. Como sabemos, una de las condiciones de las que se hace depender el reconocimiento del derecho a la cancelación de los antecedentes penales es el transcurso sin delinquir de un determinado plazo de tiempo, que es diferente dependiendo normalmente del carácter grave, menos grave o leve de la pena que se haya impuesto (art. 136.1.2.2.º). Aunque la LO 15/2003 no modifica ciertamente el artículo 136.1.2.2.º su contenido resulta afectado también por el artículo 33, de forma que aquella parte de las penas que eran consideradas penas graves, pero que con la entrada en vigor de la citada Ley devienen penas menos graves, ven reducido el plazo de tiempo sin delinquir para poder obtener la cancelación de sus antecedentes penales.

APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA CLÁUSULA LEGAL DE EXENCIÓN DE LA PENA POR REGULARIZACIÓN EN EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

MIGUEL ÁNGEL IGLESIAS RÍO

*Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Burgos*

I

La cláusula de la regularización fiscal prevista en el delito de defraudación tributaria (art. 305-4 del Código penal) conduce a la completa exención de pena, siempre que el contribuyente transparente su situación antes de que interengan algunos de los supuestos de bloqueo enumerados en dicho precepto ⁽¹⁾.

Este generoso beneficio penal se encuentra ligado a un conjunto de presupuestos heterogéneos de naturaleza criminológica, sociológica y económico-política, cuya complejidad obliga a una aproximación a este ámbito desde un enfoque integral, más allá del puramente dogmático, respecto del que, dicho sea de paso, apenas existen puntos de consenso aceptados de modo incontrovertible.

No es infrecuente indentificar esta figura con la expresión “*autodenuncia*”, según la traducción literal del término alemán *Selbstanzeige*, contenido en el §371 de la Ordenanza Tributaria Alemana (Abgabenordnung, AO). Posible-

(1) Los planteamientos defendidos en esta aportación han sido desarrollados con mayor amplitud y profundidad en mi monografía *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la “autodenuncia”*. Art. 305-4 CP), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

mente, sólo tiene el mérito de garantizar un uso idiomático unitario y un entendimiento generalizado en el Derecho comparado, pero ha de reconocerse que esta palabra no es lo suficientemente comprensiva para reflejar su total dimensión técnica y material. De entrada, la locución “autodenuncia” carece de cualquier connotación de autoacusación de índole criminal y, en segundo lugar, el sujeto no sólo debe proceder voluntariamente a una rectificación íntegra de su situación tributaria sino también a satisfacer la cantidad adeudada, alcance este que no se desprende claramente del significado de aquel término; de ahí que algunos autores acudan a expresiones alternativas, tales como “*arrepentimiento activo*”, “*autorrectificación*” o “*reparación que exime de pena*”⁽²⁾. Con todo, esta cuestión en realidad no presenta una relevancia destacable.

La legislación penal española conoce este mecanismo a partir de una reforma efectuada en junio de 1995, cuyo contenido esencial se trasladó al art. 305-4 del Código penal vigente. Uno de los méritos de esta normativa fue clarificar la inseguridad jurídica reinante después de las medidas excepcionales destinadas a la afloración de patrimonios que permanecían sumergidos por razones fiscales, instauradas en las Disposiciones Adicionales Decimotercera y Decimocuarta de la Ley 18/1991, sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a las que un sector cualitativamente importante de la doctrina otorgaba efectos exoneratorios, no sólo en el ámbito administrativo sino también en el penal, ante el posible delito fiscal existente a quien regularizase su situación⁽³⁾. Esta solución, con independencia de su plausibilidad práctica, presentaba algunos problemas de legalidad, al carecer de apoyo normativo expreso, aun cuando, bien es cierto, repercutiera *in bonam partem* para el afectado.

II

Parece lógico pensar que la concesión legal de unos efectos tan generosos como la exención de pena, a pesar de la previa comisión de un delito fiscal, deben justificarse con base en factores causales bien definidos. Considero que se puede justificar y aceptar la presencia de la autodenuncia en el sistema en razón de *las singularidades criminológicas que rodean al fraude fiscal*, muy distintas de las que envuelven a la delincuencia clásica.

(2) Sobre ello, comentario al §371, n.º 2, en KOHLMANN, G., *Steuerstrafrecht- und Steuerordnungswidrigkeitenrechtschliesslich Verfahrensrecht. Kommentar zu den §§369-412 AO 1977*, 6.ª ed., Köln, 1995.

(3) FERREIRO LAPATZA, J.J., “La aplicación de la disposición adicional 13.ª de la Ley del IRPF (Deuda Especial) a los supuestos de delito fiscal”, *Impuestos*, 1992, II, pp. 429 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., y MERINO JARA, I., “Implicaciones tributarias y penales de las disposiciones adicionales 13.ª y 14.ª de la Ley del IRPF”, *Impuestos*, 1994, I, n.º 231-232, pp. 57 y ss.

Aunque nos enfrentamos a un ámbito en el que no existen estadísticas fiables, pervive la presunción de que la magnitud del fraude fiscal existente es extraordinariamente elevada. Lo que sí parece verificarse es su alcance geográficamente indiscriminado a todos los países occidentales, ramificado a cualquier actividad económica y a todos los niveles de la población⁽⁴⁾.

La fenomenología que acompaña al fraude fiscal dificulta considerablemente su persecución. Se trata de un campo en el que están en juego bienes jurídicos que presentan un *componente supraindividual*, cuya comisión criminal no deja huellas muy visibles ni perjudicados concretos individualizados; a lo sumo, se puede hablar de *víctimas anónimas*; incluso, la opinión pública muestra un alarmante sentimiento de indiferencia ante estos episodios; en parte, debido a una devaluada mentalidad fiscal y escasa conciencia del injusto sobre supuestos delictivos que raramente acaban en condena, cuando no comprensiva en parte por una presión fiscal sentida como excesivamente gravosa, que acaba por propagar contagiosamente actitudes de resistencia al pago de impuestos⁽⁵⁾. De este modo, la defraudación tributaria acaba por producir un efecto negativo multiplicador para la política económica y social con incidencia en el ahorro, la inversión o la distribución de la Renta Nacional, llegando a desmoralizar al contribuyente honrado, así como a un descrédito en el funcionamiento de la Administración tributaria. Si a este panorama añadimos las notas de complejidad creciente del Derecho tributario contemporáneo, la masificación que acompaña al proceso de recaudación fiscal y el hecho de que el modelo de autoliquidación constituye el grueso de los impuestos, ello revela la desventajosa e insatisfactoria posición que padece una Administración pública, impotente en gran medida para controlar el fraude fiscal, que se encuentra en una situación análoga, se ha dicho no sin cierta exageración, a la del “estado de necesidad permanente”, lo que obliga a articular medidas extraordinarias que se apartan de los cauces tradicionales de persecución pública del control de la criminalidad, y procede a canjear la exención penal a cambio de una reparación del impuesto defraudado⁽⁶⁾.

(4) SECKEL, C., *Die Steuerhinterziehung (&370 AO 1977). Eine strafrechtliche, kriminologische und kriminalistische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung von vermögens- und Einnahmensteuerhinterziehungen*, Lübeck, 1979, esp. pp. 168 y ss.

(5) KLEIN, A., *Steuer-moral und Steuerrecht. (Akzeptanz als Elemente einer steuerlichen Rechtfertigungslehre)*, München, 1996, esp. pp. 40 y ss. Originariamente, estas cuestiones fueron destacadas en la monografía de B. STRÜMPPEL, *Steuer-moral und Steuerwiderstand der deutschen Selbständigen*, Köln y Opladen, 1966, pp. 91 y ss.

(6) Sobre ello, HOLPER, P., *Die steuerrechtliche Selbstanzeige. Ein Sonderfall der Rücktritts vom vollendeten Delikt*, Würzburg, 1981, pp. 35-37.

III

Además de estas variables de índole criminológica, la existencia misma de la autodenuncia encuentra refuerzo justificador tomando la mirada al *Derecho comparado*, estando en condiciones de proporcionar una imagen de gran utilidad en la comprensión de la aún joven fórmula legal española. Esta figura presenta una herencia secular en Austria y Alemania, pero también se hace presente tanto en la tradición legal o jurisprudencial suiza, italiana, portuguesa, brasileña, así como en el modelo anglosajón británico y estadounidense, vinculada al principio de oportunidad ⁽⁷⁾. Cada uno de estos países presenta matices diferenciales propios, de tal modo que unos incorporan la autodenuncia al Código penal y otros reservan su tratamiento a la legislación especial, situándose finalmente aquellos que adjudican mayor protagonismo a la concreción en vía doctrinal y jurisprudencial; por otro lado, mientras determinados sistemas conceden el beneficio de la impunidad, los hay que contemplan sólo una relevante atenuación, dentro del marco general de las reglas de determinación de la pena. A pesar de esta diversidad, podemos afirmar que el común denominador a todos ellos reside en la exigencia de que concurren los presupuestos fundamentales de: (1) rectificación voluntaria antes del descubrimiento del fraude; y (2) el pago de lo adeudado.

En fin, estos argumentos —criminológicos y de índole iuscomparativa— refuerzan mi tesis de que esta figura no sólo se encuentra plenamente justificada en cualquier ordenamiento jurídico, sino también que no ha de ser descalificada de privilegio anómalo o excepcional.

IV

Con todo, la justificación y aceptación misma de esta figura no es pacífica. Proponen su derogación no sólo quienes la contemplan como una institución verdaderamente privilegiada, sino también los que dudan de su constitucionalidad. En Alemania, un Tribunal de Primera Instancia (Amtsgericht) de Saarbrücken presentó una cuestión de inconstitucionalidad en 1982, acusando al §371 AO de vulnerar el principio de igualdad, en relación a figuras delictivas con un contenido de injusto estrechamente emparentado y similar dañosidad social a la defraudación fiscal, que no gozaban en cambio del beneficio de un levantamiento de la pena. Además, el recurso entendía que dicho precepto

(7) Con amplitud, ABRAMOWSKI, J., *Die strafbefreiende Selbstanzeige –eine verfassungswidrige Privilegierung?. Zugleich ein Beitrag zur Harmonisierung der Nachtatverhaltensvorschriften*, Frankfurt a.M. y otros, 1991, *passim*.

vulnera los más elementales fundamentos de justicia material, dado que permite al defraudador comprar su libertad. A pesar de todo, el Tribunal Constitucional Alemán, al igual que la doctrina dominante, rechazó tales argumentos en 1984⁽⁸⁾. De igual modo, y con buen criterio, los Tribunales españoles han asumido la constitucionalidad de las distintas normas que se han sucedido en materia de regularización fiscal, significativamente las Disposiciones Adicionales Decimotercera y Decimocuarta de la citada Ley 18/1991, así como la excusa absolutoria de naturaleza administrativa del antiguo art. 61 de la Ley General Tributaria (sustituido en parte por el art. 27, después de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), que exime de sanción al sujeto que regulariza y paga extemporáneamente el impuesto⁽⁹⁾.

De reconocerse un margen de desigualdad respecto de otros delitos, éste descansaría en presupuestos o razones objetivas que no implican una decisión legal inconstitucional; en cualquier caso, se puede postular la ampliación de la autodenuncia a otros delitos como hace, por ejemplo, el §167 CP austriaco. Finalmente, el supuesto trato desigual queda esencialmente neutralizado con la obligación de la reparación de lo adeudado y de sus intereses, por lo que, en cierto modo, tampoco lesiona de forma intolerable la idea de justicia material. En suma, el art. 305-4 del Código penal español se mantiene dentro de los contornos competenciales atribuidos al legislador democrático en el diseño en exclusiva de la política criminal para la regulación de un campo, o para asumir determinadas posiciones dogmáticas y sistemáticas en el marco de las nuevas tendencias de supresión de la pena, insertas en un modelo penal menos rígido y más abierto de posibilidades con respecto a las que articulaba el Derecho penal clásico.

Tampoco la autodenuncia vulnera el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo. No parece que el art. 24.2 de la Constitución Española (CE) sea menoscabado. De un lado, porque el contribuyente está previamente sometido a especiales deberes de sujeción y de colaboración para aportar informes, aclaraciones o documentación complementaria a la Administración (art. 93 LGT). Y, de otro lado, porque el cumplimiento de los legítimos fines fiscales exige del sujeto al menos una obligación de tolerar pasivamente la investiga-

(8) BILSDORFER, P., "Verfassungswidrigkeit der Selbstanzeigevorschrift (§371 AO)?", *Die steuerliche Betriebsprüfung (StBp)*, 1983, pp. 88 y ss.

(9) No plantean ninguna duda sobre la constitucionalidad, por ejemplo, las siguientes resoluciones: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 21-4-97 (*JT 1997/651*); STSJ de Cataluña de 11-4-96 (*JT 1996/801*); STSJ del País Vasco de 18-7-97 (*JT 1997/982*), y Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 198/1995, de 21 de diciembre.

ción⁽¹⁰⁾. No existe autoinculpación forzosa allí donde el afectado mismo puede legalmente evitar su castigo pues, además, la autorregularización fiscal responde a una decisión libre y voluntaria del sujeto y, una vez presentada, el deudor puede negarse a contestar cualquiera de las preguntas del funcionario que levanten alguna pista a los órganos inspectores si, por cualquier razón, la autodenuncia presentada resulta accidentada o ineficaz por incumplir algún requisito del que se pudiera derivar un inmediato descubrimiento del hecho.

V

En relación con *la naturaleza jurídica de la autodenuncia*, aunque se mantiene abierta una viva discusión, se contextualiza su estudio en el marco de la cuarta categoría del delito —la punibilidad, entendida en sentido amplio— en su reverso negativo, entre las causas personales y objetivas que la excluyen, siendo consciente de que constituyen un revoltijo de elementos muy heterogéneos, sobre los que es casi imposible hacer afirmaciones generales, dado que se entremezclan consideraciones de naturaleza extrapenal, de oportunidad, apreciaciones de equidad, implicaciones que afectan a las relaciones de acercamiento entre Derecho y moral, seguridad jurídica y justicia, protección de intereses colectivos e individuales, en conexión con los parámetros orientados políticocriminalmente de “necesidad” y “merecimiento” (abstracto y concreto) de pena⁽¹¹⁾. En este sentido, tal planteamiento compagina bien con la idea de un Derecho penal mínimo. En cualquier caso, los componentes integrantes y la fundamentación misma de la punibilidad escapa a una sistemática penal cerrada y responde más bien a una solución equilibrada, de acuerdo a un criterio meto-

(10) En el resultado, STC 110/1984, de 26 de noviembre (FJ 3); Auto del TC 642/1986 (FJ 2); Auto TC 982/1996; STC 76/1990, de 26 de abril; Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Baleares 28 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001/328102). Sobre esta cuestión, especialmente, véase, SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., en “El derecho a no declarar contra sí mismo en los procedimientos de inspección tributaria”, en *Principios, derechos y garantías constitucionales del régimen sancionatorio tributario. Segundas Jornadas sobre Derecho Constitucional Tributario*, IEF, Madrid 2001, pp. 281 y ss.; también, CAMACHO RUBIO, J., “Procedimiento tributario sancionador y jurisprudencia constitucional”, *La Ley*, n.º 4835, de 5-7-1999.

(11) Sobre ello, véase GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997 y FARALDO CABANA, P., *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; LUZÓN PEÑA, D.M., “Punibilidad”, *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, 2002, pp. 1049 y ss.

dológico abierto y teleológicamente orientado a las consecuencias, de acuerdo con los trabajos ya clásicos de BLOY, BOTTKE o ROXIN ⁽¹²⁾.

En este contexto, y de acuerdo con un lenguaje más técnico y actual, se califica la autodenuncia de “*causa personal de levantamiento de la pena*”, de lo que se desprenden una serie de consecuencias decisivas, entre las que destacan tres ⁽¹³⁾.

1.^a *La autodenuncia produce sus efectos únicamente con posterioridad a la consumación* antijurídica y culpable del supuesto típico, eliminando con efectos retroactivos la punibilidad ya fundamentada. En principio, aunque no existe una solución legal ni doctrinal definitiva, la anulación de la pena debería pronunciarse en una sentencia judicial, aunque desde la perspectiva favorecedora de un Derecho procesal penal igualmente mínimo parece más razonable proceder al sobreseimiento de la causa [conforme a determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)], con base en la seria limitación de derechos fundamentales y a las consecuencias desocializadoras y estigmatizantes que por sí misma implica la apertura del juicio oral para el imputado, así como, finalmente, ante el hecho de que la comprobación de los presupuestos objetivos de la excusa absolutoria no requieren acreditación del plenario. Sin embargo, salvo hipótesis muy especiales en las que los hechos resultan probados de forma indubitada en un momento previo, la responsabilidad penal sólo es demostrable tras la práctica de la prueba en el juicio oral y no antes, o en el caso de que existan infracciones conexas o varios implicados, habrá que examinar con cuidado su grado de responsabilidad, por lo que es preciso, en suma, ser prudente en torno al sobreseimiento libre.

2.^a En principio, *la causa personal de levantamiento de la pena beneficiaria única e individualmente al sujeto concretamente afectado, no a los participantes*. No obstante, esta afirmación no puede ser asumida de forma absoluta, pues precisamente las expectativas preventivo generales quedarían igualmente salvaguardadas siempre que los partícipes realizasen intentos serios de regularizar su situación fiscal y de comunicar a la Administración en qué medida han contribuido a la infracción, facilitando de este modo a las instancias estatales

(12) BLOY, R., *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlín, 1976; BOTTKE, W., *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten*, Edelsbach a.M., 1979; ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. t.I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal), Madrid, 1977 (23/6), pp. 866 y ss. y t. III, n.º 21 y ss., pp. 892 y ss.

(13) Véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 130 y ss.; también la *Circular 4/1997, de 19 de febrero, de la Fiscalía General del Estado*.

desentrañar la dimensión total del fraude. Por tanto, ha de defenderse una comunicabilidad relativa de los efectos de la autodenuncia presentada por el autor principal a favor de otros terceros intervinientes⁽¹⁴⁾.

Por razones prácticas, resulta aconsejable extender la impunidad a cualquiera de las infracciones cometidas por terceros aún no denunciadas porque, de lo contrario, continuarían ocultas (salvo, en el mejor de los casos, que se descubrieran, lo cual no suele ser sencillo, como hemos visto). Por otro lado, de acuerdo con los más elementales principios de justicia material resultaría contradictorio reconocer que el sujeto puede “participar” de forma penalmente responsable en las personalísimas e intransferibles obligaciones tributarias ajenas y, en cambio, no admitir que pueda participar en el hecho de retorno a la legalidad de otro; y, en esta línea, acudiendo a un argumento *a fortiori* —quien puede lo más puede lo menos— dado que el partícipe contribuye causalmente a la ejecución del delito con una aportación cuantitativa y cualitativamente menos grave en relación a la del autor principal, sería valorativamente ilógico e injusto no permitir la regularización del partícipe (que realiza lo menos) y levantar la pena al autor de una defraudación tributaria y de las posibles falsedades documentales y contables (que realiza lo más) pues, en ambas figuras (autor y partícipe), concurren idénticas razones político-criminales y fiscales para suprimir la pena⁽¹⁵⁾.

3.^a *La autodenuncia se sitúa más allá de los elementos estructurales del delito, dejando inalterada la influencia sobre el contenido del injusto y de la culpabilidad.* De esta nota se derivan las siguientes consideraciones generales: no tienen relevancia destacada los motivos que impulsan al deudor a presentarla; tampoco las condiciones legales deben ser abarcadas por el dolo ni el sujeto precisa tener conocimiento de la prohibición; y, finalmente, es suficiente la concurrencia objetiva de los presupuestos legales exigibles, de tal modo que es irrelevante una representación errónea del autor sobre los mismos o sobre la entrada de una hipótesis de bloqueo.

Pero, además de estos efectos generales, la regulación española presenta una singularidad específica al ampliar la *exención de la pena también a las*

(14) De esta opinión también J. BOIX REIG y J. MIRA BENAVENT, en su obra *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 193, pero estos autores aluden a la “inexplicable laguna legal” del art. 305-4 CP en este punto; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Consideración penal de las cláusulas de regularización tributaria”, *La Ley*, n.º 5187, 20-11-2000, p. 4; ATS 22-12-1995.

(15) Véase el comentario al art. 305 en MORALES PRATS, F., *Comentarios al Código Penal de 1995*, (coords. G. Quintero Olivares y J.M. Valle Muñoz), 3.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 1033 y ss.

posibles irregularidades contables u otras falsedades documentales instrumentales. Esta cláusula de cierre, animada por consideraciones prácticas y utilitarias, resulta inevitable si no se quiere neutralizar la operatividad real de la autodenuncia. Presenta, como se ve, un alcance comparativamente más generoso que el art. 16-2 CP que castiga los residuos de injusto típico consumados a lo largo del *iter criminis* en las hipótesis del desistimiento en la tentativa. Bien es cierto que el manto de la impunidad sólo cubre a las falsedades o irregularidades contables que presenten un carácter instrumental con el delito fiscal cometido; pero el art. 305-4 no especifica ningún criterio para deslindar los supuestos instrumentales de los que tienen sustantividad delictiva autónoma.

En mi opinión, la instrumentalidad existirá siempre en hipótesis que forman una unidad jurídica de valoración indivisible con el delito principal —la defraudación tributaria—, por lo que se trata de un concurso aparente de normas a resolver por el principio de consunción, por medio del cual quedan absorbidos los hechos copenados anteriores o los simultáneos. En el fondo, los delitos instrumentales seguirían el mismo régimen dogmático que el previsto en la accesoriadad de la participación criminal: impune el delito principal (fraude fiscal) quedan exentos los delitos acompañantes (falsedades documentales o irregularidades contables). En este sentido, además, si por razones de justicia material declaramos la exención de pena a todos los delitos del “autor” principal, la misma suerte merecen el resto de “partícipes”, pues en todos ellos concurren idénticas razones político-criminales para anular la pena.

Únicamente si se tratase de fraudes económicos a gran escala, en el seno de un marco organizativo criminal muy estructurado, con una cuidadosa planificación de empresas o personas jurídicas con apariencia de legalidad, quizás pudiera verse una pluralidad de delitos.

VI

Si la naturaleza jurídica de la autodenuncia se encuentra en permanente discusión, menor acuerdo aún existe respecto de su *fundamento jurídico*. El pensamiento dominante maneja un *fundamento fiscal*, en virtud del cual los verdaderos motivos sobre los que descansa esta figura son de naturaleza económica, razones en definitiva pragmáticas que se concretan en el interés patrimonial del Estado en aumentar la recaudación fiscal a través del afloramiento de fuentes fiscales ocultas, así como en la aspiración de estar en posesión, lo antes posible, de todos los impuestos adeudados y de las ventajas tributarias ilícitamente obtenidas⁽¹⁶⁾.

(16) Véase, por todos, FREES, C.P., *Die steuerrechtliche Selbstanzeige: zur kriminalpolitischen Zweckmässigkeit des §371 AO*, Frankfurt a.M., 1991, pp. 61 y 103 y ss.

En realidad, estos planteamientos son los que latían en torno a las Disposiciones Adicionales 13.^a y 14.^a de la Ley 18/1991, cuando permitieron transparentar los patrimonios y las rentas de capital ocultas detrás de Pagarés del Tesoro, con la doble finalidad de acabar con el enorme tejido de opacidad fiscal y de captar recursos financieros antes ocultos para sufragar de forma barata el permanente déficit público, pagando un bajo interés.

Según las tesis fiscales, el art. 305-4 CP lanza un “estímulo” enormemente sugerente, cuya finalidad es animar al deudor al retorno a la honradez fiscal a cambio de la recompensa de la impunidad, lo que le sitúa ante un “dilema”, que le hace reflexionar y ponderar sobre los riesgos de mantenerse en el injusto y ser descubierto o, por el contrario, si le conviene más autorregularizar sus cuentas con el fisco. Al “estímulo” se le encomiendan difíciles misiones de cumplir, como la de contribuir a restablecer la verdad fiscal y elevar la moral fiscal general; sin embargo, salvo especulaciones, poco se puede afirmar todavía respecto de la eficacia práctica del estímulo⁽¹⁷⁾. De un lado, porque las dificultades de descubrimiento del fraude son grandes y ello hace que el sujeto asuma dicho riesgo, lo que resulta contramotivador a presentar la autodenuncia; de otro lado, porque el contribuyente que desea autorregularizar su situación, en primer lugar, tiene que conocer las beneficiosas posibilidades que ofrece la institución de la autodenuncia (presumiblemente muy desconocidas aún por el público mayoritario), por ejemplo, a través de una campaña institucional de información y por medio de recomendaciones de los consejeros de empresas, asesores fiscales, economistas y juristas en general en el trato con sus clientes; y, en segundo lugar, ha de tener una cierta garantía de que la presentación de la autodenuncia no se vuelva un arma en su contra y se convierta en la principal prueba a disposición de las autoridades para formular una acusación por delito fiscal. Podría ser la solución a un callejón sin salida a defraudadores que se hallan enredados *in crescendo* en una situación de ilegalidad⁽¹⁸⁾.

Visto así, bajo la apelación al estímulo no se esconde algo esencialmente distinto de la clásica tesis político-criminal del “puente de plata” (hoy en franca crisis y sometida a revisión).

Por mi parte, opto por mantener un *fundamento prioritariamente jurídico-penal de la autodenuncia*, aunque tampoco deben desconocerse la existencia de intereses económico-fiscales del Estado. Pese a que la existencia misma de la autodenuncia obedezca a las singularidades criminológicas antes expuestas,

(17) Así lo entiende, por ejemplo, el comentario al §371, n.º 19 y ss., en ENGELHARDT, H., *Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung. Kommentar*, (coords. Hübschmann-Hepp-Spitaler), 10.^a ed., Köln, manejada la actualización a fecha de julio de 1992.

(18) IGLESIAS RÍO, M.A. *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, ob. cit., pp. 211 y ss.

ello no implica que su fundamentación deba plegarse, asimismo, a reflexiones pura y exclusivamente de orden econométrico, máxime teniendo en cuenta que su alcance y contenido depende del fundamento previamente adoptado. Las tesis fiscales son acusadas de sobredimensionar unilateralmente la consecución de objetivos económicos a costa de renunciar al postulado, en principio inderogable en un Estado de Derecho, de perseguir el injusto, en lo que parecería responder al aforismo “el fin justifica los medios”. Por otro lado, la perspectiva fiscal patrocina una interpretación flexible de los requisitos positivos de la autodenuncia —rectificación y pago— y correlativamente restrictivo de las condiciones negativas o de bloqueo, a fin de facilitar una mayor eficacia y estimular a la presentación de autodenuncias, con lo que esta aproximación metódica podría llegar a desbordar los límites máximos del “campo semántico” en los que todavía se mueve el principio de legalidad. Además, esta aproximación conduce a desactivar perniciosamente el efecto preventivo intimidatorio de la amenaza penal contemplada en el delito de defraudación tributaria.

Finalmente, en contra de la tesis fiscal, se aduce que normalmente el deudor no presentará la autodenuncia fruto del “dilema” originado por el estímulo legal, sino cuando presenta objetiva o subjetivamente que no hay escapatoria y que el descubrimiento de la infracción es inminente. Si esto es así, la autodenuncia presentada *in extremis* carece, en lo fundamental, de valor económico-financiero, pues la deuda está a punto de aflorar de oficio, sin necesidad de la colaboración del contribuyente. Y, por anticipar nociones, desde la perspectiva penal, tal autodenuncia no sería expresiva de un retorno voluntario a la honradez penal, por lo que persistirían los elementos de merecimiento y necesidad de pena.

Las tesis penales, que sostengo aquí como fundamento prioritario, acuden a diversos expedientes teóricos que se mueven en el contexto de las normas e instituciones desarrolladas en el Derecho penal contemporáneo, como el principio de subsidiariedad, el auge experimentado por el pensamiento de la *reparación* en conexión con la teoría de los fines preventivos de la pena, así como al esquema del *desistimiento en el delito intentado o del arrepentimiento activo*, o como una figura más del sistema abiertamente configurado de nuevas disposiciones de comportamiento postdelictivo que, con uno u otro alcance se han ido incorporando a lo largo del Código penal⁽¹⁹⁾. En síntesis, la orientación penal se caracteriza por acentuar la valoración positiva del comportamiento del sujeto.

(19) LENCKNER, K., SCHUMANN, H., WINKELBAUER, W., “Grund und Grenzen der strafrechtlichen Selbstanzeige im Steuerrecht und das Wiederaufleben der Berichtigungsmöglichkeit im Fall der Aussenprüfung”, *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht (Wistra)*, 1983, pp. 123 y ss.

A mi juicio, los principios materiales y sistemáticos históricamente mantenidos en torno al desistimiento en la tentativa son trasladables a la autodenuncia, pues convergen en fundamentar la impunidad en torno a la idea de restablecimiento voluntario de la intangibilidad del bien jurídico inicialmente amenazado, a través de una conducta causalmente adecuada y personalmente valiosa, si bien con posterioridad a la consumación típica del delito de defraudación tributaria.

Pero el dato de la consumación no supone un obstáculo sistemático insalvable, máxime cuando tampoco existe acuerdo unánime ni en cuanto al alcance y efectos del desistimiento ni en cuanto a la delimitación conceptual temporal de la problemática relativa a la tentativa acabada, consumación formal y material, terminación o agotamiento; y, por otro lado, persiste una viva discusión en torno a la concreción de la consumación del delito fiscal pues, entre otras cosas, no aparece expresamente determinado en la descripción típica.

Como en una operación de simetría, el desistimiento es a la tentativa lo que la autodenuncia es al delito de defraudación tributaria, por lo que la autodenuncia puede desarrollar un papel dogmático y político-criminal equivalente al que modernamente cumple la pena criminal en orden a satisfacer necesidades preventivas especiales y generales.

Desde la perspectiva preventivo-especial, el sujeto que decide autorregular voluntariamente su situación fiscal realiza un comportamiento muy meritorio, porque ya está disfrutando cómoda y pacíficamente de sus ilícitos beneficios, y ha abandonado su contumaz posición en el injusto, lo que permite presumir un pronóstico favorable de autorresocialización hacia el futuro, que quizás no se conseguiría a través de la ejecución de la pena. Naturalmente, no existe *a priori* una certeza absoluta de que el defraudador no volverá a delinquir, por mucho que se diga que una vez presentada la autodenuncia la Administración tributaria le vigilará más estrechamente, o por el hecho de tener que cuadrar su balance con el ejercicio anterior; pero, la decisión misma de haber transparentado objetivamente su situación tributaria supone un reconocimiento, aunque tardío, de la norma que puede contribuir a evitar la reincidencia, con independencia de que desde el punto de vista subjetivo sea ciertamente difícil demostrar si la autodenuncia responde a un verdadero arrepentimiento o, por el contrario, se debe a un peligro inminente de descubrimiento⁽²⁰⁾.

Desde la perspectiva preventivo-general, en su versión positiva, el proceso de autorregularización fiscal anula el desvalor de acción y de resultado y restablece la vigencia de la norma jurídica, hasta el punto de eliminar la necesi-

(20) Entre nosotros, con carácter general, en el ámbito del comportamiento postdelictivo, véase DE VICENTE REMESA, L., *El comportamiento postdelictivo*, Univ. de León, 1985, p. 331.

dad de pena. Y desde el punto de vista preventivo-general negativo, cumple ejemplificativamente una función intimidatoria ante potenciales delincuentes, ya que quien no autorregulariza su situación a tiempo y es descubierto, deberá soportar el castigo penal ⁽²¹⁾. Por otro lado, resulta decisivo el dato de que quien se decide a presentar la autodenuncia fundamentalmente lo hace por temor al castigo penal, con lo que el levantamiento de la sanción prevista en el apartado 4 del art. 305 CP no desactiva la amenaza penal del delito fiscal recogida en el apartado 1 de dicho precepto. En este sentido, la interpretación penal de la autodenuncia concilia mejor sin traumas la tensión existente entre las pretensiones recaudatorias del Derecho tributario sin mermar de forma intolerable las finalidades preventivas del Derecho penal, ni los principios de justicia que presiden el funcionamiento de un Estado social y democrático de Derecho, pues las normas penales tributarias no tienen tampoco como misión exclusiva la consecución del ideal de la justicia absoluta, ni la de perseguir siempre y a toda costa el injusto, especialmente cuando el sujeto ha reparado el perjuicio y las consecuencias del hecho no superan ya el umbral de necesidad y merecimiento concretos de pena desde puntos de vista preventivos. Por eso, concibo la autodenuncia como un mecanismo de protección —*a posteriori*— del bien jurídico protegido en el delito fiscal.

VII

Con respecto a *los requisitos estructurales de la autodenuncia*, podemos diferenciar *las condiciones positivas* para su eficacia —*rectificación y pago*— y, de otro, *los supuestos de bloqueo* que impiden la exención penal ⁽²²⁾.

En el apartado relativo a *la rectificación voluntaria de datos* ha de criticarse la total indeterminación del genérico enunciado legal —“*el que regularice su situación tributaria*”—, que no precisa de ningún modo el contenido material de esta expresión, ni sus exigencias ni sus aspectos formales, tarea que deberá ser asumida por la vía doctrinal y jurisprudencial. En primer lugar, a salvo de *la identificación del autodenunciante*, la rectificación no debe ceñirse a especiales formalidades; basta que la nueva declaración se efectúe *con meridiana claridad*, de tal modo que la Administración tributaria pueda comprobar sin largas y complejas investigaciones la veracidad y exactitud objetiva de los nuevos datos aportados.

(21) HOFFMANN, H., *Die Ausschlussstatbestände der Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung. Zur Sperrwirkung des §371 Abs. 2 AO*, Berlin, 1988, pp. 65 y ss.; también, HOFFSCHMIDT, D., *Über die Rechtfertigung der strafbefreienden Selbstanzeige im Steuerstrafrecht (§371 AO)*, Bielefeld, 1988, p. 186.

(22) Con amplitud, véase IGLESIAS RÍO, M.A., *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, ob. cit., 2003, pp. 261 y ss.

Mayor importancia cobra, desde el punto de vista material, la conjugación del verbo nuclear “regularizar” la situación tributaria, de la que no cabe otra interpretación, a mi juicio, que no sea la exigencia de una radiografía completa y veraz de todos los datos anteriormente silenciados. Esto no significa que la eficacia final de la autodenuncia dependa de una regularización milimétricamente precisa; es suficiente que el sujeto *transparente, en lo esencial, sus datos económicos*; no empañan, en principio, la impunidad los simples errores aritméticos, desviaciones insignificantes o los casos de eventual discrepancia de interpretación o valoración en algunas operaciones ⁽²³⁾.

La rectificación íntegra, en suma, opera como condición objetiva de impunidad total; si el sujeto no ha transparentado íntegramente su situación, deberemos cuestionarnos sobre los efectos que merece una rectificación tan sólo parcial. La tipología de casos puede ser muy diversificada. Si se trata de una *regularización parcial no dolosa* me manifiesto partidario de conceder una liberación proporcional de la pena en la medida en que haya reparado la deuda, de acuerdo con una interpretación analógica a lo dispuesto con carácter general en la atenuante de reparación del art. 21-5 CP. En cambio, si se trata de una *autodenuncia parcial maquinada consciente o dolosamente* por un sujeto que no ha aportado todos los datos, con la intención de despistar, engañar u ocultar su verdadera situación tributaria ante las autoridades, pienso que en este caso el defraudador no tiene voluntad de retorno a la legalidad, quiere mantenerse en el injusto y ni siquiera merece una atenuación parcial de su responsabilidad penal por el *quantum* de deuda parcialmente corregido. El expediente teórico al que acudo para fundamentar tal solución es el de *la teoría general que prohíbe el ejercicio abusivo de un derecho*, pues el sujeto quiere instrumentalizar subrepticiamente una institución —la autodenuncia— y desvirtuarla para la consecución de fines distintos a los que pretende su espíritu. No comparto las tesis utilitaristas y objetivistas de orientación fiscal, que no hacen depender la impunidad de la ausencia de motivos péfidos del autor y, en la medida en que la autodenuncia dolosa parcial contribuya al descubrimiento, aun incompleto, de fuentes fiscales hasta ahora ocultas, le otorgan una correlativa disminución de pena.

Menor acuerdo existe respecto de las hipótesis en las que la regularización parcial reduce la deuda tributaria por debajo del límite legal de los quince millones de pesetas (90.152 euros) ⁽²⁴⁾, que separa la defraudación delictiva del injusto administrativo. En contra de un importante sector doctrinal, creo que

(23) BANACLOCHE, J., “Los delitos fiscales”, *Impuestos*, 1996, n.º 15/16, pp. 8 y 17; SAP de Barcelona de 12-5-1998 (*ARP 1998/2819*).

(24) Cuantía que se incrementará a 120.000 euros a partir de la entrada en vigor, el próximo 1 de octubre de 2004, de la reforma del CP operada por *LO 15/2003, de 25 de noviembre*.

una parcial regularización no dispone de capacidad para eliminar la calificación a título de “delito” de la infracción previamente cometida; a lo sumo, el hecho de reducir cuantitativamente lo defraudado sólo puede constituir una circunstancia accidental *ex post facto* que deja invariable la primigenia sustantividad delictiva de la situación. Recuérdese que el art. 305-4 CP “levanta” la pena, pero no puede eliminar el injusto perfectamente agotado en un estado anterior. El Derecho penal tiene carácter de indisponible —*ius cogens*— de tal modo que otra solución a la aquí expuesta convertiría al *ius poenale* en *ius dispositivum*, pues dejaría en manos del sujeto activo —o de terceros— la capacidad para degradar cualitativamente la naturaleza de una acción constitutiva de delito en otra constitutiva de simple infracción administrativa. Nadie puede pensar que el autor de un delito de hurto, de estafa o de daños pueda ser acusado como autor de una infracción penal calificada de mera “falta” por el hecho de haber devuelto la cosa o reparado parcialmente la cuantía del perjuicio ocasionado. Además, con independencia de las distintas tesis mantenidas en torno al bien jurídico protegido en el delito de defraudación tributaria, el perjuicio producido por la defraudación, más allá de su traducción económica en términos puramente mercantiles y cuantitativos, presenta una inequívoca dimensión valorativa supraindividual, llegando incluso a implicar valores constitucionales reconocidos en los arts. 31 y 145 de nuestra Carta Magna⁽²⁵⁾.

Continuando con el proceso de rectificación, a la exigencia general indicada de veracidad y plenitud, ha de añadirse ahora en la línea de fundamentación penal, el elemento de su *voluntariedad* (concepto de muy difícil delimitación, como denotan los análisis filosófico-jurídicos). Aunque la literalidad del art. 305-4 CP no exige expresamente que la autodenuncia deba responder a un comportamiento “voluntario” o “espontáneo” del sujeto, considero que se deduce implícitamente de una interpretación *a sensu contrario* de las cláusulas legales negativas que bloquean la eficacia de la autorregularización pues, *de facto*, operan como casos de involuntariedad. Deben enjuiciarse, además, desde una perspectiva prioritariamente descriptiva, con independencia de los motivos que animen la decisión del deudor tributario. No se precisa un retorno a la moralidad ni siquiera una aceptación psíquica, subjetiva, de aquel interés, sino que únicamente es suficiente una adecuación objetiva del comportamiento externamente manifestado que repercuta en la salvaguarda o intangibilidad del bien jurídico amenazado o lesionado, en un momento cronológico determinado. Desde el punto de vista fiscal, la autodenuncia presentada cuando el descubrimiento de la infracción es inminente o inevitable ya no es indispensable y carece de valor económico; y, desde el punto de vista penal, la decisión de

(25) IGLESIAS RÍO, M.A., *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, ob. cit., 2003, pp. 285 y ss.

regularizar las deudas después del momento de bloqueo ya no sería expresiva de un retorno a la legalidad fiscal, por lo que conceder la supresión de pena desactivaría en gran medida las finalidades intimidatorias de la pena y perturbaría la confianza o el crédito de la población en el Derecho⁽²⁶⁾.

En conclusión, una actuación involuntaria es incompatible con el espíritu que anima a la figura que estudiamos; no obstante, la voluntariedad no se excluye conceptualmente, a diferencia de una opinión muy extendida, por el hecho de que el sujeto presente de forma oportunista una autodenuncia, por temor a la amenaza abstracta de la pena en caso de descubrimiento de la infracción. “Al fin y al cabo, como indicaba ya en los años setenta el Profesor MUÑOZ CONDE, “si desiste por temor a la pena su desistimiento queda en el marco de la legalidad”⁽²⁷⁾. Cuestión distinta es si existen circunstancias fácticas externas de las que inequívocamente se desprende un peligro “concreto” de persecución penal.

VIII

La rectificación íntegra de datos, vista en sus líneas generales, se complementa armónica y secuencialmente con *el deber de pago efectivo de la deuda*, pues si el proceso de rectificación anula fundamentalmente el inicial desvalor de acción, el pago del impuesto pendiente neutraliza o compensa el desvalor de resultado, máxime cuando el delito fiscal se articula como un delito de resultado, en perjuicio de la Hacienda Pública.

La obligación de satisfacer la deuda tributaria tampoco aparece formalmente enunciada entre los requisitos legales del art. 305-4 CP, ni tampoco la forma, el plazo u otras condiciones, a diferencia por ejemplo del sistema austríaco o alemán. No obstante, y en contra de gran parte de la doctrina⁽²⁸⁾, estimo que el deber de pago es una condición indispensable de impunidad, del mismo

(26) Véase, por todos, WASSMANN, H.J., *Die Selbstanzeige im Steuerrecht: Kommentar zu §371 AO mit Rechtsprechungsanhang*, Stuttgart y otros, 1991, p. 177. Entre nosotros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda Pública...*, ob. cit., 1995, esp. pp. 181-184. Exigen voluntariedad: Auto de la AP de Barcelona de 7-9-1995 (*RJ 1351/1995*); STSJ del País Vasco de 18-7-1997 (*JT 1997/982*); STS de 6-11-2000 (*RJ 2000/9271*); STS de 30-10-2001 de (*RJ 2001/9089*); Auto de la AP de Lugo de 19-11-2002 (*JUR 2003/63515*).

(27) MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, Bosch, 1972, págs. 126-127.

(28) Entre otros, BOIX REIG, J. y MIRA BENAVENT, J., *Los delitos contra la Hacienda Pública*, ob. cit., 2000, p. 94; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Consideración penal de las cláusulas de regularización tributaria”, *La Ley*, n.º 5187, 20-11-2000, p. 2.

modo que es un elemento consustancial a la noción de tributo⁽²⁹⁾. El ordenamiento jurídico no puede tolerar que el sujeto no sea penalmente castigado y disfrute además de las ventajas económicas de su infracción. “El autor —en palabras de LÖFFLER—, no puede quedarse con el botín”⁽³⁰⁾. La no exigencia del pago podría producir efectos criminógenos, incentivando la comisión de fraudes, dado que el contribuyente tendría abierta la vía de la rectificación sin más obligación que la de corregir la declaración originaria falseada o aportar nuevos datos antes silenciados. En tales casos, la rectificación de datos agotaría el desvalor de acción, pero el impago de lo adeudado dejaría subsistente el desvalor de resultado y las necesidades de pena.

En sentido amplio, la satisfacción del pago constituye una inequívoca manifestación de la figura —de más amplio alcance— de la “reparación” (*Wiedergutmachung*), hasta el punto de que algunos autores la elevan metodológicamente a la categoría de criterio rector desde el que explican globalmente la autodenuncia. El discurso de la reparación, hoy en día enormemente estructurado, significa un importante paso hacia un Derecho penal más espiritualizado, traducido en una tendencia a favor de una “minimización de la intensidad de la intervención” y de un “desmantelamiento de las necesidades irracionales de pena”⁽³¹⁾. La reparación, más allá de la idea puramente mercantilista del pago de la deuda (abanderado de las tesis fiscales), pretende cumplir fines análogos a los que modernamente se atribuyen a la pena criminal, como una tercera vía, intermedia o complementaria. Desde el punto de vista preventivo especial, es el propio sujeto quien, con su comportamiento espontáneo, admite, de hecho, su responsabilidad y reorienta su conducta en dirección a la norma, siendo el pago voluntario un síntoma evidente de autorresocialización. Desde la perspectiva preventivo-general positiva, la reparación se traduce a los ojos de la colectividad —quizás mejor que la pena-castigo— en una conducta que evidencia un reconocimiento en la vigencia de la norma, que sirve como modelo inspirador de actuación para el resto de los ciudadanos. Desde la vertiente negativa de la

(29) El art. 19 LGT de 17-12-2003 establece que “La obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de la cuota tributaria”.

(30) LÖFFLER, E., *Grund und Grenzen der steuerstrafrechtlichen Selbstanzeige...*, ob. cit., 1992, p. 189. También algunas resoluciones judiciales españolas sostienen la obligación del pago reparador de la deuda tributaria: STS 6-11-2000; 30-10-2001; Auto del TS de 19-7-1997 (*RJ 1997/7842*); SAP de Madrid de 25-1-2000 (*ARP 30/2000*); en cambio, en contra de tal exigencia: SAP de Valencia de 1-2-2000 (*ARP 1417/2000*).

(31) FREHSEE, D., *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen*, Berlin, 1987, págs. 86, 95; ALASTUEY DOBÓN, C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

prevención general, estabiliza las necesidades intimidatorias a baremos socialmente tolerables al contener a potenciales defraudadores, que serán conscientes de que sólo disponen de dos alternativas: o reintegrar la deuda o sufrir el castigo.

Justificada aquí, pues, la exigencia del deber de pagar, el siguiente paso es cómo debe operar en concreto. En primer lugar, resulta imprescindible proceder a la *determinación de la deuda tributaria*. A diferencia de lo dispuesto en la regularización del fraude de subvenciones (art. 308.4 CP) que indica expresamente el deber de reintegrar las cantidades recibidas “incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió”, en cambio, la autodenuncia fiscal del art. 305-4 silencia toda indicación sobre el particular. Por mi parte, interpreto que la deuda tributaria debe integrarse, de acuerdo con la legislación tributaria, por la cuota en sentido estricto, los recargos y los intereses de demora (arts. 58 y ss. LGT) ⁽³²⁾. Tampoco este precepto alude específicamente al *sujeto obligado al pago*, a diferencia de la Ordenanza Tributaria Alemana que imputa la obligación de reparar la deuda sólo a quien ha defraudado impuestos “a su favor” (*die zu seinen Gunsten hinterzogenen Steuern*). Nada indica tampoco respecto del *plazo para efectuar el pago*; la regulación *austríaca* lo amplía hasta un máximo de *dos años*, en tanto que la legislación *alemana* lo deja en la indeterminación de un *plazo adecuado*, que la praxis suele concretar en seis meses. Pues bien, ante el silencio del sistema español, considero que el establecimiento del plazo debe ser lo suficientemente flexible para que permita al deudor hacer frente al mismo, teniendo en cuenta su situación económica personal o familiar, o conceder un tiempo razonable para solicitar un préstamo, agilizar algunas ventas, etc.; en suma, pienso que son trasladables los criterios legales contemplados en el art. 50 n.ºs 5 y 6 del CP respecto de la determinación judicial del importe de las cuantías de una pena de multa (incluso después de la reforma del CP por LO 15/2003).

Si el sujeto que ha regularizado la deuda carece de medios económicos para satisfacerla, a mi juicio, no es posible concederle una exención total de pena, y sería muy forzado apreciar una eximente de responsabilidad criminal, por ejemplo, el estado de necesidad, ya que casi siempre existirá algún medio alternativo de salvación para cumplir tal deber; se podría aplicar una atenuante de analogía si el sujeto ha realizado un esfuerzo serio en reparar el perjuicio del delito porque, de este modo, no sólo ha neutralizado el desvalor de acción sino que también ha hecho todo lo posible por compensar el desvalor de resultado.

⁽³²⁾ En contra de incluir todo tipo de recargo, la SAP de Badajoz de 16-1-1997 (ARP 1997/81); Sentencia de la AN (SAN) 28-6-1994 (JT 1994/683); STSJ de Murcia de 12-7-1993 (JT 1993/974).

IX

Con respecto a los *presupuestos negativos que bloquean la eficacia de la autodenuncia*, sintetizados en el conocimiento de la notificación de las actuaciones de comprobación de las deudas y la interposición de denuncia o querrela⁽³³⁾, tampoco la técnica legislativa de este apartado es digna de aplauso. En primer lugar, destacamos “*el inicio de las actuaciones de comprobación*”, cuyo alcance está precisado en la LGT y en el Reglamento General de Inspección. Debemos contextualizar este requisito en una órbita jurídico-penal, e interpretarlo en un sentido restrictivo, de modo que dichas actuaciones de comprobación deberán tener por *finalidad la realización de una verdadera y seria inspección* y, además, que la fase de investigación haya cristalizado en una *concreta sospecha inicial*, de la que se desprendan puntos de apoyo materiales suficientes que confirmen la existencia de defraudación delictiva, indicios racionales de criminalidad, que generen un concreto peligro de inicio de un proceso penal, con independencia de que en un momento ulterior se descubra efectivamente la existencia de un delito.

Debería reflexionarse, asimismo, sobre la conveniencia de la inclusión, también en el ámbito penal, de una cláusula de bloqueo referida a *la comparencia de un funcionario* de la autoridad financiera para proceder a la inspección fiscal, al igual que contempla el art. 30 del Reglamento General de Inspección de los Tributos (RGIT) o el §371 2.º-1.º AO alemana. Este requisito proporciona sin duda plena seguridad jurídica, pues la simple presencia del inspector se alza, en principio, como un dato perfectamente objetivable que delimita con relativa precisión el efecto bloqueo; además, la autodenuncia presentada con posterioridad a este momento no soportaría ya un fundamento penal ni fiscal, de acuerdo con los criterios que vengo anunciando hasta ahora⁽³⁴⁾.

Sin embargo, reina una notable dosis de indeterminación legal respecto del *alcance fáctico de las actuaciones de comprobación*. Por mi parte, defiendo que dichas actuaciones no despliegan una incidencia negativa universal en perjuicio del actor; no pueden bloquear de entrada toda clase de impuestos y respecto de cualquier periodo. Muy por el contrario, el efecto bloqueo sólo alcanza, en concreto, al ámbito nominalmente referido en la notificación. Y ello con independencia de que la Administración tributaria emprenda actuaciones inspectoras —generales o parciales— según el art. 11 RGIT.

(33) Con detenimiento, IGLESIAS RÍO, M.A., *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, ob. cit., 2003, pp. 353 y ss.

(34) Sobre ello, véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Los delitos contra la Hacienda Pública*, ob. cit., 1995, p. 173.

“*Las deudas tributarias son autónomas*”, indica el nuevo art. 63.1 LGT, de tal modo que la notificación de actuaciones de comprobación, por ejemplo, de un impuesto municipal (una plusvalía), no bloquea la posibilidad de regularizar con éxito otras deudas pendientes surgidas de hechos imposables distintos, no mencionadas en la notificación, que dan lugar por ejemplo a impuestos autonómicos o estatales (Impuesto de Sucesiones, IVA o IRPF). Esta posición puede que no compagine excesivamente bien con una fundamentación penal, pero se legitima en cuanto aporta mayor calculabilidad, seguridad jurídica y objetivación en el alcance del efecto bloqueo y, por otra parte, concede al sujeto límites claros y seguros respecto del riesgo inherente que siempre conlleva la presentación de la autodenuncia. Asimismo, esta posición se justifica con base en el principio de subsidiariedad, permitiendo al sujeto la posibilidad de regularizar otras infracciones no incluidas en la originaria “notificación”, evitando así la intervención inmediata del Derecho penal.

Sin embargo, aceptando este presupuesto de partida, la única excepción al deber de concreción exhaustiva de la notificación respecto de los impuestos que se hayan de investigar se deriva de la implícita ampliación conforme a lo que se puede calificar de “*íntima conexión fáctica*”⁽³⁵⁾: cuando existe relativa identidad entre distintos supuestos sometidos a tributación, o cuando los fundamentos de recaudación sean aplicables a varias figuras impositivas, emparentando correlativamente diversas infracciones derivadas de las ramificaciones de las actividades económicas no enunciadas expresamente en la orden de inspección (no declarar, dinero negro, operaciones de blanqueo, adquisición de inmuebles, impago de impuestos de sucesiones o transmisiones patrimoniales, etc.). Esta ampliación puede servir de fomento positivo al estímulo a presentar autodenuncias, pues la incertidumbre que sufre el autor sobre si su hecho delictivo nuclear será descubierto y, con él, gradual o progresivamente otras posibles ramificaciones delictivas, será un buen motivo para que regularice globalmente su situación, aflorando más fuentes fiscales que hasta ahora permanecían ocultas. De lo contrario, una rígida sujeción inamovible del alcance fáctico de la autodenuncia sólo a los supuestos puntualmente comprendidos en la orden de inspección, daría al deudor la posibilidad de esperar el desarrollo de los acontecimientos en el curso de la inspección y regularizar *in extremis* su situación fiscal respecto de los casos no comprendidos en aquélla.

Con relación al segundo supuesto de bloqueo —*la interposición de denuncia o querrela*— considero insuficiente realizar una lectura puramente objetiva y literal, pues el sujeto puede regularizar válidamente su situación tributaria en tanto no se hayan producido *diligencias formales judiciales* y no cualesquiera

(35) LÜTTGER, U., “Die Selbstanzeige im Steuerstrafrecht”, *Der Steuerberater (StB)*, 1993, p. 376.

otras que cupiere imaginar, después de que el Juez de Instrucción filtre la admisión a trámite de la denuncia o querrela, y la notificación al interesado de su estatus de imputado, pues lo contrario no estaría amparado por el sistema procesal español, y podría llegar a ser atentatorio contra las garantías del presunto responsable de un delito fiscal⁽³⁶⁾.

Tanto del inicio de las actuaciones administrativas o judiciales de comprobación cuanto de la interposición de denuncia o querrela, el efecto bloqueo está supeditado, según el art. 305-4 CP, a la comprobación de un requisito de naturaleza subjetiva, cual es el de que el sujeto debe tener *conocimiento formal* de la iniciación de esas diligencias, de acuerdo con la legislación administrativa, pues, de no ser así, si demuestra su desconocimiento formal podrá presentar válidamente la autodenuncia⁽³⁷⁾.

Esta exigencia subjetiva pretende alzarse como un momento garantista a favor del sujeto, a la vez que se logra una mayor objetivación y calculabilidad; limita el riesgo inherente que conlleva la presentación de la autodenuncia, en beneficio del autodenunciante, pues le libera de la incertidumbre de saber si su hecho estaba ya descubierto o si permanecía aún abierta la vía de la autodenuncia; tal afirmación descansa *de lege lata* en distintos preceptos de la legislación tributaria (arts. 109 y ss. LGT). Bien es cierto que, con dicho requisito, pueden llegar a compensarse autodenuncias que no son ni fiscal ni penalmente valiosas. Fiscalmente porque el descubrimiento puede ser inminente y el Estado ya no necesita ayuda; y, penalmente, porque si el sujeto ha tenido conocimiento *real* pero *informal* de las actuaciones, a través de terceros, significa que no tenía intención de retornar voluntariamente a la legalidad.

Para finalizar esta contribución únicamente apuntaré el dato de la posibilidad existente de *resurgimiento de la autodenuncia* cuando las actuaciones de comprobación o la interposición de querrela o denuncia han concluido definitivamente sin resultados positivos, pues el efecto bloqueo no puede perdurar

(36) MORALES PRATS, F., “Los efectos penales de la regularización tributaria en la reforma penal de 1995”, en *La nueva regulación del delito fiscal y contra la Seguridad Social*, Barcelona, 1997, pp. 68 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El comportamiento post-delictivo en los delitos contra las Haciendas Públicas y la Seguridad Social”, *Empresa y Derecho Penal*, CGPJ, 1998, p. 200; SAP de Barcelona de 12-5-1998; Auto de la AP de Lugo de 19-11-2002 (*JUR 2003/63515*).

(37) SAP de Madrid de 25-9-1998 (*ARP 5653/98*); SAP de Madrid de 4-9-1998 (*ARP 1998/4147*); SAP de Madrid de 25-1-2000 (*ARP 30/2000*); Auto de la AP de Lugo de 19-11-2002 (*JUR 2003/63515*) admitida la querrela a trámite, permite la regularización “hasta el momento de la notificación formal de los presuntamente inculpados, y cuando el Ministerio Público actúa en diligencias preliminares hasta que se le cite a declarar”. Puede coincidir el mismo día la notificación y la regularización válida, según la STS de 29-9-2000 (*RJ 2000/8004*).

ilimitadamente hacia el futuro. Ello resulta conforme a una interpretación teleológica del art. 305-4 CP, dado que el Estado tendrá todavía mayor interés fiscal en que el sujeto regularice su situación una vez que las investigaciones realizadas han terminado sin haber descubierto la defraudación, con lo que, correlativamente, la probabilidad de nuevo descubrimiento y de que afloren fuentes fiscales ocultas, aunque no se excluye totalmente, se aminora de un modo muy considerable con relación al momento anterior. Igualmente, desde la perspectiva penal, si el sujeto presenta en ese momento autodenuncia evidencia claramente un retorno autónomo, espontáneo, a la legalidad y la concesión de impunidad está plenamente justificada con base en la ausencia de necesidad de pena.

LA MOTIVACIÓN DEL VEREDICTO POR EL TRIBUNAL DEL JURADO

JUAN MANUEL BERMÚDEZ REQUENA

*Doctor en Derecho
Universidad de Sevilla*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. FUNDAMENTO.
 - III. DETERMINACIÓN.
 - IV. CORRIENTE JURISPRUDENCIAL CONTRADICTORIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.
 - V. CONCLUSIONES. EL APARTADO CUARTO DEL ACTA DEL VEREDICTO EN LA PRÁCTICA FORENSE.
-

I. INTRODUCCIÓN

En 1995, y en desarrollo del artículo 125 de nuestra Carta Magna de 1978, se decide retomar la discontinua historia del Jurado en España, institución que había conocido diversos periodos de vigencia. Nota común a los mismos era la opción legislativa por el modelo de Jurado conocido como sajón, en el que se escinde el enjuiciamiento fáctico, que queda reservado a los jueces legos, de la calificación jurídica, competencia de los magistrados profesionales.

El legislador de 1995 si bien parte en su concepción juradista del referido modelo, se aparta de sus características definitorias al proscribir el veredicto monosilábico, e instaurar un fallo razonado; *id est*, un veredicto motivado. Como recuerda ARANDA Y ANTÓN, “la motivación fáctica del veredicto no es una constante en la institución que comentamos, sino que, por el contrario, el Jurado se ha venido limitando a contestar afirmativa o negativamente a las preguntas objeto de cuestionario, lo cual favorecería el enjuiciamiento emocional de los hechos, sin posibilidades de control en vía de recurso” (1).

Para el Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de febrero de 2003, “la institución que regula la LO 5/1995, de 22 de mayo, es la primera y por tanto sin precedentes en otras legislaciones, que altera estas dos características que han acompañado la institución que se comenta desde su nacimiento al exigir la motivación del veredicto y al arbitrar un recurso de apelación —además del de casación—. Esta doble característica es consecuencia, en cuanto al deber de motivación de la exigencia constitucional contenida en el art. 120.3.º que no establece excepción alguna, y en cuanto a la doble instancia una anticipación de la exigencia de la misma contenida en el Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 22 de noviembre de 1984 (2).”

II. FUNDAMENTO

Es criterio unánime que la necesaria motivación del veredicto responde al mandato constituyente recogido en el artículo 120 de la Constitución Española de 1978, en cuyo párrafo tercero nuestra Carta Magna dispone la obligatoriedad de motivar las sentencias; deber calificado por SIERRA GIL DE LA CUESTA como una “obligación de todos los órganos judiciales y un derecho constitucional, exigible por los ciudadanos” (3). Principio constitucional y procesal que según jurisprudencia constante del Alto Tribunal se convierte “en una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad”.

(1) ARANDA Y ANTÓN, G., de: en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Jurado*, (Andrés de la Oliva Santos coord.), Ceura, Madrid, 1999, p. 594.

(2) *Repertorio de Jurisprudencia Informático Aranzadi* (en adelante *RJA-inf*) 2003/2438. En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia de 25 de octubre de 1999, de esta misma Sala (RJ 1999\8925)

(3) SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: “Motivación de las sentencias penales”, *Poder Judicial*, n.º especial XI, p. 43.

La extensión de tal principio al pronunciamiento del Jurado encuentra su fundamento en la unidad procesal que forman veredicto y sentencia, siendo el primero parte integrante de la segunda⁽⁴⁾. De tal forma que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1955, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, recoge la necesidad de razonar el veredicto, concretándola en el artículo 61.1.d), del mencionado texto legal en la obligatoria expresión por los ciudadanos jurados en el acta “de una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados”.

Para GARBERÍ LLOBREGAT⁽⁵⁾ el artículo 61.1.d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado “es la solución dada por el legislador español al problema de la ‘motivación de la sentencia’ característico de todos los modelos de Jurado de corte anglosajón. La disociación entre hechos y Derecho que se propicia desde dicho sistema hace que quienes estén llamados a ‘valorar la prueba’ conforme a su ‘íntima convicción’ (los ‘jueces legos’) sean personas distintas a las que han de llevar a cabo la calificación jurídica de los hechos y la redacción de la sentencia (los jueces técnicos), razón por la cual la motivación de esta última (dada la imposibilidad de que el Juez o Magistrado competente para dictarla pueda llegar a conocer la ‘íntima convicción de los jurados’ sobre la acreditación o no de los hechos, más aún si éstos responden con un lacónico monosilábico ‘sí’ o ‘no’ a la pregunta acerca de la culpabilidad del acusado) no puede ser sino meramente formal, por no decir inexistente, lo que no sólo impide que el acusado condenado, y la sociedad misma, lleguen a conocer con exactitud cuáles han sido las razones de la condena, sino que, sobre todo, dificulta enormemente (imposibilita en la práctica) el ejercicio de cualesquiera medios de impugnación contra la sentencia condenatoria. De ahí la necesidad de que, mientras se mantenga tal disociación entre hechos y Derecho, encomendado la valoración de la prueba y la redacción de la sentencia a jueces distintos, hayan de buscarse fórmulas para solucionar este problema, las cuales pasan obligatoriamente por establecer un específico deber de motivación a cargo de los únicos jueces que, por las labores enjuiciadoras que están llamadas a desempeñar, están en condiciones de motivar la decisión, es decir, los jueces integrantes del Jurado.”

(4) FERNÁNDEZ ENTRALGO, J: “La doma del unicornio. El juicio con Jurado: Veredicto, fallo y sentencia”, en AA.VV.: *El Tribunal del Jurado*; (L. Varela Castro dir.), Madrid, 1995, p. 591.

(5) GARBERÍ LLOBREGAT, J. (junto a GIMENO SENDRA, J.V.): *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, Colex, Madrid, 1996, pp. 320-321.

III. DETERMINACIÓN

Una vez concretada la necesidad y fundamento de la motivación del veredicto, en atención a la condición de legos en Derecho de los ciudadanos que componen el Tribunal del Jurado hay que fijar el grado de razonabilidad exigible.

Es un criterio unánime en la doctrina procesalista que no puede exigirse idéntico nivel de razonamiento a la decisión de los jurados que la requerida al juez profesional en la sentencia. Así, GARBERÍ LLOBREGAT⁽⁶⁾ justifica este distinto rigor en la dificultad que concurre en la práctica cuando la actividad probatoria presenta simultáneamente pruebas de signo incriminatorio y exculporio; resultando más compleja aún dicha labor en aquellos casos en los que la prueba es de carácter indiciario. Por ello, entiende VARELA CASTRO que “resultaría admisible trasladar al Jurado rangos de exigencia de exhaustividad en la exposición de argumentos que ni siquiera cabe demandar del juez técnico”⁽⁷⁾.

Este criterio ha sido acogido plenamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, *ad exemplum*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2001 afirma que “tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado es obvio que no pueden exigirse a los ciudadanos que integran el Tribunal el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que debe exigirse al juez profesional y por ello la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado exige una sucinta explicación”⁽⁸⁾.

Ello no obsta a que la labor motivadora del Jurado deba satisfacer plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva. De forma que aun teniendo en cuenta, como hace el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de septiembre de 2000, que no se debe “extremar el rigor en la exigencia de motivación del veredicto del jurado, determinando con ello la reiterada anulación de las resoluciones, con la consiguiente repetición de los juicios que conlleva un ineludible efecto negativo en los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, puede constituir, bajo el manto de un aparente hipergarantismo, la expresión real de una animosidad antijuradista que puede hacer inviable el funcionamiento de la institución, tal y como ha sido diseñada por el Legislador”, no por ello hay que dejar de buscar “el equilibrio entre los derechos constitucionales implicados ponderando la suficiente moti-

(6) Ob. cit., p. 321.

(7) “Fundamentos político-constitucionales...”, en AA.VV.: *El Tribunal del Jurado*, ob. cit., p. 106.

(8) *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (RJA en adelante)*, n.º 10, junio, 2001, marginal 2086.

vación de la racionalidad de la decisión, con el modelo de justificación, escueto y sin necesidad de artificio, que puede proporcionar un jurado”⁽⁹⁾.

Como ya ha quedado mencionado anteriormente, el nivel requerido por el legislador juradista de 1995 se circunscribe a una “motivación sucinta”. El recurso legislativo a este concepto jurídico indeterminado puede causar problemas en la práctica judicial, y la ausencia de criterio normativo complementario en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ) impide que pueda delimitarse con criterios apriorísticos la suficiencia de la motivación del veredicto, tal y como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo⁽¹⁰⁾.

Siguiendo doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Constitucional, la suficiencia de la motivación habrá que estudiarla caso por caso⁽¹¹⁾.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de septiembre de 2000 indica que “constituye motivación suficiente aquella que permite a un observador imparcial apreciar que la decisión tiene un fundamento razonable y no es fruto de la mera arbitrariedad”.

Por el contrario, parece que no habrá motivación cuando ésta falte absolutamente, o en aquellas actas del veredicto en los que sea manifiestamente incompleta; un ejemplo de este segundo supuesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 13 de febrero de 1999: “El acta del veredicto contiene al respecto la siguiente explicación: ‘Nos basamos (*sic*) en que en la prueba testimonial, Juan José declara que a Mohamed no le dio tiempo a nada, porque el ataque de Miguel fue fulminante por lo que el acusado no dio opción a que el

(9) *RJA*, 2000, vol. IV, marginal 7462.

(10) Entre otras, Sentencia de 10 de abril de 2001, *RJA*, n.º 10, junio, 2001, marginal 2086: “La suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales”. Igualmente, con anterioridad, Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2000: *RJA*, volumen III, 2000, marginal 6329, p. 9771.

(11) “Este Tribunal ha elaborado una amplia doctrina sobre la motivación de las resoluciones judiciales (SSTC 16/1993, 58/1993, 165/1993, 166/1993, 28/1994, 122/1994, 177/1994, 153/1995, entre otras muchas), que puede resumirse en las siguientes declaraciones: (...) c) La suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si a la vista de las circunstancias concurrentes se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales. No exige que el órgano judicial se extienda pormenorizadamente sobre todos y cada uno de los argumentos y razones en que las partes fundan sus pretensiones, admitiéndose la validez constitucional de la motivación aunque sea escueta”. Cita esta doctrina del Tribunal Constitucional la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998, Fundamento de Derecho Séptimo; en *RJA*, 1998, volumen III, marginal 4964, pp. 7697-7701.

fallecido se defendiera o pudiera advertir sus intenciones'. Pues bien, es evidente que dicha explicación se refiere únicamente a la agravante de responsabilidad, la alevosía, pero no a la existencia del hecho delictivo y la participación en él del acusado, ni a la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica a la inimputabilidad por anomalía psíquica (1.ª y 6.ª del artículo 21, en relación con el 20, todos ellos del Código Penal), por mucho que las suponga. No se dice, aunque sea sumariamente, por qué se condena al acusado ni si se aprecia o no la circunstancia modificativa indicada. En definitiva, el veredicto carece de motivación y por ello debe ser anulado.”⁽¹²⁾

En este sentido, estimamos que no se verá colmada la exigencia legal de motivar el veredicto cuando el Jurado se limite a realizar en el acta una mera remisión genérica a la prueba practicada

A título de ejemplo de tal supuesto podemos citar una causa sustanciada ante un Tribunal de Jurado constituido en la Audiencia Provincial de Madrid, en la que los jueces legos argumentaron su veredicto en el acta de la votación del siguiente modo:

“Testigos: Margarita de C.B.; Fernando F.J.; Noelia T.M. —policía nacional—. Pruebas periciales: Médico forense Miguel Ángel C.H.; Médico psiquiatra Carlos F.J.; Psicóloga Teresa M.D. Y declaraciones de los propios acusados Juan Pedro G.M., Juan Manuel N.G.-C., Sergio M.G. y David. F. de N.”

Recurrida la sentencia en apelación el Tribunal Superior de Justicia de Madrid decretó la nulidad de aquélla y la devolución de la causa para enjuiciarla nuevamente ante otro Jurado por el siguiente motivo: “El acta del veredicto (...) pone claramente de manifiesto la ausencia de una motivación mínimamente suficiente. El Jurado se limita a hacer mención a algunos, no de todos, los testigos y peritos que fueron interrogados en el acto del juicio, así como de los acusados. Y dicha mención en manera alguna puede suplir la exigencia del artículo 61.d) LOTJ, que impone a los jurados el deber de exponer en el acta ‘una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados’ (...) No puede desconocerse que la escueta referencia de algunos de los testigos y peritos oídos por el Jurado y a los acusados, no puede de manera alguna dar a conocer las razones por las que contestaron afirmativamente a unas preguntas de las formuladas por la Magistrada-Presidente y negativamente a otras, y por qué consideran culpables a los tres acusados (Juan Pedro, Juan Manuel y Sergio), y no culpable al cuarto (David); máxime si se tiene en cuenta que el hecho enjuiciado era complejo y que comparecieron al juicio numerosos testigos y varios peritos, que hicieron declaraciones extensas y en ocasiones contradictorias. Dicha insuficiencia de

(12) *Aranzadi-Inf.*, marginal 1999/3827, Fundamento de Derecho Segundo.

motivación en modo alguno puede quedar suplida, como se pretende por el Ministerio Fiscal, por la selección que por el jurado se realizó de los testigos que mencionan como elementos a los que atendió para formar su convicción.”

Siguiendo a GUTIÉRREZ CARBONELL ⁽¹³⁾, una motivación fáctica, formalmente válida y con independencia de su impugnabilidad respecto al fondo, ha de reunir las siguientes condiciones:

- Ha de ser una síntesis aceptada mayoritariamente en cada uno de los motivos concretos de las convicciones individuales.
- Tal síntesis no puede contener motivos contradictorios o incompatibles con los restantes.
- Las motivaciones individuales, no complementarias, podrán ser modificadas, con otras propuestas y someterse a nueva votación.
- Los disidentes con la mayoría pueden hacer constar su convicción en el acta correspondiente.

IV. CORRIENTE JURISPRUDENCIAL CONTRADICTORIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2001 ⁽¹⁴⁾ representa lo que DOIG DÍAZ ⁽¹⁵⁾ denomina la línea jurisprudencial ‘flexible’. En dicha resolución el Alto Tribunal consideraba que “el mandato del artículo 61.1.d) de la Ley del Jurado, no obliga a realizar una detallada, completa y minuciosa descripción de todo el proceso valorativo realizado durante las deliberaciones del jurado, sino que se limita a exigir una exposición de los ‘elementos de convicción’ tenidos en cuenta y una ‘sucinta’ explicación de las motivaciones del veredicto. Incluso estas motivaciones pueden aparecer implícitamente recogidas en el acta del veredicto a través de las contestaciones dadas a las diversas preguntas que constituyen el objeto del veredicto. Así se desprende del propio contenido del artículo 52 de la Ley del Jurado.

El camino seguido por el jurado al contestar las preguntas y considerar probados unos determinados hechos y otros no, pone de relieve cuál es en

(13) GUTIÉRREZ CARBONELL, M.: “El proceso penal con el Tribunal del Jurado: peculiaridades”, en AA.VV.: *Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de formación*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 146-147.

(14) Revista Jurídica, *La Ley*, diario n.º 5503, 15 de marzo de 2002, marginal 2587, Fundamento de Derecho Primero y Único

(15) DOIG DÍAZ, Y.: “La motivación del veredicto en el Tribunal del Jurado”, Diario *La Ley*, n.º 5894, 17 de noviembre de 2003.

definitiva el material probatorio utilizado para realizar el pronunciamiento de cada uno de los jurados sobre los hechos sometidos a debate y que ha sido objeto de prueba en el juicio oral.”

No obstante lo anterior, el Consejo General del Poder Judicial ⁽¹⁶⁾ ya venía advirtiendo desde el Informe aprobado por el Pleno de 14 de abril de 1998, y reiterando en sus Memorias anuales ⁽¹⁷⁾, como defectos patentes en sede de motivación del veredicto los siguientes:

- En la mayoría de los casos hay una remisión, de forma vaga y genérica, a las declaraciones del acusado, de los testigos o de los peritos ⁽¹⁸⁾.
- Confundir en ocasiones la explicación del íter formativo de la convicción del Jurado en general con la explicación del sentido del voto; añadiendo valoraciones en algunos casos ⁽¹⁹⁾.
- El Tribunal del Jurado más de una vez ha empleado el apartado destinado a la motivación para introducir elementos fácticos en el veredicto ⁽²⁰⁾.

A mayor abundancia, no podemos obviar la influencia mediática del entorno que rodea a la institución del Jurado; especialmente en aquellas causas con amplia repercusión social como los casos M. Otegui o el de R. Wanninkhoff.

(16) *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la experiencia de la aplicación práctica y orgánica del Tribunal del Jurado*, Madrid, 14 de enero de 1998, p. 28.

(17) El Consejo General del Poder Judicial sostuvo que “en más de la mitad del total de las causas examinadas, la motivación de las decisiones del Tribunal del Jurado es, en realidad, inexistente o, cuando menos, manifiestamente insuficiente. Por el contrario, en algo más de la tercera parte, puede considerarse que la motivación de la resolución del Tribunal del Jurado resulta adecuada y suficiente.” Además, “las motivaciones de los veredictos tienden generalmente a la síntesis y, en algunos casos, son notoriamente insuficientes o, incluso inexistentes”. *Memoria que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1998, pp. 68 y 70.

Al año siguiente consideraba que “la falta de motivación del veredicto debería reflejarse expresamente en el artículo 63 de la Ley para evitar supuestos de no actuación de las facultades de devolución del acta por el Magistrado-Presidente”. *Memoria que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1999, p. 20.

(18) *Informe del Consejo General del Poder Judicial ...*, ob. cit., p. 28.

(19) “... Es constatable una cierta inclinación del Tribunal del Jurado a transformar la exposición de los fundamentos probatorios del veredicto en una suerte de explicación del voto de los jurados, en la que se introducen, sin demasiada justificación, consideraciones valorativas de diversa índole”. *Idem supra*, p. 29.

(20) *Idem supra*, p. 54.

Como sostiene FERNÁNDEZ-VIAGAS PLÁCIDO ⁽²¹⁾, “la necesidad de remediar la sorprendente sentencia dictada por el Tribunal del Jurado en el denominado ‘caso Otegui’ ha producido numerosas consecuencias negativas al exigirse, a partir de entonces, a los ciudadanos jurados más explicaciones de las que normalmente pueden dar”; para este autor se ha convertido en doctrina jurisprudencial dominante la necesidad de que “a modo de motivación, se individualicen en forma clara las pruebas y demás elementos que hayan servido para formar su convicción en relación con cada uno de los hechos determinantes del juicio. En el bien entendido que no bastará con fórmulas, muy repetidas en la práctica, como la de que ‘los jurados han atendido como elementos de convicción a las pruebas practicadas en la vista’ (...) Es necesario, por tanto, algo más.”

El segundo caso citado, el asesinato de la joven Rocío Wanninkhof, dio pie desde la propia sustanciación del mismo en la Audiencia Provincial de Málaga a una amplia polémica en torno a la institución; y, a efectos del presente artículo, a las garantías que ofrecía la institución del Jurado para el justiciable. Pudiera considerarse que esta causa supuso un punto de inflexión en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en la materia que estudiamos. El Alto Tribunal, resolviendo en vía casacional, afirma sobre el caso Wanninkhof y la motivación del veredicto lo siguiente: “De los medios de prueba suelen obtenerse contenidos informativos no siempre unívocos, ni rigurosamente coincidentes, a los que quepa remitirse de manera global y sin matices. Esto hace necesario que los tribunales identifiquen con algún detalle los elementos de prueba obtenidos de cada una de las fuentes de prueba examinadas, y precisen la razón de asignarles un valor probatorio. Tal es lo que impone la Ley del Jurado con total claridad, en el precepto citado, cuando le obliga a relacionar los elementos de convicción y a explicar las razones de haber tenido, a partir de éstos, unos hechos como probados. Es decir, en un caso como el presente, será preciso individualizar los datos probatorios susceptibles de consideración a tenor del resultado de la prueba; y decir por qué de ellos se sigue la convicción de que los hechos —que no fueron directamente presenciados por nadie— ocurrieron de una determinada manera y no de otra. La identificación de los ‘elementos de convicción’ ha de darse con el imprescindible detalle y no ser meramente ejemplificativa; y la ‘explicación’ de las ‘razones’ puede ser ‘sucinta’, o sea, breve, pero debe producirse sin dejar duda de que las mismas existen como tales y están dotadas de seriedad suficiente.” ⁽²²⁾

(21) Ob. cit., pp. 388-389.

(22) Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 279/2003, de 12 de marzo. Consultada en www.westlaw.es, RJ 2003/2576, Fundamento de Derecho Cuarto.

V. CONCLUSIONES. EL APARTADO CUARTO DEL ACTA DEL VEREDICTO EN LA PRÁCTICA FORENSE

Aun siendo divergente el criterio jurisprudencial del Alto Tribunal expuesto con anterioridad, cabría entender que no es admisible un veredicto cuya argumentación se limite a una remisión genérica a la actividad probatoria, fallos que el Jurado “motive” a través de vagas expresiones como “la prueba practicada”⁽²³⁾. *Ad exemplum*, el Jurado del caso Pérez, que cuando tuvo que delimitar en qué prueba basaron la declaración como probados de hechos que sustentaban la existencia de circunstancias eximentes en el acusado, afirman: “asimismo se consideran como eximentes los puntos quinto y octavo del objeto del veredicto, ampliamente demostrados y aceptados por la acusación”⁽²⁴⁾.

Un criterio frecuente suele ser el enunciado de la actividad probatoria realizada en el juicio oral, señalando a modo de listado en el apartado cuarto del acta del veredicto la relación de aquellas practicadas. A nuestro modesto entender, si bien no cabe exigir a los ciudadanos jurados un nivel argumental técnico-jurídico de idénticas características al de los jueces profesionales, tampoco estimamos que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, en consonancia con el artículo 120 de la Carta Magna, quede satisfecho enunciando meramente en el cuarto apartado del acta del veredicto el listado de pruebas practicadas. En este sentido, podemos citar como ejemplo el *caso Montoya*:

“Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes: Declaraciones de médicos, médico-forense, Guardia Civil y peritos. Huellas dactiloscópicas. Fotos”⁽²⁵⁾

Con la debida prudencia entendemos que se dará cumplimiento al mandato contenido en el artículo 61.1.d) LOTJ, y por ende al artículo 120 CE, en aquellos

(23) Así, Sentencia del 6 de marzo de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía; *Aranzadi-Inf.*, marginal 1999/3034, Fundamento de Derecho Noveno: “En el correspondiente apartado de su veredicto el Jurado se limitó a decir que había atendido como elementos de convicción a ‘lo escuchado en el juicio y las pruebas practicadas’, por lo que es evidente que en este caso (...), la motivación ofrecida, no es que fuera lacónica, como se la califica en la sentencia impugnada, sino que se trataba de una simple obviedad que en modo alguno colmaba las exigencias del artículo 61.1.d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.”

(24) Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, Procedimiento 1/96, rollo de Sala 2/97. Consultado en el Archivo de la Sección 1.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla.

(25) Procedimiento de Ley del Jurado n.º 1/95 de la Audiencia Provincial de Huelva, proveniente del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Aracena. Consultado en el Archivo de la Sección 1.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla.

casos en los que el Jurado enumere los hechos que declara probados, de forma relacional a los medios de prueba en que fundamentan tal decisión; y de igual forma, con aquellos extremos comprendidos en el objeto del veredicto que no se declaren probados.

A título de ejemplo de la tesis mantenida, podemos citar el *caso Martínez*, sustanciado en la Audiencia Provincial de Almería, en el que el Jurado declaró probados hechos contrarios al acusado, argumentando su actividad enjuiciadora en el acta del veredicto de una forma digna de encomio. Motivación en la que relacionaron cada hecho tenido por probado con el medio de prueba que les ha permitido lograr su convicción sobre aquél (cada número cardinal remite al correlativo del objeto del veredicto) ⁽²⁶⁾:

“Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones, las siguientes razones:

- 1.º) La propia declaración del acusado.
- 2.º) La propia declaración del acusado.
- 3.º) La propia declaración del acusado. Si bien no entendemos probado que la huida del acusado fuera hacia la rampa.
- 4.º) Por las declaraciones del acusado y por la prueba pericial médico-forense.
- 5.º) Por las declaraciones del acusado y por la prueba pericial médico-forense, y por el testimonio de la policía científica.
- 7.º a 10.º) Por las declaraciones del acusado.
- 11.º) Consideramos que en un principio hubo intento de apoderarse del bolso, pero no lo consiguió, y posteriormente se limitó a hacer desaparecer las pruebas. Nos basamos en las declaraciones del acusado y las testificales de los policías que fueron a recuperar alguno de los objetos.
- 12.º) Por las declaraciones del acusado, testificales de la novia, sus padres y por su amigo.
- 20.º) Por las declaraciones del Inspector Jefe de la Policía Judicial y otros policías.
- 23.º) Por las declaraciones del acusado y de los policías que acreditan que no se quedó con ninguna de las pertenencias.
- 24.º) Por la prueba pericial médico-forense.

⁽²⁶⁾ Audiencia Provincial de Valencia, Sección Quinta, causa 8/97 del Tribunal del Jurado. Consultado en el Archivo de la Sección 1.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla. Por no aportar ningún elemento sustancial al tema que estudiamos obviamos la extensa relación de hechos probados.

- 25.º) Por las declaraciones del acusado y la prueba pericial.
- 27.º) Por las declaraciones del acusado y de los policías que acreditan que no se quedó con ninguna de las pertenencias.
- 28.º) Por las declaraciones del acusado, la prueba pericial médico-forense y declaraciones testificales de los policías.
- 30.º) Por las declaraciones del acusado y la prueba pericial.”

Con idéntica corrección el Jurado argumentó en qué pruebas se basaba para declarar no probados los hechos 6.º, 13.º a 19.º, 21.º, 26.º y 29.º.

En sede de motivación de hechos no probados, y para reforzar nuestra posición pudiera citarse *ad exemplum* este veredicto del Tribunal del Jurado constituido en la Audiencia Provincial de Huelva⁽²⁷⁾:

“Los Jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las siguientes declaraciones a los siguientes:

1. Testimonio de José María P. H. y Juan José M. J. que lo vieron en la c/ Palomar a la altura del n.º, fuera de la casa, pero no en el interior de la misma.

Informe toxicológico que no demuestra que haya sangre del acusado en la víctima, ni en la víctima del acusado; remitiéndonos al mismo informe, no se encuentra sangre del acusado en la ropa de la víctima ni en el interior de la casa. Al igual que no se encuentra sangre del acusado en la navaja.

Testimonio de Dolores J.J., del n.º, de c/ Palomar, vecina de la víctima declara que estando despierta en la citada hora, no haber oído nada de los hechos que se le imputan al acusado ni al acusado llamar a Florencio reiteradamente como dice Juan José, solamente oye la llamada de auxilio, tras golpear la puerta de su casa Florencio.

Testimonio de José Laureano P. C. que declara que Luis B. sacó una navaja del bolsillo, manchada con una sustancia parecida a la sangre, y desde aquí nos remitimos a informe de Toxicología de no encontrar sangre en el bolsillo de Luis B.

(27) Veredicto que dio lugar a la Sentencia de 6 de noviembre de 1998. Contra la sentencia absolutoria se presentó recurso de apelación por parte del Ministerio Fiscal y la acusación particular en el que entre otros motivos se aduce falta de criterios racionales en la apreciación de los hechos y de lógica argumentativa, lo que conlleva una motivación incorrecta. El recurso es rechazado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su Sentencia de 10 de junio de 1999, afirmando que “las partes podrán estar, o no, de acuerdo con el razonamiento intelectual del Jurado. Pueden considerarlo incluso totalmente incorrecto. Pero lo que es evidente es que no sólo ha existido una motivación sino que la misma ha sido completa. Se indican los aspectos esenciales que dan lugar a una declaración de inculpabilidad”. Tanto el veredicto citado como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía pueden consultarse en *Aranzadi-Inf.*, marginal 1999/2357, Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo.

2. No existe prueba directa de ningún testigo de verlo en el interior de la vivienda. Para ello nos remitimos a todos los testimonios dados por los testigos que ninguno declara haberlo visto ni oído en el interior de la casa de Florencio.

3. No existe ningún testigo que haya declarado que estuviera F. Luis B. en el interior de la vivienda por lo tanto concluimos diciendo que no hay prueba directa para acusarlo. Testimonio de la vecina de la casa contigua que declara oír a Florencio pedir auxilio, por tanto estaba muerto al salir de casa.

Informe toxicológico en el cual no se especifica que el reguero de sangre encontrado en la citada calle donde transcurren los hechos pertenezca a Francisco Luis B. También nos remitimos a los testimonios de todos los testigos que ninguno afirma que el señor B. salga de la c/ Palomar, n.º ..., con dirección a la discoteca El Molino.”

En este sentido, finalmente, compartimos la línea jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que pudiera entenderse situada en un plano intermedio respecto a la divergente corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo expuesta. De este modo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de febrero de 2000 concretaría la posición a la que hacemos referencia: “Hay una tercera tesis de proporciones medias, más razonable, que entiende cumplidos los deberes de motivación si, reparando en los hechos, el Jurado se limita a individualizar inequívocamente las pruebas y cualesquiera otros elementos de convicción cuyo impacto psicológico le induce a admitir o rehusar el ‘*iter*’ histórico de los acontecimientos que se juzgan (...) La tercera satisface aquella exigencia y, además, responde a las condiciones de mérito y capacidad adecuadas al ejercicio de las funciones públicas que, según los artículos 125 de la Constitución y 1.1 de la Ley del Jurado, significa esta forma de participación popular en la Administración de Justicia.”⁽²⁸⁾

⁽²⁸⁾ *Aranzadi-Inf.*, marginal 2000/1140, Fundamento de Derecho Quinto. Idéntico pronunciamiento cabría encontrar en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2 de junio de 2000, *Aranzadi-Inf.*, marginal 2000/1844, Fundamento de Derecho Segundo.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Abuso sexual:

- STS 115/2004, de 9 de febrero 147

Acción penal:

- STC 107/2004, de 28 de junio 129

Alzamiento de bienes:

- SAP Valencia 305/2003, de 4 de junio 247

Apropiación indebida:

- SAP Sevilla 22/2003, de 8 de mayo 236

Asesinato:

- STS 415/2004, de 25 de marzo 190

Asistencia letrada:

- STS 249/2003, de 30 de marzo de 2004 199

Atentado:

- STS 470/2004, de 6 de abril 212

C

Cacheo:

- STS 260/2004, de 23 de febrero 158

Circunstancia atenuante (analogía):

- SAP Madrid 59/2004, de 21 de mayo 252

Circunstancia atenuante (reparación del daño):

- STS 447/2004, de 5 de abril 206

Circunstancia mixta de parentesco:

- STS 147/2004, de 6 de febrero 145

Coautoría:

- STS 415/2004, de 25 de marzo 190

- STS 540/2004, de 5 de mayo 227

Concurso de delitos:

- STS 70/2004, de 20 de enero 132

- STS 357/2004, de 19 de marzo 182

Conducción bajo los efectos del alcohol:

- STC 68/2004, de 19 de abril 120

- SAP Madrid 451/2003, de 7 de mayo 235

- SAP Madrid 222/2003, de 12 de mayo 240

D

Declaraciones sumariales:

- STS 126/2004, de 6 de febrero 142

- SAP Barcelona de 17 de junio de 2004 260

Delito continuado:

- STS 348/2004, de 18 de marzo 181

Delitos conexos:

- STS 512/2004, de 28 de abril 223

Delitos contra los derechos de los trabajadores:

- SAP Valencia 252/2003, de 13 de mayo 242

	Página
Delitos relativos a la propiedad industrial:	
— STS 357/2004, de 19 de marzo	182
Delitos societarios:	
— SAP Valencia 142/2003, de 17 de mayo	243
Derecho a un juez imparcial:	
— STC 39/2004, de 22 de marzo	113
Derecho a utilizar los medios de prueba:	
— STS 149/2004, de 26 de febrero	161
Derecho de defensa:	
— STC 35/2004, de 8 de marzo	109
Desobediencia:	
— SAP Madrid 247/2003, de 22 de mayo	245
Detención ilegal:	
— STS 186/2004, de 12 de febrero	152
— SAP Madrid 266/2004, de 8 de junio	255

E

Entrada y registro:	
— STS 133/2004, de 3 de febrero	140
— STS 384/2004, de 22 de marzo	188

F

Falsificación de moneda:	
— STS 201/2004, de 24 de febrero	160
Falta de expresión de hechos probados:	
— STS 453/2004, de 26 de marzo	193

I

Impago de pensiones:

- SAP Valencia 150/2003, de 10 de junio 249

Imprudencia punible:

- SAP Valencia 187/2003, de 19 de junio 250

Inmodificabilidad de las resoluciones judiciales:

- STC 49/2004, de 30 de marzo 117

Intervenciones telefónicas:

- STS 101/2004, de 2 de febrero 136
 — STS 95/2004, de 3 de febrero 139
 — STS 503/2004, de 19 de abril 217

L

Legítima defensa:

- STS 614/2004, de 12 de mayo 229

Lesiones (Delimitación delito/falta):

- SAP Valencia 239/2003, de 8 de mayo 237

Lugar de comisión del delito:

- STS 1626/2003, de 29 de enero de 2004 134

M

Malversación de caudales públicos:

- STS 447/2004, de 5 de abril 206

P

Penal de alejamiento:

— STS 369/2004, de 11 de marzo 165

Presunción de inocencia:

— STS 516/2004, de 27 de abril 222

Principio “non bis in idem”:

— SAP Madrid 451/2003, de 7 de mayo 235

Principio acusatorio:

— STS 340/2004, de 12 de marzo 173

— STS 376/2004, de 17 de marzo 179

— STS 440/2004, de 5 de abril 203

Prisión provisional:

— STC 81/2004, de 5 de mayo 124

Profanación de cadáveres:

— STS 70/2004, de 20 de enero 132

Prueba ilícita:

— STS 205/2004, de 18 de febrero 153

— STS 339/2004, de 16 de marzo 177

Prueba pericial:

— STS 450/2004, de 2 de abril 201

— STS 479/2004, de 15 de abril 214

Prueba testifical:

— STS 469/2004, de 6 de abril 209

R

Recurso de apelación:

— SAP Madrid 152/2003, de 6 de mayo 233

Recurso de casación:

— STS 205/2004, de 18 de febrero 153

Refundición de condenas:

— STS 342/2004, de 12 de marzo 175

Resistencia a la autoridad:

— STS 470/2004, de 6 de abril 212

Responsabilidad civil derivada del delito:

— STC 105/2004, de 28 de junio 126

— STS 140/2004, de 9 de febrero 149

— SAP Madrid 303/2003, de 10 de junio 248

Retroactividad de la ley más favorable:

— STS 499/2004, de 23 de abril 219

Robo con violencia:

— STS 186/2004, de 12 de febrero 152

T

Tráfico de drogas:

— STS 298/2004, de 12 de marzo 168

Tribunal del jurado:

— STS 549/2004, de 4 de mayo 225

V

Violación:

— STS 549/2004, de 4 de mayo 225

— SAP Madrid 232/2004, de 28 de mayo 253

Violencia doméstica:

— STS 417/2004, de 29 de marzo 195

— SAP Madrid 270/2004, de 11 de junio 257

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 35/2004 de la Sala 1.ª del TC de 8 de marzo de 2004
(BOE 6 de abril de 2004) (Recurso de amparo 5806/2001)**

DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN

Arts. 24 CE; 733 LECrim.

Ponente: **Excm. Sra. D.ª M.ª Emilia Casas Bahamonde**

SÍNTESIS

Con cita de la STC 32/2003 (extractada en el núm. 8 de la Revista) se declara infringido el principio acusatorio y vulnerado el derecho a no padecer indefensión, a la defensa y al conocimiento previo de la acusación ante otra sentencia de apelación que condena por delito de injurias graves, calificado de oficio tras revocar la condena por calumnia pronunciada en la instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...) nuestro examen en el presente caso, procede iniciarlo abordando la cuestión relativa a si el cambio de calificación de los hechos producido en el grado de apela-

ción, mediante su transformación desde un delito continuado de calumnias en un delito continuado de injurias graves, ha supuesto una lesión del principio acusatorio y, consiguientemente, de los derechos del demandante de amparo a no padecer indefensión, a

conocer los hechos de los que venía acusado y a la defensa.

En relación con las garantías que incluye el principio acusatorio, este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar en otras ocasiones que entre ellas se encuentra la de que «nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse», habiendo precisado a este respecto que por «cosa» no puede entenderse «únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae 'no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica', tal como hemos sostenido en las SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, y 225/1997, de 15 de diciembre» (STC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; en el mismo sentido, STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5).

La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por este Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero,

FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3).

Ello no obstante hemos afirmado también que la sujeción de la condena finalmente impuesta a la acusación formulada no es tan estricta como para impedir al órgano judicial modificar la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no se produce infracción constitucional alguna cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse la parte para contradecirlo en su caso (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; y 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). Por lo que aquí interesa, la doctrina expuesta significa que, en apelación, la única posibilidad de que el órgano judicial se aparte de las calificaciones de los hechos propuestas por la acusación precisa del cumplimiento previo de dos condiciones: a) que exista identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, debatido en el juicio contradictorio y declarado probado en la Sentencia dictada en instancia constituya el soporte fáctico de la nueva calificación; y b) que pueda considerarse que existe homogeneidad entre el delito por el que se dictó Sentencia condenatoria en instancia y el delito por el que se ha condenado en apelación (SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 5; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3A; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3).

Esta última exigencia ha sido también perfilada por nuestra jurisprudencia que ha sostenido que son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen «modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo

tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse» (ATC 244/1995, de 22 de septiembre, FJ 3), en el entendimiento de que «aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen» y que «podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia» (SSTC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). La decisión acerca de la homogeneidad o heterogeneidad existente entre dos distintas infracciones penales no corresponde, sin embargo, a este Tribunal, sino a los órganos de la jurisdicción ordinaria, limitándose nuestra función a la verificación de un análisis externo acerca de la razonabilidad de la conclusión obtenida por aquellos a este respecto, en el marco constituido por el derecho fundamental de todo acusado a la defensa (por todas, STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4).

(...)

5. (...) la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz estimó que, al existir homogeneidad entre los delitos de calumnia e injurias por afectar ambos a un mismo interés o bien jurídico protegido y ser menor la pena correspondiente al segundo de ellos que la prevista para el primero, estaba autorizada a variar el título de imputación, de acuerdo con una cierta doctrina jurisprudencial, aun cuando en ningún momento hubiese sido formulada acusación por delito de injurias. No hay, sin embargo, en la argumentación desarrollada por la Audiencia alusión alguna así todos los elementos estructurales integrantes del delito de injurias pueden estimarse asimismo constitutivos del delito de calumnia, de manera que hubiera de entenderse que la defensa ejercitada contra esta última acusación comprendía

la defensa que habría podido ejercitarse frente a una acusación nunca formulada por delito de injurias graves. De una línea jurisprudencial supuestamente mayoritaria induce la Audiencia que los delitos de calumnia e injurias son homogéneos porque afectan a un mismo bien jurídico, y de ahí se concluye que no se ha producido lesión alguna en el caso del principio acusatorio por motivo del cambio de calificación jurídica de los hechos llevado a cabo.

Pero, como ha quedado anteriormente expuesto, a los efectos del examen de la vulneración del principio acusatorio, lo relevante no es la calificación de homogéneas de dos figuras delictivas a partir del dato de que ambas protegen el mismo bien jurídico, sino si el acusado pudo defenderse de todos los elementos esenciales constitutivos del delito por el que fue finalmente condenado, su incidencia en el derecho a la defensa.

6. Sentado lo precedente, se hace necesario señalar que del examen de las actuaciones resulta que en ningún momento del procedimiento penal seguido contra el demandante de amparo hubo ocasión de discutir en forma contradictoria acerca de si los hechos enjuiciados, objetivamente considerados, podían estimarse lesivos de la «dignidad» del Magistrado querellante por cuanto habrían supuesto un menoscabo de su «fama» o un atentado contra su «propia estimación». Ninguno de estos referentes obligados del delito de injurias fue objeto de debate contradictorio, ya que el mismo se centró en torno a la cuestión de si el demandante de amparo había o no imputado al citado Magistrado hechos constitutivos de delito con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, lo que, de resultar probado, obviamente implicaría automáticamente un atentado contra su honor.

Por el contrario, el automatismo con el que es posible sostener el atentado al derecho al honor del afectado si se prueban los presupuestos fácticos del delito de calumnias no se puede apreciar respecto del delito de injurias, modalidad delictiva de reputada circunstancialidad en la que unas mismas

expresiones pueden o no considerarse típicas según a quien se dirijan, según el contexto en que se profieran y según sean los usos y costumbres imperantes en el marco social de referencia. Incluso la gravedad de las injurias, imprescindible para que puedan ser calificadas de delito, exige una referencia a esos condicionantes sociológicos que en modo alguno requiere el delito de calumnia. El propio derecho fundamental a la libertad de expresión, invocado por el demandante de amparo en su defensa frente a la condena recaída en instancia a título de este último delito, no tiene el mismo margen de actuación en la calumnia que en las injurias, ya que, como es lógico, una vez confirmada la presencia de todos los elementos componentes de la parte objetiva y subjetiva del primero de dichos tipos penales, esto es, de la falsa imputación de un delito con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, no podrá afirmarse que dicha conducta falsaria está amparada por el legítimo derecho al ejercicio de la libertad de expresión. En cambio, cuando se imputan hechos no constitutivos de delito, el conocimiento por parte del autor de la falsedad de dicha imputación, o la realización de la misma con temerario desprecio hacia la verdad, no siempre determinará la existencia de una responsabilidad por delito de injurias, dado que este tipo penal exige previamente que tales hechos sean objetivamente dañinos para la fama o autoestima del afectado y que, en todo caso, de ser esas manifestaciones objetivamente injuriosas, puedan ser tenidas en el «concepto público» por graves en atención a «su naturaleza, efectos y circunstancias». Finalmente, ni siquiera el bien jurídico protegido lo está con la misma amplitud en el delito de injurias que en el de calumnia, ya que, a diferencia de aquél, este último no ofrece ningún resquicio para la protección del «honor aparente», dada la relevancia exoneratoria que en él adquiere la *exceptio veritatis*, cuyo alcance, por otra parte, también es distinto y más amplio que el que tiene en relación con las injurias ya que, en tal caso, únicamente surte ese efecto

de exención de la responsabilidad criminal cuando las imputaciones de hechos no constitutivos de delito hayan sido dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penal eso de infracciones administrativas, lo que aquí es el caso al imputarse al Magistrado-Juez hechos relativos al ejercicio de su cargo (arts. 207 y 210 CP).

Las señaladas diferencias estructurales entre las respectivas tipicidades de los delitos de injurias y calumnia son indicativas de que, más allá de su común referencia a un mismo bien jurídico, la defensa frente a una u otra de esas dos distintas imputaciones no es la misma y de que, por lo tanto, la defensa frente a una acusación por delito de calumnia no engloba necesariamente la posible defensa frente a una acusación de delito de injurias. De manera que, sin necesidad de terciar en la discusión jurisprudencial existente acerca de la homogeneidad o heterogeneidad que cabría apreciar entre ambos delitos, podemos concluir que, conforme ya hemos declarado en otras ocasiones (por todas, STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5), lo verdaderamente relevante en este caso es que, a la vista de las actuaciones obrantes en poder de este Tribunal, el demandante de amparo no tuvo ocasión de defenderse plena y frontalmente frente a una acusación a título de delito de injurias graves que nunca le fue formulada.

(...)

7. A todo lo expuesto ha de añadirse que, conforme ya afirmamos en la STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3, en el ámbito de las garantías inherentes al principio acusatorio se encuentra la que impide «condenar sin acusación ejercida por órgano distinto a quien juzga (por todas, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FFJJ 5 y 6; 104/1986, de 17 de julio, FJ 3; 134/1986, de 29 de octubre, FJ 4; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5; 302/2000, de 11 de noviembre, FJ 2)», ya que la condena recaída en tales condiciones pone de manifiesto la «pérdida de imparcia-

lidad» del órgano judicial que la dicta y, al propio tiempo, implica un incumplimiento de la exigencia, asimismo derivada del principio acusatorio, de que se dé una «necesaria congruencia entre la acusación y el fallo».

A la salvaguarda de dicha garantía responde el art. 733 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) que establece la posibilidad de que el órgano judicial someta a las partes la posibilidad de una calificación alternativa de los hechos, una vez desarrollado el juicio oral, a los efectos de que si éstos llegan a asumirla, pueda juzgar los hechos conforme a dicha nueva calificación. Pues bien, esta posibilidad, de por sí excepcional, queda excluida para las causas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte. En efecto, el art. 733.3 LECrím reza: «esta facultad excepcional, de que el

Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delito que sólo pueden perseguirse a instancia de parte».

A la luz de dicha razón de decidir en el caso que nos ocupa, y teniendo en cuenta que durante todo el procedimiento sólo ejerció la acusación el ofendido, pidiendo el Ministerio Fiscal el sobreseimiento y, con posterioridad, la revocación de la Sentencia condenatoria por no ser los hechos constitutivos del delito de calumnias, debemos, en consecuencia, declarar que la condena impuesta en apelación al demandante de amparo por un delito continuado de injurias, del que en ningún momento había sido acusado, ha constituido una infracción del principio acusatorio y, por ende, una vulneración de sus derechos a no padecer indefensión, a la defensa y a conocer de la acusación contra él formulada.

Sentencia 39/2004 de la Sala 2.^a del TC de 22 de marzo de 2004 (BOE 23 de abril de 2004) (Recursos de amparo acumulados 2023/2001, 2173/2001, 2179/2001 y 2183/2201)

DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL

Art. 24.2 CE

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

SÍNTESIS

Con repaso de la jurisprudencia sobre la materia emanada del propio TC, así como del TEDH, la Sala declara vulnerado el derecho al Juez imparcial, al llevar a cabo el enjuiciamiento la Sala formada por los mismos Magistrados que habían revocado el archivo de la causa por auto que exteriorizaba un juicio anticipado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

(...)

3. Este Tribunal ha reiterado que la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (en adelante CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (por todas, STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 3), con una especial trascendencia en el ámbito penal (STC 52/2001, de 26 de febrero, FJ 3). El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde un perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el *thema decidendi* (por todas, SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 14.ª; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2; y 38/2003, de 27 de febrero, FJ 3; así como SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack c. Bélgica, § 30; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber c. Bélgica, § 24; y, entre las más recientes, de 25 de julio de 2002, caso Perote Pellón c. España, § 43; y de 17 de junio de 2003, caso Pescador Valero c. España, § 21). Se ha puntualizando, no obstante, que lo determinante y decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad judicial estén objetivamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias de cada caso concreto (por todas, SSTC 11/2000, de

17 de enero, FJ 4; 52/2001, de 26 de febrero, FJ 4; o 69/2001, de 17 de marzo, FJ 14.ª; y SSTEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt c. Dinamarca, §§ 48-49; de 24 de marzo de 1993, caso Fey c. Austria § 30; de 28 de octubre de 1997, caso Castillo Algar c. España, §§ 43 y 46; de 15 de noviembre de 2001, caso Werner c. Polonia, §§ 39 y 43; de 25 de julio de 2002, caso Perote Pellón c. España, §§ 45 y 47).

La determinación de cuáles son las circunstancias concretas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo. Y ello porque la imparcialidad trata de garantizar también que el juzgador se mantenga ajeno, específicamente, a la labor de incriminación o inculpación del acusado, ya sea ésta indiciaria y provisional, como la que se produce en los Autos de inculpación y procesamiento, ya se efectúe de forma preventiva, como acaece al acordar la adopción de medidas cautelares (STC 310/2000, de 18 de diciembre, FJ 4).

4. En diferentes ocasiones este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la relevancia e incidencia que los juicios provisionales de inculpación o imputación tienen sobre la imparcialidad judicial

(...)

en lo que respecta a los supuestos en que, como ocurre en el presente amparo, las dudas respecto a la imparcialidad judicial se fundamentan en la revocación de una deci-

sión de archivo por parte del órgano de revisión, cabe destacar que tal circunstancia fue motivo para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declarara la vulneración del derecho cuya observancia está reclamando nuestra atención (STEDH de 23 de mayo de 1991, caso Oberschlick c. Austria). Ahora bien, este Tribunal ha desestimado que se produzca tal vulneración en el caso de la decisión de levantar el sobreseimiento y ordenar proseguir un procedimiento penal, al entender que tal resolución no incluye necesariamente una imputación que tenga que transformarse luego en un juicio de culpabilidad (STC 11/2000, de 17 de enero, FJ 5), y asimismo ha rechazado la existencia de vulneración del derecho al Juez imparcial en supuestos que se limitan a abordar aspectos puramente formales del desarrollo de la instrucción y al análisis de cuestiones absolutamente abstractas y generales sobre la eventual concurrencia de una cuestión previa de legalidad administrativa, sin ninguna relación con las circunstancias fácticas de la presunta infracción cometida, ni con la participación en los hechos del inculpado (STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 4).

De todo ello puede concluirse que, por lo que interesa a los efectos de resolver el caso ahora planteado ante nosotros, deben considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial, y, por tanto, vulnerado el derecho al Juez imparcial, cuando la decisión en revisión de dejar sin efecto un sobreseimiento o un archivo adoptada por un órgano jurisdiccional que posteriormente conoce de la causa se fundamenta en valoraciones que, aun cuando provisionales, resulten sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando, de ese modo, un pronunciamiento anticipado al respecto.

(...)

6. En atención a la doctrina anteriormente expuesta y al contenido de la resolución controvertida es necesario valorar si, más allá de haber dejado sin efecto un acuerdo de archivo, en ella se ha exteriori-

zado un juicio anticipado sobre la responsabilidad penal de los implicados que permita afirmar que están justificadas las dudas sobre la imparcialidad de los miembros del órgano de enjuiciamiento.

Para ello debe partirse de dos presupuestos que se derivan de las actuaciones. El primero, que fue en el Auto de archivo donde se establecieron los hechos que se deducían de las diligencias de investigación practicadas, y que el Auto resolutorio de la apelación no los modificó o amplió a partir de una análisis del material de instrucción autónomo o diferenciado del que realizó el instructor. El segundo, que el pronunciamiento del Auto de apelación sobre la improcedencia del archivo se fundamentó en valoraciones de carácter jurídico que se concretaron, como se ha expuesto, de un lado en negar que los servicios de inteligencia estuvieran legitimados para realizar este tipo de conductas; de otro en descartar el carácter imprudente de las interceptaciones telefónicas; y por último en rechazar la posibilidad de excluir a las comunicaciones en que interviene un teléfono móvil del ámbito de aplicación del elemento típico «comunicación telefónica».

El hecho de que el Auto de apelación se limitara a resolver cuestiones jurídicas fue el argumento principal del Auto de la Sala del art. 77 LOPJ del Tribunal Superior de Justicia de Madrid para desestimar la recusación, en tanto que evidenciaría que no se había realizado acto de imputación o inculminación alguno contra los interesados. Este Tribunal ha reiterado, en supuestos en que es necesario anticipar provisionalmente una calificación jurídica para determinar el procedimiento aplicable o la competencia, que meros pronunciamientos abstractos sobre la calificación jurídica que merecen unos hechos no comprometen necesariamente la imparcialidad judicial (STC 52/2001, de 26 de febrero, FJ 6, o ATC 81/2003, de 10 de marzo, FJ 3). Ello no permite concluir, sin embargo, que la existencia de un juicio provisional sobre la responsabilidad penal sólo pueda predicarse de aquellos casos en los

que lo controvertido sean las cuestiones fácticas y no las jurídicas, ya que todo juicio sobre la responsabilidad penal, sea provisional o definitivo, en tanto que proceso de subsunción de la conducta en la norma penal, exige una previa labor dialéctica y frecuentemente interdependiente de determinar los hechos y el ámbito de aplicación de la norma penal, lo que no excluye, sino que presupone, la valoración de cuestiones jurídicas. Por tanto, que el Auto controvertido se limitara a resolver cuestiones jurídicas sobre unos hechos indiciarios que le venían predeterminados no posibilita *prima facie* desestimar que queden justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial. Es más, contrariamente a lo argumentado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la peculiaridad del caso enjuiciado (que los aspectos fácticos no fueran objeto de controversia, sino que únicamente se debatieran las cuestiones referidas a su calificación jurídica) determina que aspectos relevantes a tener en cuenta para valorar si se había exteriorizado o no en él un prejuicio sobre la responsabilidad penal de los imputados fuesen, precisamente, la entidad y las características de las cuestiones jurídicas que debieron afrontarse.

7. Una vez sentado lo anterior es el momento de entrar a analizar el contenido concreto del Auto por el que se acordó estimar el recurso de apelación contra el Auto de sobreseimiento, con el fin de valorar si a partir del mismo resultan justificadas las dudas sobre la imparcialidad de los Magistrados que lo dictaron para formar parte, posteriormente, de la Sección que enjuició la causa.

A esos efectos debe destacarse el pronunciamiento general contenido en el fundamento jurídico sexto de dicho Auto de apelación sobre la posibilidad de descartar la tesis del delito imprudente. La afirmación, referida a las interceptaciones telefónicas realizadas por los imputados, de que «el hecho de grabarlas y archivarlas constituyen de por sí indicios diáfanos de que se practi-

caban con conocimiento y voluntad, elementos integrantes del dolo, por lo que, ya sea con dolo directo de primer grado o con dolo de segundo grado —cuestión a dilucidar en una Sentencia y nunca en Auto de esta índole—, lo cierto es que los datos son suficientes para descartar, al menos indiciariamente, la tesis del delito imprudente» (FJ 6), es demostrativa de que, no sólo se estaba valorando una cuestión que redundaba en sí misma en un aspecto esencial del juicio sobre la responsabilidad penal de los interesados, como es la presencia del elemento subjetivo del delito, sino que, especialmente, a pesar de las reiteradas apelaciones de dicho Auto a que las que contiene son valoraciones de carácter provisional, se concluye afirmando, tras el análisis de los hechos derivados de las diligencias de investigación y la valoración detallada de los indicios que de ellos se derivaban, la concurrencia de dolo en la conducta de los imputados respecto de la intervención y escucha de numerosas conversaciones telefónicas, y, por tanto, constatando ya, en el marco de un verdadero proceso de subsunción, la presencia de uno de los presupuestos necesarios para la declaración de responsabilidad penal propia de un enjuiciamiento sobre el fondo.

En definitiva, los mismos Magistrados que formaban parte del órgano de enjuiciamiento ya se habían pronunciado previamente, en el Auto por el que se dejó sin efecto el archivo de la causa, sobre el carácter doloso de la conducta de los entonces imputados, exteriorizando, aun cuando solamente sobre hechos indiciarios, la concurrencia de uno de los presupuestos de su responsabilidad penal, por lo que, al anticipar la conclusión sobre una cuestión esencial que debía ser objeto del posterior enjuiciamiento, resultan objetivamente justificadas las dudas de los recurrentes sobre la imparcialidad con la que dichos Magistrados podrían afrontar dicha labor. Por tanto se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en el concreto contenido de derecho a la imparcialidad judicial.

**Sentencia 49/2004 de la Sala 1.^a del TC de 30 de marzo de 2004
(BOE 23 de abril de 2004) (Recurso de amparo 4791/2001)**

INMODIFICABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Art. 24.1 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo Montiel**

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente relativa al derecho a la intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, al exigirse en ejecución de sentencia el pago de las costas procesales a la entidad aseguradora que había sido condenada al abono de indemnizaciones en calidad de responsable civil subsidiaria.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...)

El derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una Sentencia que haya adquirido firmeza, efecto que se produce cuando se desconoce lo resuelto en Sentencia firme, en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquéllas un relación de estricta dependencia. No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial firme (STC 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4).

En concreto, en materia de costas, cuando hemos tratado de su inclusión en supues-

tos en los que se había omitido el pronunciamiento, hemos considerado lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva, en esta vertiente de la invariabilidad de las sentencias firmes, su imposición, generalmente vía aclaración, resultante de un margen libre del juzgador (STC 140/2001, de 18 de junio, FJ 12), de modo que la aclaración llevada a cabo no se puede deducir con toda certeza del contenido de la Sentencia aclarada, vedándose así la rectificación en los casos en que la imposición de costas no es una consecuencia automática e ineludible de la aplicación de un precepto legal, sino que existe al respecto un margen de apreciación posible para el órgano judicial, que, en su caso, pudiera hacer depender la decisión sobre la imposición de costas de una nueva valoración de la cuestión litigiosa (STC 216/2001, de 29 de octubre, FJ 4; en el mismo sentido SSTC 59/2001, de 26 de febrero, FJ 4; y 140/2001, de 18 de junio, FJ 12). De este

modo, no existe vulneración del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes cuando la resolución se limita a extraer las consecuencias inescindiblemente anudadas a la regulación legal, sin tener margen alguno para realizar una operación de valoración o calificación jurídicas que no sea la automática aplicación de la previsión legal.

No obstante lo anterior, hemos advertido que «el alcance de las posibilidades de control, por parte de este Tribunal, del cumplimiento de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE) no es ilimitado» (SSTC 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 2; 170/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; y 3/2002, de 14 de enero, FJ 4), pues es también doctrina constitucional consolidada que «la interpretación del sentido del fallo de las resoluciones judiciales es una función estrictamente jurisdiccional que, como tal, corresponde en exclusiva a los órganos judiciales» (SSTC 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4; y 3/2002, de 14 de enero, FJ 4). Por esta razón, el control que este Tribunal puede ejercer sobre el modo en que los Jueces y Tribunales ejercen esta potestad se limita a comprobar si estas decisiones se adoptan de forma razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se ejecuta. De ahí que sólo en los casos en los que estas resoluciones sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables [SSTC 87/1996, de 21 de mayo, FJ 5; 163/1998, de 14 de julio, FJ 2 b); 202/1998, de 14 de octubre, FJ 2; 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 2; 106/1999, de 14 de junio, FJ 3] o incurran en error patente, podrán considerarse lesivas del derecho que consagra el art. 24.1 CE (SSTC 322/1994, de 25 de noviembre, FJ 3; 77/1996, de 20 de mayo, FJ 2; 202/1998, de 18 de noviembre, FJ 4; y 3/2002, de 14 de enero, FJ 4). Se trata, por consiguiente, de garantizar que, en aras precisamente del derecho a la tutela judicial efectiva, los Jueces y Tribunales no lleven a cabo interpretaciones de los fallos que, por alterarlos o apartarse de ellos, incurran en arbitrariedad, in-

congruencia, irrazonabilidad o error. «El canon constitucional de fiscalización del ajuste de la actividad jurisdiccional de ejecución al fallo se compone pues, naturalmente, del fallo mismo (interpretado de acuerdo con la fundamentación y con el resto de los extremos del pleito), y asimismo de lo posteriormente resuelto para ejecutarlo, examinando si hubo o no un apartamiento irrazonable, arbitrario o erróneo en relación con el significado y con el alcance de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución que se ejecuta» (SSTC 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 146/2002, de 15 de julio, FJ 3; y 116/2003, de 16 de junio, FJ 3).

3. En el caso que nos ocupa, consta en la Sentencia condenatoria que se impusieron las costas al condenado por el delito (que obviamente no fue el responsable civil subsidiario), sin hacer pronunciamiento alguno respecto de las entidades aseguradoras: ni en el fallo ni en los fundamentos jurídicos existe previsión ni referencia de ninguna clase respecto de la procedencia de su imposición a las mismas. La Sentencia recurrida razona y fundamenta la responsabilidad civil subsidiaria de estas entidades en referencia siempre a las cantidades que se declaran en los hechos probados de la Sentencia (las defraudadas por el acusado), sin hacer mención en absoluto de las costas procesales. Y el fallo declara dicha responsabilidad subsidiaria únicamente en relación con las indemnizaciones a cuyo pago se condena al acusado, sin hacer tampoco referencia alguna, como se ha indicado, a las costas.

Ello no obstante, la Audiencia Provincial, en ejecución de Sentencia, requirió a la entidad demandante al pago de las costas procesales (honorarios de Letrado y derechos y suplidos de Procurador), al considerar que «de la Sentencia se desprende que la responsabilidad civil subsidiaria no tiene límite alguno respecto de la responsabilidad civil principal del penado condenado en costas, estableciendo el art. 126 CP el orden

de prelación entre las distintas responsabilidades pecuniarias que pesan sobre el responsable».

Procede, por tanto, determinar si, al actuar como lo hizo, el órgano judicial actuó dentro de los límites en que puede desenvolverse, conforme a la doctrina constitucional expuesta o si, por el contrario, transgredió el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales que garantiza el art. 24.1 CE. A tal efecto, es necesario examinar si la modificación introducida por el Auto impugnado se deduce con toda certeza del texto de la Sentencia y no excede del contexto interpretativo de lo anteriormente razonado y manifestado en la misma. Tarea para la que es preciso realizar, como reiteradamente ha declarado este Tribunal, un cuidadoso examen de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto planteado, con especial atención al texto de la resolución judicial, pero sin olvidar, además, el contexto procesal en el que la misma se inscribe (STC 140/2001, de 18 de junio, FJ 8, por todas).

Pues bien, en primer lugar, la modificación del fallo de la Sentencia incluyendo las costas procesales en la condena de la entidad demandante como responsable civil subsidiaria, no es consecuencia obligada del propio fallo, que no contempla expresamente tal condena. En segundo lugar, tampoco es consecuencia obligada del razonamiento jurídico de la Sentencia, que únicamente refiere esta responsabilidad civil subsidiaria al abono de las indemnizaciones. En tercer lugar, por último, dicha inclusión tampoco es consecuencia directa de la aplicación de la ley. Finalmente, el art. 126 del Código penal

(CP), al que hace referencia expresa la resolución que se combate, regula el orden de imputación de los pagos realizados por el penado o el responsable civil subsidiario para las distintas responsabilidades pecuniarias, pero ni establece la imposición de las costas al responsable civil subsidiario, ni la autoriza, ni la presupone, limitándose a fijar la prelación en la imputación de pagos realizados.

Resulta, pues que la inclusión de las costas en la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad demandante no se desprende, con toda certeza, ni del fallo ni del propio texto de la Sentencia. De esta manera, sin entrar a dilucidar, por tratarse de una función estrictamente jurisdiccional que, como tal, corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, el acierto o no de la Sección Primera de la Audiencia al resolver el problema de legalidad subyacente y, por tanto, la procedencia o no de tal inclusión, lo cierto es que, si la Sala consideraba que la responsabilidad civil subsidiaria debía extenderse tanto al pago de indemnizaciones como de las costas procesales, y hubiera querido interpretar así las normas aplicables al caso, debería haberse pronunciado expresamente en el fallo y antes, incluso, motivar dicha decisión en los fundamentos de Derecho. No habiéndolo hecho, es claro que en la ejecución ha habido un apartamiento de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución que se ejecuta. Y esta modificación no es consecuencia automática e ineludible de la aplicación de un precepto legal, caso en el que ninguna vulneración del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes cabría sancionar.

**Sentencia 68/2004 de la Sala 2.^a del TC de 19 de abril de 2004
(BOE 18 de mayo de 2004) (Recurso de amparo 5225/2002)**

CONDUCCIÓN BAJO LOS EFECTOS DEL ALCOHOL

Art. 379 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pablo Cachón Villar**

SÍNTESIS

Ratifica esta sentencia el criterio interpretativo que exige, para el delito de conducción bajo los efectos del alcohol, no sólo el dato de la prueba alcoholimétrica positiva, sino la prueba de la incidencia efectiva del alcohol en la conducción, con el fin de diferenciar el delito en cuestión de la correspondiente infracción administrativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Así pues, a la vista de las posiciones expuestas, la única cuestión que se plantea con ocasión de la presente demanda de amparo consiste en determinar si ha existido o no actividad probatoria de cargo suficiente para entender enervada la presunción de inocencia del recurrente en amparo respecto a uno de los elementos integrantes del tipo penal del art. 379 CP, por el que ha sido condenado, cual es la influencia de la ingesta de alcohol en sus facultades psicofísicas para la conducción del vehículo a motor. A tal efecto es necesario traer a colación, aun resumidamente, la reiterada doctrina constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en relación con los elementos del delito de conducción de vehículos a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

La actividad probatoria que exige el art. 24.2 CE para respetar la presunción de inocencia ha de ponerse en relación con el delito por el que ha sido condenado el imputado, ya que, a los efectos de considerar enervada la presunción de inocencia de forma constitucionalmente legítima, se han de acreditar todos los elementos fácticos, cuya concurrencia es presupuesto de la subsunción en la norma penal aplicada; esto es, todos los elementos del hecho constitutivo de la infracción, dado que la presunción de inocencia ha de venir referida a un determinado hecho configurador de un tipo penal, en el que deben incluirse las circunstancias que por mandato legal tienen que concurrir en el mismo (SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 3).

Pues bien, respecto al delito de conducción de vehículos a motor bajo el efecto de bebidas alcohólicas este Tribunal tiene declarado, en relación con el art. 340 bis.a) 1

del anterior CP de 1973, doctrina que ha reproducido en relación con el art. 379 del vigente CP, dada la identidad de la figura delictiva de uno y otro precepto, que se trata de un tipo autónomo de los delitos contra la seguridad del tráfico, que, con independencia de los resultados lesivos, sanciona, entre otros supuestos, la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y que requiere, no sólo la presencia de una determinada concentración alcohólica, sino que además esta circunstancia influya o se proyecte en la conducción. Se trata de una figura delictiva similar, pero no idéntica, a la correlativa infracción administrativa, que tipifica el art. 12.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, caracterizándose aquélla por la exigencia de un peligro real para la seguridad del tráfico, en tanto que ésta tiene carácter formal y se aplica de forma que pudiéramos llamar automática, pues para la realización de la infracción administrativa y la imposición de la correspondiente sanción basta con acreditar mediante la prueba de alcoholemia que la ingestión de alcohol supera la tasa fijada de forma reglamentaria, no exigiéndose la acreditación de que en el caso concreto dicha ingestión haya tenido influencia en la capacidad psicofísica del conductor, ni, derivado de ello, en su forma de conducción o en la seguridad del tráfico vial. Por el contrario el delito del art. 379 CP no constituye una infracción meramente formal, pues para imponer la pena no basta con comprobar a través de la pertinente prueba de alcoholemia que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el mismo, sino que es necesario que se acredite que dicha ingestión ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor y, como consecuencia de ello, a la seguridad en el tráfico, que es el bien protegido por dicho delito.

En este sentido es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la presunción de inocencia experimentaría una vulneración, si por la acreditación de solamente uno

de los elementos del delito —el de que el conductor haya ingerido bebidas alcohólicas— se presumieran realizados los restantes elementos del mismo, pues el delito no se reduce, entre otras posibilidades típicas, al mero dato de que el conductor haya ingerido alcohol, dado que este supuesto delictivo no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que consecuentemente requiere una valoración del Juez, en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto de la conducción estaba afectada por la ingestión del alcohol. De modo que, para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aunque resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la Ley exige, es también necesario comprobar su influencia en el conductor; comprobación que naturalmente habrá que realizar el juzgador, ponderando todos los medios de prueba obrantes en autos que reúnan dichas garantías. Por ello hemos afirmado que la prueba de impregnación alcohólica puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del conductor del vehículo, pero ni es la única prueba que puede producir esa condena, ni es una prueba imprescindible para su existencia (SSTC 145/1985, de 28 de octubre, FJ 4; 148/1985, de 30 de octubre, FJ 4; 145/1987, de 23 de septiembre, FJ 2; 22/1988, de 18 de febrero, FJ 3.ª; 222/1991, de 25 de noviembre, FJ 2; 24/1992, de 14 de febrero, FJ 4; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5; 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 2/2003, de 16 de enero, FJ 5.b).

3. A la luz de la doctrina constitucional expuesta ha de ser examinada la queja del recurrente en amparo, que se contrae, como ya se ha señalado, a la existencia o no de

actividad probatoria suficiente respecto a la influencia de la ingestión de alcohol en sus facultades psicofísicas para la conducción del vehículo a motor.

Según se declara probado en la Sentencia del Juzgado de lo Penal, relato fáctico que acepta la Sentencia de apelación, el demandante de amparo fue parado en un control preventivo de alcoholemia realizado por agentes de la Guardia Civil, al que se sometió voluntariamente y que arrojó como resultados 0,95 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, en la primera prueba, y 0,89 miligramos, en la segunda. En el acto del juicio se practicaron como pruebas la declaración del acusado, quien reconoció haber ingerido bebidas alcohólicas con anterioridad a la conducción del vehículo a motor, pero negó que tal circunstancia le hubiera impedido conducir con plenas facultades; la testifical del agente que intervino en el control preventivo de alcoholemia y que elaboró la hoja de sintomatología, quien ratificó las actuaciones que había llevado a cabo, manifestando que el demandante de amparo había observado un comportamiento normal, que no había realizado ninguna maniobra irregular en la conducción y que sólo presentaba un fuerte olor a alcohol; y, en fin, la documental, referida a la hoja de sintomatología y a los resultados del test de alcoholemia.

El Juzgado de lo Penal estimó acreditado a partir de las pruebas practicadas la ingesta de alcohol y el grado de impregnación alcohólica del ahora recurrente en amparo, quien en la demanda no cuestiona, ni la validez de las pruebas alcohométricas, ni su resultado, sino únicamente la existencia de prueba en relación con la influencia de la ingesta de alcohol en sus facultades psicofísicas para la conducción del vehículo a motor.

En este sentido el órgano judicial de instancia consideró, siguiendo el criterio mantenido en otras ocasiones por la Audiencia Provincial, que a partir de tasas superiores a 0,75 miligramos de alcohol en aire espirado

los resultados de las pruebas de alcoholemia constituyen «prueba de la influencia e incidencia del alcohol en el organismo», por lo que, aun cuando en este caso los datos apreciados en la hoja de sintomatología no revelan síntomas externos de afectación de las facultades del demandante de amparo, ni le fueron apreciados por el agente interviniente alteraciones en la deambulación o en la capacidad de expresión del conductor, ni siquiera maniobra irregular alguna en la conducción del vehículo a motor, concluye afirmando que el elevado índice de concentración de alcohol en sangre (1,80 gramos) «es suficiente para tener por cierta la influencia en el organismo» (fundamentos de Derecho primero y segundo). Criterio que fue confirmado en apelación por la Audiencia Provincial, al estimar que «cuando la tasa alcohométrica acreditada entraña una medición que alcanza 0,75 miligramos por litro de aire espirado (1,50 gramos por litro de sangre), es claro que concurre ya una tasa de concentración de alcohol elevada que, por sí misma entraña una presunción científicamente avalada de que los reflejos se encontraban seriamente afectados para la conducción» (fundamento de Derecho segundo).

4. En el presente caso la afectación o influencia de la ingesta de alcohol en las facultades psicofísicas del demandante de amparo para la conducción del vehículo a motor se sustenta únicamente, por tanto, en la consideración, que la Audiencia Provincial califica de «presunción científicamente avalada», de que a partir de determinado índice de impregnación alcohólica, que había superado el recurrente en amparo a tenor de los resultados de las pruebas de alcoholemia que le fueron practicadas, devienen seriamente mermadas las facultades para la conducción de un vehículo a motor. Ninguna prueba practicada en el proceso acreditada, a tenor de los razonamientos de las Sentencias de instancia y apelación, aquella afectación, que constituye uno de los elementos integrantes del delito por el que ha sido condenado el ahora recurrente en amparo, pues

éste en su declaración, aunque reconoció que había ingerido bebidas alcohólicas, negó que hubieran mermado o limitado sus facultades para la conducción, no estimándose tampoco acreditado dicho elemento a partir de las declaraciones del agente que intervino en el control preventivo de alcoholemia y en la redacción de la hoja de sintomatología, ni, en fin, a partir de esta última.

Sobre tales bases a este Tribunal no le corresponde en el ejercicio de su función jurisdiccional de amparo pronunciarse sobre si a partir de una determinada tasa de impregnación alcohólica, como se sostiene en las Sentencias impugnadas, con base, según se afirma en la de la Audiencia Provincial, en una «presunción científicamente avalada», resultan objetivamente mermadas las facultades psicofísicas para la conducción de un vehículo a motor, con el consiguiente riesgo para la seguridad del tráfico, que es el bien jurídico protegido por el delito del art. 379 CP, ni, en concreto, si a partir de la tasa de impregnación alcohólica que se señala en las Sentencias recurridas, y que el demandante de amparo ha superado según los resultados de las pruebas de alcoholemia que le fueron practicadas, se corresponden una serie de síntomas, que el Ministerio Fiscal describe en su escrito de alegaciones, que merman y limitan considerablemente las facultades de conducción. Desde nuestra labor de enjuiciamiento, y a los efectos de la reso-

lución del presente recurso de amparo, lo que nos corresponde únicamente es constatar que en el proceso penal no se intentó ni se practicó prueba alguna sobre la afirmación en la que se sustenta en este caso la acreditación de la influencia de la ingesta de alcohol en las facultades de conducción del demandante de amparo; esto es, ni se intentó ni se practicó prueba alguna en relación con la circunstancia, afirmada en ambas Sentencias, de que a partir de la tasa de alcohol que en ellas se indica —0,75 miligramos por litro en aire espirado (1,50 gramos por litro en sangre)—, que había superado el demandante de amparo, los reflejos se encuentran objetiva y seriamente afectados para la conducción, ni sobre los posibles síntomas asociados a un grado de impregnación alcohólica como el que se apreció en este caso al recurrente en amparo. La constatación de tal vacío probatorio, cuya carga corresponde obviamente a la acusación, es suficiente por sí misma, sin necesidad de entrar en cualquier otra consideración que pudieran suscitar las Sentencias recurridas, para concluir que en este caso, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el precedente fundamento jurídico, ha resultado vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente en amparo, al no haberse practicado en el proceso prueba alguna que acredite la influencia de la ingesta de alcohol en sus facultades para la conducción del vehículo a motor.

**Sentencia 81/2004 de la Sala 2.^a del TC de 5 de mayo de 2004
(BOE 28 de mayo de 2004) (Recurso de amparo 6631/2004)**

CÓMPUTO DEL PLAZO MÁXIMO DE PRISIÓN PROVISIONAL EN CASO DE ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Arts. 17.1 CE; 17 LECrim.

Ponente: **Excma. Sra. D.^a Elisa Pérez Vera**

SÍNTESIS

En caso de acumulación de procedimientos penales, las prisiones provisionales sufridas en ambos procedimientos deben entenderse también acumuladas a los efectos del plazo máximo que señala la ley, condicionando la eventual necesidad de prórroga, lo que no fue tenido en cuenta en el caso de autos, vulnerando el derecho a la libertad personal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se plantea frente a distintas resoluciones judiciales a las que se reprocha, en primer lugar, la vulneración del derecho del recurrente a la libertad personal (art. 17 CE) por haberle sido denegada la petición de inmediata puesta en libertad que había instado por considerar que se había sobrepasado ya el plazo máximo de dos años legalmente establecido para su mantenimiento en situación de prisión provisional, sin que dicha situación hubiese sido prorrogada.

(...)

2. En relación con el primer motivo de amparo, la peculiaridad del presente asunto reside en el hecho de que las resoluciones impugnadas se han dictado en relación con dos distintos procedimientos seguidos con-

tra el demandante de amparo que habían sido acumulados:

(...)

Como acertadamente resume el Ministerio Fiscal, la cuestión que aquí se plantea con carácter principal es, pues, la consistente en determinar si cuando dos procedimientos se acumulan y forman una sola causa que ha de tramitarse y enjuiciarse como tal a partir de ese momento, las prisiones provisionales sufridas en ambos procedimientos deben entenderse también acumuladas a los efectos del cómputo del plazo máximo que señala la Ley, dado que se refieren a «la misma causa», y si, en consecuencia, el tiempo acumulado condiciona la necesidad de prórroga o no de la prisión provisional.

3. Según el razonamiento esgrimido por los órganos judiciales para justificar su decisión denegatoria de la puesta en libertad provisional del recurrente, al estar desco-

nectados temporalmente los hechos que dieron lugar a la incoación de los diversos procedimientos, en que estaba implicado, los períodos de prisión provisional respectivamente cumplidos en cada uno de ellos no serían acumulables, de manera que no podría decirse que hubiera transcurrido aún el indicado plazo máximo en el momento en que el actor solicitó ser puesto en libertad.

A tal argumento cabría oponer, en primer lugar, que la conexidad objetivo-subjetiva que en este caso condujo a acordar la acumulación de los dos procedimientos seguidos contra el demandante de amparo no es un dato que pueda aparecer y desaparecer según se trate de facilitar el enjuiciamiento de los distintos delitos cuya comisión se atribuye a un mismo acusado o de mantenerlo en situación de privación de libertad. Por otra parte, este Tribunal ya ha declarado en otras ocasiones que, dado el carácter excepcional que tiene la adopción de la medida de prisión provisional, la interpretación y aplicación de las normas que la rigen «debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen» (STC 98/2002, de 29 de abril, FJ 3), lo que también vendría a abonar la idea de que la acumulación de los procedimientos penales en cuestión se traduce en una acumulación, asimismo, de los períodos pasados en situación de prisión provisional en cada uno de ellos. Tal es, en definitiva, el criterio que hemos adoptado en otras ocasiones [por todas, SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 4; y 98/2002, de 29 de abril, FJ 4 e)] al establecer que no resulta posible determinar el plazo máximo de prisión provisional teniendo en cuenta por separado cada uno de los delitos imputados en una misma causa, ya que este criterio haría depender dicho plazo de un elemento incierto y conduciría a

un resultado superior a todo plazo razonable. Pues, como ya indicábamos en este mismo sentido en la STC 19/1999, de 22 de febrero, FJ 5, «el hecho de que en una misma causa se enjuicien plurales delitos no permite, según nuestra jurisprudencia ... que el plazo máximo de la prisión provisional pueda establecerse multiplicando los plazos legales por el número de delitos imputados» pues ello conduciría «a un resultado notoriamente superior a todo plazo razonable».

Es de señalar que, en el caso que dio origen a la resolución acabada de citar, llegamos a la conclusión de que debía incluirse, dentro del plazo máximo de prisión provisional, el período de tiempo pasado en prisión por motivo del cumplimiento de la pena correspondiente a la comisión de otro delito completamente distinto, conclusión que se opone a la alcanzada por las resoluciones judiciales recurridas en el sentido de entender que no podía considerarse en situación de preso preventivo a aquel acusado que estuviera preso en calidad de penado. Pues bien: siendo esto así, con mayor razón aún debe entenderse en el presente caso que el período de tiempo pasado en situación de prisión provisional por motivo de la imputación de unos hechos ciertamente separados en el tiempo de otros que también dieron lugar a la imposición de dicha medida cautelar excepcional, pero que posteriormente fueron declarados conexos con estos últimos al efecto de ser enjuiciados en una misma causa, ha de ser tenido en cuenta a la hora de efectuar el cómputo del tiempo total pasado en dicha situación. Lo que viene a significar que, efectivamente, las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado el derecho del actor a la libertad personal, al haberse superado el plazo máximo de prisión provisional sin que hubiera sido previamente acordada su prórroga.

**Sentencia 105/2004 de la Sala 2.^a del TC de 28 de junio de 2004
(BOE 27 de julio de 2004) (Recurso de amparo 74/1999)**

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

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

SÍNTESIS

Se niega la pretendida vulneración del principio constitucional de igualdad (art. 14 CE) por el hecho de que se establezca un diverso sistema de indemnización según que los “perjudicados/beneficiarios” por el fallecimiento de las víctimas de accidente de circulación sean uno solo o varios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Determinado el objeto del recurso de amparo procede entrar en el análisis de las razones que lo sustentan. Es evidente que todo él gira en torno a la diferencia de indemnización que el sistema introducido por la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor dispone para aquellos supuestos en los que los «perjudicados/beneficiarios» (en los propios términos de la Ley) por el fallecimiento de las víctimas de accidente de circulación son varios respecto de aquellos otros en los que hay un solo afectado por tal siniestro, pues, en efecto, basta atender al contenido de la tabla I del anexo de la citada Ley para comprobar que siendo varios los «perjudicados/beneficiarios» las cuantías indemnizatorias resultan menores para cada uno de ellos que cuando hay un único afectado. Tal regulación es la que concluye, a juicio de los actores, los dos dere-

chos sustantivos a los que hace referencia el recurso, esto es, el derecho a la vida e integridad física y moral (art. 15 CE), porque con las indemnizaciones contempladas en la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor cuando son varios los «perjudicados/beneficiarios» no se repara la totalidad del daño causado, y el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), tanto porque los daños que traigan su causa de un accidente de tráfico son tratados en la Ley de modo distinto y peor que los mismos daños producidos por otra causa, como, sobre todo, porque se indemniza con menores cuantías a los «perjudicados/beneficiarios» por el fallecimiento de víctimas en accidentes de circulación cuando son varios que cuando es uno solo. Además se aduce escuetamente también la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pero sin argumentarla de modo autónomo, sino como mera consecuencia de las ante-

riores, pues la demanda se limita a decir que «al infringirse los arts. 14 y 15 de la Constitución, no se da una adecuada respuesta a la tutela, en la vertiente de la responsabilidad civil, de las víctimas y perjudicados por los accidentes que regula la Ley 30/1995 y, por lo tanto, desde esa vertiente consideramos que no queda respetado plenamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva».

(...)

5. Pero el motivo que funda el núcleo esencial de la demanda de amparo presentada es, según se ha dicho, la conculcación del derecho de igualdad (art. 14 CE) predicada de la diferencia que la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor introduce entre los resarcimientos indemnizatorios según el «perjudicado/ beneficiario» por el fallecimiento de víctimas en accidentes de circulación sea uno solo o más de uno, consecuencia a la cual conduce la técnica de fijar una cantidad inicial indemnizatoria a la que se adicionan cantidades menores posteriores. Lo que en realidad pretenden los recurrentes es el control de constitucionalidad de la Ley 30/1995 en lo que les ha sido aplicada, grupos III.2 y V.2 de la tabla I del anexo (control cuya práctica instaron ante el órgano *ad quem*, sin que éste accediese a elevar la cuestión de inconstitucionalidad). Así lo explicitan cuando comienzan el apartado correspondiente de su demanda intitulándolo «Impugnación de una Ley» y señalando que el recurso de amparo, «a pesar de que se dirige directamente contra resoluciones judiciales, en realidad se dirige en último extremo contra los artículos que se indican de la Ley 30/1995, ya que en definitiva los Tribunales que han entendido de los procesos previos, lo que han hecho es aplicar los mismos por entender que no son inconstitucionales».

Ahora bien, no existiendo en nuestro sistema el amparo directo contra leyes, sólo cabe impugnar éstas mediante el excepcional mecanismo que prevé el art. 55.2 de nuestra Ley Orgánica reguladora cuando, como se dispone en el propio precepto, «se

estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas». Tal lesión es lo que estiman los recurrentes que se da respecto de la igualdad garantizada en el art. 14 CE con los citados grupos de la tabla I del anexo de la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor; y, en la medida en que los órganos judiciales los han aplicado al caso, consideran que su actuación comporta la lesión igualmente del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), tutela que no han obtenido en relación con aquel derecho sustantivo. La cuestión estriba, pues, en si el sistema que opera como se ha descrito (otorgando menos cuantía indemnizatoria a cada uno de los «perjudicados/beneficiarios» que aquella que se hubiera acordado en el caso de haber sido uno solo el destinatario de la indemnización) comporta un trato, no desigual (lo que es evidente), sino injustificado por arbitrario e irrazonable o por desproporcionado, que, tal y como recuerda la propia actora, es el canon que este Tribunal utiliza cuando de quejas sobre vulneraciones de igualdad en la ley se trata (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9; 214/1994, de 14 de julio, FJ 8; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; y 96/2002, de 25 de abril, FJ 7).

Pues bien, así las cosas, es evidente la respuesta negativa que merece la tacha de los recurrentes al sistema establecido por la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor en lo que les afecta, concretamente en los grupos III.2 y V.2 de la tabla 1 de su anexo, y ello, sencillamente, porque parte de una premisa incorrecta desde el instante en que se basa en una interpretación subjetiva e interesada del sistema indemnizatorio establecido en dicha Ley que no se compadece con la *ratio* del mismo.

6. En efecto, es evidente que el sistema de indemnizaciones que dispone la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor adopta como referencia la víctima del accidente de circulación, y no (como pretenden los recurrentes) sus potenciales «perju-

dicados/beneficiarios», y ello es así hasta el punto de que éstos no existen legalmente si la víctima sobrevive al accidente, conforme determina el apartado 1.1.4 del anexo, en cuya virtud «[t]ienen la condición de perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, las personas enumeradas en la Tabla I y, en los restantes supuestos, la víctima del accidente». Contra lo enfatizado por los actores en su propósito de traducir el daño moral (se insiste: único al que hace referencia la demanda) en términos dinerarios, es meridiano que no cabe entender que «al ser el daño moral, en caso de fallecimiento ... dicho daño dependerá del número de personas allegadas que tenga la víctima».

La cuestión, pues, no estriba en modo alguno, como pretenden los actores, en una distinta valoración de las vidas perdidas en accidentes de tráfico en función de los potenciales beneficiarios de los fallecidos, sino, en un plano más elemental, en la limitación indemnizatoria que dispone el legislador para los casos en los cuales concurren varios «perjudicados/beneficiarios», pues es esto y no otra cosa lo que en rigor supone el distinto tratamiento resarcitorio cuya constitucionalidad aquí se discute. Y en lo que ello acaba traduciéndose es, en definitiva, en diferencias acerca del montante dinerario que para cada caso en concreto, en función de sus particulares circunstancias, corresponde; en el supuesto que ahora nos ocupa por el fallecimiento de sus padres entienden los recurrentes que les corresponden 63.160.000 pesetas y por el de su hermano, 26.315.000 pesetas, en vez de, respectivamente, 21.056.000 pesetas y 9.475.000 pesetas (cifras que son las que, en aplicación del baremo legal, les ha sido concedidas en la Sentencia de apelación, variando ligeramente las antes reconocidas en la de instancia).

7. Centrada la cuestión en los anteriores términos se hace menester indicar que la limitación de las cantidades resarcitorias por víctima mortal en accidente de circulación constituye manifiestamente uno de los

pilares del sistema regulado por la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor, tal y como revela el inciso final del art. 1.2 de ésta, conforme al cual «[l]os daños y perjuicios causados a las personas ... incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el Anexo de la presente Ley»; así lo hemos ratificado en nuestra Sentencia 181/2000 al considerar el establecido un «sistema legal de valoración tasada» (FJ 13); esto es, un sistema «basado en el sometimiento de los perjuicios económicos derivados del daño personal a topes o límites cuantitativos» (FJ 15). Ello es plenamente coherente (lo que responde, dicho sea de paso, a la aducida falta de explicación de la diferencia de trato alegada por quienes impetran el amparo) con uno de los objetivos que en la tan citada Sentencia apuntábamos que persigue el sistema establecido en la Ley 30/1995 cuando, recordando la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991, antecesora directa de la normativa legal vigente, se especificaba que entre tales objetivos se encontraba «permitir a las entidades aseguradoras establecer previsiones fundadas» (FJ 13), objetivo que se calificaba, junto con los demás, de perfectamente legítimo y enteramente predicable del sistema de baremo vinculante aprobado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Como se infiere fácilmente, lo expuesto comporta necesariamente descartar la arbitrariedad que con insistencia predicen los actores del distinto trato indemnizatorio del daño moral establecido por el legislador cuando contempla a un solo «perjudicado/beneficiario» por la muerte de víctimas en accidentes y circulación y cuando contempla a varios, pues, por decirlo de nuevo en los términos con que finaliza el antes citado fundamento jurídico 13 de la STC 181/2000 tras exponer los objetivos predicables de la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor, «[e]n suma, la decisión del le-

gislador, en el sentido de establecer un específico estatuto legal para los daños ocasionados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, no puede tacharse de arbitraria y, por lo tanto, privada objetivamen-

te de toda justificación racional, por lo que no vulnera, considerada en su globalidad como tal sistema, el principio de proscripción de la arbitrariedad del art. 9.3 de la Constitución».

**Sentencia 107/2004 de la Sala 2.^a del TC de 28 de junio de 2004
(BOE 27 de julio de 2004) (Recurso de amparo 3862/2003)**

LIMITACIONES AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PARA LOS MILITARES.
(CUESTIÓN INTERNA DE INCONSTITUCIONALIDAD)

Arts. 108, párrafo 2.^o, LO 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; 127, párrafo 1.^o LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar

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

SÍNTESIS

Con cita de la STC 115/2001 (reproducida en el núm. 4 de la Revista), en un supuestos similar (desestimación de la solicitud del recurrente, miembro de cuerpo armado, de personarse como acusador particular en causa militar contra superior jerárquico) la Sala otorga el amparo demandado al tiempo que plantea ante el Pleno del Tribunal cuestión de inconstitucionalidad respecto de los preceptos legales que justificaron la indebida limitación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Único. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto del Juzgado Togado Militar Territorial núm. 32, de fecha 7 de octubre de 2002, por el que se desestimó la solicitud del recurrente, guardia civil, de personarse como acusador particular en la causa 32/12/02, seguida a virtud de denun-

cia del propio actor contra un superior jerárquico, y contra el Auto del Tribunal Militar Territorial Tercero de 10 de marzo de 2003, que desestimó el recurso de queja interpuesto frente al anterior. Ambas resoluciones judiciales fundaron la denegación de la personación en lo dispuesto en el art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la juris-

dicción militar (en adelante, LOM) y en el art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar (en adelante, LOPM), preceptos que prohíben el ejercicio de la acusación particular y de la acción civil «cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación», en los términos del último de los preceptos legales citados.

El demandante de amparo invoca la STC 115/2001, de 10 de mayo, aduciendo que, de acuerdo con la doctrina sentada en la misma, el impedimento para ejercer la acusación particular contradice las exigencias del principio de igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Por su parte, el Ministerio Fiscal considera que el asunto planteado guarda identidad sustancial con el resuelto en la Sentencia indicada y en la 157/2001, de 2 de julio, por lo que interesa que se resuelva de acuerdo con los fundamentos expuestos en las mismas.

Como han alegado tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal, el Pleno de este Tribunal, en la STC 115/2001, de 10 de mayo, al resolver el recurso de amparo núm. 1786/98, se pronunció sobre la compatibilidad entre los indicados arts. 108, párrafo 2, LOM, y 127, párrafo 1, LOPM, con las exigencias del principio de igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), habiendo llegado a la conclusión, en su fundamento jurídico 13, de que «la prohibición del ejercicio de la ac-

ción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108, párrafo 2, LOM, y en el art. 127, párrafo 1, LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los Institutos armados de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley ex art. 14 CE y, al propio tiempo, lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en relación con el mandato contenido en el art. 117.5, inciso final, del texto constitucional, precepto este que exige al legislador, al regular el ejercicio de la jurisdicción militar, que lo haga 'de acuerdo con los principios de la Constitución'». Por consiguiente, basta con remitirse aquí a los razonamientos jurídicos de la STC 115/2001 (FFJJ 4 a 12) y tenerlos por reproducidos en el caso que nos ocupa.

Procede, en consecuencia, otorgar el amparo solicitado, así como, al igual que se hizo en las citadas SSTC 115/2001 y 157/2001, plantear ante el Pleno de este Tribunal, de conformidad con lo prevenido en el art. 55.2 LOTC, cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 108, párrafo 2, LOM y con el art. 127, párrafo 1, LOPM, respecto del inciso, por lo que se refiere a este último precepto, «excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación».

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del TS, de 14 de noviembre de 2003

Cuestión: ¿El Servicio de Vigilancia Aduanera es Policía Judicial?

Acuerdo:

Primero: El artículo 283 de la LECriminal no se encuentra derogado, si bien debe ser actualizado en su interpretación.

Segundo: El Servicio de Vigilancia Aduanera no constituye policía judicial en sentido estricto, pero sí en sentido genérico del art. 283.1 de la LECriminal, que sigue vigente conforme establece la disposición adicional primera de la LO 12/1995, de 12 de diciembre sobre represión del contrabando. En el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendada funciones propias de Policía Judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los Jueces de Instrucción y del Ministerio Fiscal.

Tercero: Las actuaciones realizadas por el servicio de vigilancia aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas.

Sentencia 70/2004, Sala de lo Penal del TS, de 20 de enero de 2004

PROFANACIÓN DE CADÁVERES

Art. 526 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se analizan los elementos del delito de profanación de cadáveres, entendiéndose la Sala que la expresión “faltando al respeto debido a la memoria de los muertos”, recogida en el art. 526 CP, no supone la exigencia de un elemento subjetivo del injusto particular, diverso del dolo. Por otra parte, se entiende que la conducta enjuiciada (incendian el vehículo con el cadáver dentro) no queda consumida en el previo homicidio, por lo que existe un concurso (real) de delitos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Décimo.—(...)

2. Tal art. 526 CP 95, coincidente en este punto con el art. 340 CP 73, en lo que aquí nos interesa aparece redactado en los términos siguientes: “El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, (...) profanare un cadáver (...) será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses.”

Dos son los elementos de tal delito según el propio texto que acabamos de transcribir:

1.º Ha de existir un acto de profanación de cadáver, como lo fue sin duda el hecho de incendiar el coche por parte de los tres procesados con el cuerpo muerto de Donato que antes habían arrastrado para introducirlo dentro de tal vehículo, quedando calcinados el coche y el cadáver. Tal aparece afir-

mado en los hechos que nos narra la sentencia de instancia y sobre este extremo nada se ha cuestionado.

2.º Tal acto de profanación de cadáveres ha de hacerse “faltando al respeto debido a la memoria de los muertos”. A propósito de este elemento del delito es donde se plantean los problemas en estos dos motivos.

Conviene partir para solucionarlos de la redacción objetiva que con referencia a esta clase de delito nos ofrece el texto del art. 526, a diferencia de lo que en este mismo artículo, en su apartado final se hace con relación a otra figura delictiva, donde expresamente se utiliza una redacción claramente subjetiva: a propósito del delito de daños en las urnas funerarias, panteones, etc., se exige “ánimo de ultraje”.

Como consecuencia de esa redacción objetiva la mayor parte de la doctrina viene entendiendo que ha de excluirse que, en el

tipo de delito que estamos examinando, se exija un elemento subjetivo del injusto a agregar al dolo que ha de existir en toda clase de delitos dolosos.

Esta sala entiende que esta falta de respeto es simplemente la mención en la definición legal del bien jurídico protegido: el valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida.

Decir simplemente como definición de delito “el que (...) profanare un cadáver o sus cenizas” podría permitir que actos de importancia menor quedaran sancionados como delito máxime cuando ha desaparecido la falta del anterior art. 577. Estos actos han de tener siempre una cierta entidad para que pueda entenderse afectado ese bien jurídico y para esto sirve este requisito exigido en este artículo (la mencionada falta de respeto), como puede deducirse de que tal elemento típico no apareciera en la citada falta del art. 577. Reconocemos que es difícil determinar el alcance y los propósitos del legislador para dar un contenido concreto a este elemento del delito. Pero estimamos que no hay razón alguna para que haya de tener ese alcance de elemento subjetivo del tipo a agregar al dolo siempre necesario.

Hay que considerar que, como elemento subjetivo, sólo es necesario aquí el dolo, en cuanto exigencia de que el sujeto activo haya actuado con el conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos especificados en la norma: conocimiento de la profanación del cadáver o sus cenizas y además conocimiento de que con el acto concreto de profanación que ha realizado, ha estado “faltando al respeto debido a la memoria de los muertos”. Nada se dice al redactar este texto de “ánimo de”, “con intención de”, “con propósito de”, “a sabiendas de”, “con el conocimiento de”, etc. que es como generalmente en nuestro CP se viene configurando este específico elemento subjetivo del injusto.

3. Y aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa hay que entender que aquí concurren esos dos elementos objetivos (profanación más falta de respeto) y que los tres

autores del hecho del incendio del coche con el cadáver dentro en ese momento sabían que estaban profanando un cadáver y que con ese acto concreto de profanación también estaban faltando al respeto debido a la memoria de los muertos. Y ello aunque la finalidad última en las intenciones de cada uno de los tres autores del hecho fuera la de hacer desaparecer las huellas del homicidio que en aquella otra ocasión anterior habían cometido en esa misma madrugada del 5 de agosto de 1999. Tal intención última impidió la concurrencia del llamado dolo directo de primer grado, pero no que estuviera presente el dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias.

4. Y en cuanto a la pretendida absorción en el previo delito de homicidio por la mencionada finalidad última, hemos de decir que nos encontramos ante un caso más en que hay que resolver la cuestión de si nos hallamos en un concurso de normas o de delitos. Problema difícil de solucionar, como ya hemos dicho en otras ocasiones, al que ha de aplicarse un criterio tan impreciso como es el de la valoración de la ilicitud del hecho: si la total ilicitud del comportamiento a examinar queda abarcada con una sola de las sanciones previstas por el legislador para uno de los tipos de delito en juego, nos encontramos ante un concurso de normas a resolver por alguna de las reglas del actual art. 8 CP, en este caso la de su n.º 3.º; pero si es necesario aplicar todas las sanciones previstas en los diferentes artículos del código penal para abarcar esa total antijuricidad, entonces nos hallamos ante un concurso de delitos, real, ideal o medial, según las circunstancias del caso.

Entendemos que nos encontramos aquí ante un concurso de delitos, y para comprenderlo así basta con poner de manifiesto lo que nos dice la sentencia recurrida en el apartado C) de su fundamento de derecho décimo.

Con este texto la Audiencia Provincial está exponiendo con otras palabras este criterio que acabamos de explicar: no basta condenar sólo por el homicidio, pues si así

lo hiciéramos quedaría impune una acción que la ley prevé como delictiva. Es claro que los delitos de homicidio, asesinato, aborto, etc. pueden cometerse sin necesidad de realizar algo tan despreciativo con el cadáver de un ser humano, como lo que hicieron en el caso presente los tres homicidas. Habrá casos de manipulación de cadáveres para su ocultación en que quizá pudiera aplicarse, por su importancia secundaria, el criterio de la absorción (concurso de normas del art. 8.3.º CP), pero no en éste, por las circunstancias que lo rodearon: entre otras relativas a lo deleznable del hecho (incendio con resultado de carbonización), el dato de que transcurrió un tiempo desde el homicidio hasta el incendio del coche con el cadáver de la víctima, varias horas al parecer, revelador de que el propósito de cometer el nuevo delito apareció con posterioridad a la consumación del anterior, un elemento más a considerar para que tengamos que apreciar la independencia de ambas acciones criminales.

Por otro lado, esa diferencia temporal impide que pudiera apreciarse la existencia de un concurso ideal. No hay un solo hecho constitutivo de dos infracciones (art. 77 CP), sino dos hechos diferentes. Tampoco cabe hablar de un delito medio necesario para cometer otro (inciso 2.º del mismo art. 77.1), pues la relación entre ambos es la de ocultación, que es la que habría determinado la concurrencia de un delito de encubrimiento —absorbido por lo dispuesto en el citado art. 8.3.º CP— del art. 451.2.º si hubiera de aplicarse el referido concurso de normas. Los hechos presentes exceden del mero encubrimiento del citado art. 451.2.º por tratarse de un hecho delictivo con tipificación independiente por referirse a un bien jurídico diferente del protegido en el delito de homicidio: el respeto debido a la memoria de los muertos, distinto del que se encarna en el relativo a la vida de una persona.

En conclusión, nos hallamos claramente ante acciones diferentes que constituyen un delito de homicidio y otro de profanación de cadáveres.

Sentencia 1626/2003, Sala de lo Penal del TS, de 29 de enero de 2004

LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater**

SÍNTESIS

Para determinar dónde se entiende cometido el delito, y ante la falta de una disposición expresa al respecto, se entiende aplicable el criterio de la ubicuidad, bastando con que alguno de los elementos del delito (en este caso, estafa), hayan sido realizadas en nuestro país.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Debemos comenzar por los motivos cuarto y quinto del recurso en los que se alega la infracción de los art. 23.1 y 23.2 LOPJ, pues a su juicio, brevísimamente expuesto, el hecho por el que ha sido condenado no se habría cometido en España, sino en USA.

Ambos motivos deben ser desestimados.

La sanción de la LOPJ en 1985 dio por concluida la discusión sobre el lugar de comisión del delito, desarrollada durante la vigencia de los arts. 335 y stes. de la Ley Orgánica de 1870, en la que la doctrina se dividió entre los partidarios de la teoría de la manifestación de la voluntad y los de la teoría del resultado. La vigente LOPJ, sin embargo, no contiene una disposición expresa referida a esta materia sobre la que se pueda estructurar un criterio positivo. El CP no reguló —como es habitual en los Códigos europeos— esta cuestión, aunque introdujo una disposición sobre el tiempo de su comisión. También el art. 14.2.º LECr., que establece el principio territorial en el ámbito interno, ha dejado abierta la cuestión del criterio en base al cual se debe establecer el lugar de comisión del delito.

La doctrina ha alcanzado una cierta unidad en las últimas décadas, sobre todo después de las declaraciones del Instituto de Derecho Internacional, formulada en su sesión de Cambridge de julio de 1931, y de la Academia Internacional de Derecho Comparado, de La Haya de agosto de 1932, res-

pecto de un criterio que ha terminado por imponerse en las más modernas legislaciones europeas. En este sentido, la teoría de la ubicuidad se ha constituido en la doctrina dominante receptada, como se dijo en las modernas legislaciones penales europeas. De acuerdo con ella el delito se reputará cometido tanto en todos los lugares en los que se haya llevado a cabo la acción como en el que se haya producido el resultado; en los supuestos de delitos omisivos, en el lugar en el que se hubiera debido ejecutar la acción omitida. Ciertamente, la teoría de la ubicuidad, dado que admite varios lugares de comisión, requiere ser completada por criterios para resolver los conflictos de varias pretensiones jurisdiccionales que se puedan presentar. Pero esta cuestión ni siquiera se plantea en el presente caso, dado que el acusado se encuentra en territorio nacional y no existe ninguna pretensión jurisdiccional de los USA para enjuiciar el caso según su derecho y ante sus tribunales.

De acuerdo con este criterio, parece claro que en la sentencia recurrida no ha sido infringido el art. 23.1 LOPJ. En efecto, la disposición patrimonial y el daño patrimonial, que son también elementos del tipo del delito de estafa (art. 248.1 CP), han tenido lugar indudablemente en España y, por lo tanto, una parte de los elementos del tipo han tenido lugar en nuestro territorio, lo que determina que el delito ha sido correctamente enjuiciado dentro de la jurisdicción penal española.

Sentencia 101/2004, Sala de lo Penal del TS, de 2 de febrero de 2004

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS.

Arts. 18.3 CE; 579 LECrim.

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

SÍNTESIS

Partiendo de que el control judicial de las escuchas telefónicas depende de las circunstancias concretas del caso, considera la Sala ajustada a Derecho la prórroga acordada por el Instructor sobre la base de las transcripciones facilitadas por la Policía previa traducción del nigeriano practicada por una persona anónima, de confianza policial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En el primero de ellos, por vulneración de precepto constitucional y al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, entienden infringidos los arts. 18.3 y 24 de la Constitución (derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con todas las garantías).

1. Los recurrentes no atacan, dando por bueno jurídicamente, el primero de los autos dictados (de 30 de enero de 2001), en el que se acuerda la intervención del teléfono móvil número (...) utilizado indistintamente por Silvio y Rosa, sino el segundo de ellos, éste de 28 de febrero de 2001, en que se prorroga la inicial intervención por entender que es en él donde se infringen los derechos invocados y particularmente por existir un déficit esencial en el control de la medida restrictiva del derecho a la intimidad.

Esa falta de control se produjo —en opinión de los recurrentes— por la imposibilidad de que el Instructor contrastase el contenido de las conversaciones reveladoras de la actividad ilícita achacada a los sospechosos, por cuanto se llevaron a cabo en idioma extranjero y la traducción era realizada de manera no oficial por persona anónima, siendo la policía la que transmitía al instructor el resultado de esas conversaciones. (...)

2. Es indudable que durante la ejecución de la medida de intervención telefónica las deficiencias en el control judicial de las escuchas pueden incidir y atacar el núcleo esencial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Una vez cesa la medida, la incorporación de las conversaciones al proceso (transcripción, traducción, cotejo, en su caso, y ya en el plenario su lectura o audición), al objeto de someterlas a la debida contradicción, hace que sus carencias o anomalías repercutan en el derecho a un proceso con todas las garantías y no en el derecho a la intimidad del art. 18.3 de la CE.

Por lo demás, el control judicial dependerá de las circunstancias concretas del caso en las que en todo momento el Juez debe mantener una supervisión real y efectiva de la interceptación telefónica, no limitándose sistemáticamente a aprobar o convalidar toda la actividad policial, o a ir concediendo sin llevar a cabo una valoración crítica, las peticiones que la policía pueda requerir.

3. En el caso de autos se produjo ese control, incluso bastante riguroso, ya que la resolución judicial habilitante precisaba y concretaba todos los extremos exigibles, impositivos de cualquier iniciativa policial, fuera del respeto a los derechos fundamentales.

Se concretó el teléfono, su titular, las personas que debían efectuar las intervenciones, el tiempo máximo de la medida (1 mes), la necesidad de dar cuenta del resultado de las conversaciones cada siete días, la entrega al juzgado en el mismo período de las cintas originales, etc.

Ese control, cuando de otorgar una prórroga se trata, debe fijar su atención en varios elementos de juicio:

a) La persistencia de las circunstancias que justificaron la autorización inicial de la injerencia.

b) El resultado de la medida, ponderando si ha sido eficaz y ha permitido el progreso de la investigación o existen datos objetivos fundados para entender que se producirán en lo sucesivo más resultados en el esclarecimiento de los hechos delictivos.

c) El nivel de la investigación, si todavía se halla inconclusa por no haber surgido el momento propicio para actuar policialmente (“explotar la operación”).

4. El instructor encomendó a la policía, amén de la entrega de las cintas originales, la realización de un informe semanal sobre el resultado de las escuchas. No les encargó la transcripción o traducción de forma oficial y la policía en cumplimiento estricto de su deber y con los medios de que dispone

(el juzgado no puede facilitarles traductores del idioma nigeriano), se sirvió de persona de su confianza para que prestando su colaboración a los agentes, que es tanto como cooperar con la administración de justicia, procediera a la audición directa de las cintas facilitando la traducción oral del idioma nigeriano, recogiendo la policía los fragmentos o pasajes de las distintas conversaciones que se estimaron precisos para que el juez llegara al convencimiento de la necesidad de acordar la prórroga de la medida.

El juez, que tenía en su poder las cintas originales, respecto a las que pudo exigir su traducción, estimó suficientemente ilustrativo el informe policial dada la inexistencia de circunstancias que aconsejaran desconfiar de él.

5. Lo que en modo alguno puede equipararse es el control judicial por un lado y la audición y transcripción previa de las cintas grabadas con conocimiento directo de todo su contenido, por otro, como un *prius* ineludible antes de decidir la conveniencia de la prórroga de la injerencia. El contenido, en la medida de las necesidades de la investigación, puede conocerlo el Instructor a través de las transcripciones verificadas por la policía judicial.

Téngase presente que la transcripción es sólo provisional y a efectos de proseguir con agilidad una investigación en marcha. En el caso que nos concierne se daba una circunstancia que dificultaba sobre manera la traducción de las conversaciones grabadas, que no era otra que la utilización por parte de sus interlocutores de una o varias de las modalidades dialectales del idioma nigeriano, con el añadido del empleo de un lenguaje críptico, como medio de ocultar a terceros sus propósitos. No pudo hallarse en Palma de Mallorca un traductor con garantías y se llevó a cabo la traducción, con el apoyo de la Unidad Central de Estupefacientes, en Madrid, donde merced a la colaboración de persona de la confianza policial, con la garantía del anonimato, pudo llevar a efecto la traducción, sin que quepa poner en entredi-

cho la honradez y buena voluntad del traductor, que por supuesto, no es preciso que se halle en posesión de un título oficial (art. 441 y 785.1.º de la LECrim.).

La policía judicial en los partes o informes de entrega semanal había puesto en conocimiento del instructor las dificultades de la transcripción (la misma se hace “a grosso modo”) no sólo por la utilización de diversos dialectos del nigeriano, sino porque en ocasiones se servían de un particular inglés (el hablado en Nigeria) o existían deficiencias técnicas en la grabación, atribuibles a la compañía de telefonía móvil (AIRTEL) a la que se ordenó la intervención.

El propio Instructor, cuando por auto de 3 de mayo de 2001, ordena la traducción oficial del contenido de las grabaciones con vistas a garantizar en juicio el derecho de defensa de las partes procesales, no pudo hallar en Palma, después de varios intentos, persona adecuada para realizar con solvencia tal cometido. Ello obligó a dirigirse a la oficina de Traducción de Lenguas del M.º de Asuntos Exteriores, que a su vez, demandó la traducción, por carecer igualmente de medios adecuados, a la Embajada española en Lagos (Nigeria), en donde los funcionarios del servicio pertinente llevaron a cabo la traducción, no sin antes poner de manifiesto las dificultades que ofrecía.

6. De acuerdo con lo hasta ahora dicho y en el plano de los principios es posible afirmar que el control judicial de la medida no constituye, en general, una mera autenticación de las transcripciones policiales o el aseguramiento de la fidelidad de la traducción de algunas conversaciones; el juez no puede limitarse a constatar, mediante una operación mecánica (audición o traducción) que la policía —o el traductor— no están proporcionando datos erróneos al juzgado o tergiversando en sus informes el contenido objetivo de las grabaciones, lo que constituiría un absurdo en la medida de que, antes o después, la posible discordancia habría de ser puesta de manifiesto al ser necesaria ulteriormente una traducción oficial.

Para autorizar una prórroga en la intervención telefónica pueden bastar —si son impracticables otras fórmulas o no hay motivos para dudar del fiel cumplimiento de la dación de cuenta policial— las informaciones que los agentes transmiten de las conversaciones mantenidas entre los sospechosos, con la seguridad de una posterior o inevitable confrontación.

Ello no significa, que en determinadas ocasiones, por razón de las circunstancias concurrentes, se imponga como aconsejable o incluso necesario, conocer directamente el contenido exacto de las grabaciones, precisando de su transcripción o traducción, previas al dictado de una resolución judicial (en este caso de prórroga) limitativa de un derecho fundamental.

7. A pesar de la inviabilidad del motivo por falta de fundamento, no es ocioso hacer una precisión, habida cuenta de que también se invoca, aunque no se desarrolle, el derecho a un proceso con todas las garantías. No debemos confundir el conocimiento de las conversaciones telefónicas, en fase de investigación, a efectos del otorgamiento de una posible prórroga judicial de la medida ingerencial, con la utilización de las transcripciones como prueba del juicio.

Así, cuando la queja de los recurrentes se extiende al desconocimiento de la identidad del traductor y de sus señas personales para facilitar el interrogatorio en el plenario, no podemos confundir la labor esporádica de un colaborador de la justicia en fase instructora, con la garantía de un proceso respetuoso con el derecho de defensa.

Las cintas se entregaron, originales, en los períodos semanales que el juez señaló a la policía judicial y estuvieron en todo momento bajo la custodia del juzgado; de ahí que su contenido exacto indeleblemente grabado fuera objeto de posterior traducción oficial. Esos traductores son los verdaderos peritos oficiales que se responsabilizan del contenido y versión de las cintas.

Consecuentemente, hallándose a disposición del juzgado las cintas originales e inco-

poradas a autos su traducción, los recurrentes pudieron solicitar antes del juicio la citación de los traductores o en su escrito de proposición de prueba interesar una nueva traducción. Nada de esto hicieron, por lo que en juicio dispusieron de las transcrip-

ciones y traducciones, no combatidas, como medios de prueba de descargo, de las que no hicieron específico uso.

Por todo lo expuesto, y no resultando afectado el derecho de defensa de los recurrentes, el motivo debe decaer.

Sentencia 95/2004, Sala de lo Penal del TS, de 3 de febrero de 2004

MOTIVACIÓN DEL AUTO ACORDANDO INTERVENCIONES TELEFÓNICAS
Art. 579 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

Toque de atención por la Sala sobre la defectuosa técnica de acudir en los autos judiciales acordando intervenciones telefónicas a la motivación por remisión a los oficios policiales solicitando las escuchas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Juan Francisco, por infracción de precepto constitucional, alega vulneración del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones por haberse estimado sólo en parte su alegación de nulidad de las resoluciones judiciales que acordaron la intervención de sus comunicaciones telefónicas.

El motivo carece de fundamento. La Sala de instancia ya ha anulado las resoluciones subsiguientes al auto inicial de 19 de marzo de 2001. Pero esta primera resolución no ha

infringido el derecho constitucional invocado, pues integrada con el oficio policial en el que se solicitan las escuchas, puede estimarse suficientemente fundamentada. El análisis de dicha solicitud, a la que se remite expresamente el auto judicial, permite comprobar que no se limita a efectuar afirmaciones fundadas en sospechas policiales, más o menos fundadas, sino que aporta datos precisos, incluye el resultado de investigaciones practicadas policialmente, seguimientos, vigilancias y manifestaciones de personas a las que el recurrente proporcionaba la droga. En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

Dicho esto, conviene recordar que aun cuando esta Sala haya estimado que no concurre vulneración constitucional determinante de nulidad cuando la motivación fáctica del auto judicial puede integrarse por remisión expresa con otras diligencias anteriores obrantes en las actuaciones, ello no quiere decir que este modo de configurar las resoluciones que afectan a derechos fundamentales sea el correcto. Hay que reiterar a los Jueces Instructores, advirtiéndoles

de que pueden incurrir en responsabilidad si continúan desatendiendo las indicaciones de esta Sala, que el modo correcto de configurar las resoluciones que afectan a derechos fundamentales es el que incluye una motivación suficiente y específica, tanto fáctica como jurídica, en la propia resolución, sin necesidad de obligar a esta Sala a recurrir a expedientes sanadores como la heterointegración del auto por remisión.

Sentencia 133/2004, Sala de lo Penal del TS, de 3 de febrero de 2004

ENTRADA Y REGISTRO

Arts. 553, 567 y 569 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández**

SÍNTESIS

La indebida entrada policial en la vivienda para detener a los acusados en un caso no calificable de delito flagrante, antes de tener en su poder el auto habilitante ya dictado, no invalida el posterior registro practicado con observancia de las exigencias legales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

3. Más complejidad ofrece la segunda de las alegaciones, la entrada de miembros de la Guardia Civil vestidos de paisano en la vivienda, deteniendo a tres de los acusados —el primero había sido ya detenido al abandonar la casa—, antes de la llegada del Secretario del Juzgado Instructor.

El Tribunal de instancia, según expone en el Fundamento de Derecho Segundo de su sentencia, entiende que los miembros de

la Guardia Civil actuantes estaban en presencia de un delito flagrante, lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Constitución, les permitía entrar en domicilio ajeno sin necesidad de consentimiento del titular ni de resolución judicial, “por el análisis de las declaraciones objetivas e imparciales de los Agentes que efectuaron la vigilancia y que tras observar indicios de la comisión de un delito, tales como la descarga de paquetes y de garrafas conteniendo líquido, la manipulación de los elementos y el fuerte olor a productos químicos

en las inmediaciones, indicios que conocen por su experiencia en casos similares, presenciando el abandono por Bernardo de la vivienda, deteniéndole a él en primer lugar y procediendo a entrar y detener a los demás cuando el Secretario ya se dirigía hacia allí, esperando posteriormente la llegada de éste al objeto de proceder al registro con las mayores garantías legales”.

De acuerdo con el artículo 795.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 38/2002, de 24 de octubre), es delito flagrante el que se está cometiendo o se acaba de cometer cuando el delincuente o delincuentes son sorprendidos, entendiéndose sorprendido en el acto el delincuente que fuera detenido en el momento de estar cometiendo el delito, y también el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durase o no se suspendiera mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que el persiguen. Por último, también se considera delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiera inmediatamente después de cometido el delito, con efectos o instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

El concepto de delito flagrante adquirió especial conflictividad con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, (...) cuyo artículo 21

(...) fue declarada inconstitucional por el Pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia de 18 de noviembre de 1993, en base, fundamentalmente, a que las expresiones “conocimiento fundado” y “constancia”, en cuanto no constituyen necesariamente un conocimiento o percepción evidente, va notoriamente más allá de lo que es esencial o nuclear en la situación de flagrancia.

Ante esta doctrina, aludiéndose por dos veces en la transcrita fundamentación jurídica de la sentencia de instancia a la presencia de indicios en la comisión de un delito, no resulta fácil aceptar que efectivamente los miembros de la Guardia Civil actuantes estuvieran ante un delito flagrante, que les

permitiera entrar en la vivienda sin necesidad de consentimiento de los interesados ni de resolución judicial habilitante.

Ahora bien, de la narración fáctica de la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, resulta (...) la existencia de dos secuencias diferentes.

En la primera, los agentes de la Guardia Civil presentes en el lugar en que se encontraban los acusados, al observar que uno de ellos, Bernardo, sale de la casa, proceden a su detención, y seguidamente penetran en la vivienda deteniendo a los otros tres acusados, sin realizar ninguna otra actuación.

Poco después, llegada la Comisión judicial portando el correspondiente Auto autorizando la Entrada y Registro, se practica éste en las condiciones y con el resultado que se recoge en el Acta correspondiente.

Distinción temporal entre la entrada y detención de los ocupantes de la vivienda y registro de ésta, que adquiere mayor relevancia cuando aquéllos están armados u ofrecen una especial peligrosidad.

El artículo 567 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, se adoptarán las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del acusado o la sustracción de instrumentos.

Cierto es que en la sentencia 227/2000, de 22 de febrero, citada por el recurrente, examinando un caso similar, se afirma que las medidas precautorias a las que se refiere el artículo 567 “deben ser de carácter periférico, manteniéndose en el exterior del domicilio la vigilancia adecuada para evitar la fuga del sospechoso o para que se saquen del interior instrumentos, efectos o cualesquiera cosas que hayan de ser objeto de registro”, “no pudiéndose legitimar una entrada previa en el domicilio por los funcionarios policiales o los agentes de la autoridad, aunque tenga carácter preventivo, sin exhibir mandamiento ni por tanto mostrárselo al interesado”.

Sin embargo en el campo penal las circunstancias concretas de cada caso adquieren especial relevancia. Y en el examinado en la sentencia de 22 de febrero de 2000 se enjuiciaba una conducta consistente en la venta de papelinas —sólo se cita una que contenía 0,66 gramos de heroína— realizada en una vivienda situada en una Urbanización de Marbella, en la que las vigilancias policiales se habían realizado durante los meses de julio y noviembre, y en el que la entrada en la casa se produjo “aprovechando que uno de los que había acudido a la vivienda se disponía a abandonarla”.

Situación radicalmente distinta a la que ahora se analiza, en la que la cocaína intervenida supera los cincuenta y tres kilos y medio con una pureza del más del 40 %; en la que quien abandona la casa es uno de los imputados con especial protagonismo en los hechos; en los que se está actuando en un lugar no urbanizado, lo que indudablemente hace más difícil evitar que el dispositivo de

vigilancia sea descubierto y, en consecuencia, avisadas las personas que aún continuaban en el interior de la vivienda, con su consiguiente fuga y eliminación de las sustancias que se manipulaban.

Por ello, sin perjuicio de constatar la irregularidad de la detención de tres de los acusados, y derivar de ello las consecuencias procedentes, el Motivo Segundo de este recurso, en cuanto pretende la ineficacia de registro en la casa en la que se encontraron las sustancias descritas en el párrafo quinto de la declaración de Hechos Probados, debe ser desestimado.

Ya que tal registro no es prueba derivada de la indebida entrada en la casa donde estaban los acusados, puesto que cuando ésta se realizó estaba ya dictado el Auto autorizante, para cuya expedición no se tuvo en cuenta dato alguno obtenido con la indebida entrada, sino otros de los que ya se disponía con anterioridad.

Sentencia 126/2004, Sala de lo Penal del TS, de 6 de febrero de 2004

DECLARACIONES SUMARIALES: REQUISITOS DE LA LECTURA EN JUICIO.
Arts. 715 y 730 LECrim.

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

SÍNTESIS

La Sala efectúa una interpretación no formalista del requisito de la lectura en juicio a que aluden los arts. 714 y 730 LECrim., para dotar del valor de prueba de cargo a las declaraciones sumariales del acusado que posteriormente en el juicio se niega a declarar.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Lo que impugna la defensa de Rubén en este motivo 1.º de su recurso no es la realidad de esas pruebas, sino su ilícita aportación al procedimiento, lo que nos obliga a examinar por separado las diligencias practicadas en relación a cada uno de tales hechos:

A) Tal confesión aparece documentada a los folios que acabamos de citar. Sobre la corrección procesal y constitucional de esta diligencia no hay duda alguna. Las que plantea la defensa de Rubén en este motivo se refieren al hecho de su incorporación al acto del juicio oral y a su validez, por su condición de prueba sumarial.

Ya conocemos la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y de esta sala del Tribunal Supremo en cuanto a la necesidad de que, como regla general, la prueba de cargo ha de practicarse en el acto solemne del plenario en el que tienen su realización plena los principios de contradicción, inmediación, concentración, publicidad y oralidad propios de este acto y en los que se concretan las garantías establecidas a favor de las partes por la Constitución y la ley procesal.

También es conocida cómo esta misma doctrina admite, como excepción, la posibilidad de que las diligencias practicadas en la instrucción puedan tener asimismo valor como pruebas de cargo en su carácter de preconstituidas o anticipadas cuando reúnan los siguientes requisitos (STC 80/2003, entre otras muchas):

1.º Material, porque han de tratarse de diligencias que por sus características sean de imposible reproducción en el acto del plenario.

2.º Subjetivo, ya que han de tener lugar ante la autoridad judicial.

3.º Objetivo, de modo que se garantice la posibilidad de contradicción.

4.º Formal, al tener que introducirse en el debate del juicio oral ordinariamente a través de la lectura prevista en los arts. 714 y 730 LECrim.

En cuanto al primer requisito, hay que decir que la imposibilidad de que la prueba fuera practicada en el juicio oral se produjo por la propia voluntad del mismo Rubén. Éste, lo mismo que los demás acusados salvo Héctor (uno de los absueltos), se negó a declarar en dicho acto en uso legítimo de su derecho reconocido en el art. 24.2 CE. Por ello fue necesario acudir a la mencionada declaración sumarial. Ninguna de las acusaciones se atrevió entonces a solicitar la lectura de esas anteriores manifestaciones documentadas a los folios 1113 y 1114 como ya hemos dicho. Probablemente entendieron que tal no era posible precisamente en respeto del mencionado derecho a no declarar contra él mismo y a no declararse culpable. Conviene dejar dicho aquí que pudo entonces pedirse esa lectura conforme a lo previsto en los arts. 714 ó 730 LECrim. Véanse las sentencias de esta sala 1620/2000, de 21 de diciembre; 1079 del mismo año, de 19 de julio; y 257/2002, de 18 de febrero. No fue posible reproducir en el juicio oral esa declaración sumarial por la legítima negativa del acusado, y ello es una causa de imposibilidad independiente de la voluntad del Ministerio Fiscal que había solicitado esa prueba. Pudo, por tanto, haber solicitado esta parte la lectura de los mencionados folios. No lo hizo y en su lugar formuló las preguntas que quería hacer a tal acusado conforme consta al folio 207 del rollo de esta sala en la transcripción mecanografiada del acta del juicio oral, preguntas por medio de las cuales quedaron introducidas en el debate del plenario aquellas manifestaciones hechas en el trámite de la instrucción. Luego nos referiremos a este mismo tema al examinar el

requisito cuarto. Sólo nos queda decir aquí que lo que acabamos de exponer es aplicable a los recursos formulados por Luis Francisco y José Ignacio en cuanto a sus respectivos motivos primeros. Como luego veremos, también pudo utilizarse la vía del art. 714 [fundamento de derecho 9.º, apartado F)].

Respecto de los requisitos segundo y tercero, ningún problema cabe plantear. La declaración sumarial se practicó en el correspondiente Juzgado de Instrucción y en cuanto a la contradicción nada hay que decir, pues el contenido de lo manifestado, por lo que aquí interesa, fue el propio reconocimiento de unos hechos en los que no había ninguna otra persona interesada en contradecirlos. El contenido de esta declaración, y de otras similares, fue rechazado en la sentencia recurrida como prueba de cargo en cuanto a lo que tuvieron de implicación de otras personas, precisamente por faltar este requisito de la contradicción, lo que fue causa de las cuatro absoluciones que acordó la sentencia recurrida [fundamento de derecho 10.º, apartado C) página 41 y 11.º página 43].

Con relación al requisito cuarto, ya hemos dicho, al examinar el primero, que pudo haberse solicitado la lectura de la declaración de Rubén en el sumario y que no se hizo, lo que se sustituyó, a los efectos de su introducción en el debate del plenario, por las preguntas que entonces formuló el Ministerio Fiscal.

Hemos de recordar aquí la doctrina reiterada de esta sala acerca de lo dispuesto en el referido art. 730 LECrim., aplicable también al art. 714, sobre la lectura en el acto del juicio de aquella declaración anterior

que quiere introducirse en el debate del plenario para su posible utilización como prueba de cargo. El tribunal debe utilizar esta vía de la lectura a que tal norma se refiere. Pero parece excesivo someter a la observación de este requisito formal la validez de una posible prueba. Por eso venimos diciendo que lo importante es que de algún modo aparezca introducida esa declaración sumarial en el debate del juicio (que es la finalidad de tal lectura), lo que puede quedar de manifiesto por el contenido del interrogatorio formulado a dicho testigo. Muchas son las sentencias de esta sala en que esa doctrina se viene repitiendo, tantas que no es necesaria su cita. Nos limitamos aquí a señalar la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 80/2003, de 28 de abril, antes mencionada, que en su fundamento de derecho 5.º avala esta doctrina.

A la vista de lo expuesto, entendemos que el hecho de que el Ministerio Fiscal hiciera esas preguntas, no para que fueran contestadas —se había negado ya Rubén a declarar—, sino sólo a estos efectos de introducción de las manifestaciones sumariales en el plenario, es suficiente a los efectos de que quede cumplido el cuarto requisito que estamos examinando.

(...)

Así pues, estimamos que respecto de este hecho A) existió como prueba de cargo legítimamente aportada al proceso esa declaración confesoria de Rubén (folios 1113 y 1114) y que, por su detallado contenido, debe considerarse razonablemente suficiente para que la Audiencia Provincial lo condenase por los delitos de robo y detención ilegal.

Sentencia 147/2004, Sala de lo Penal del TS, de 6 de febrero de 2004

CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

Art. 23 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras analizar la jurisprudencia relativa a la aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco como agravante en los delitos violentos, concluye negando su concurrencia en el caso enjuiciado (agresión con arma blanca de un padre a su hijo).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El segundo motivo, por el mismo cauce que el anterior estima como indebidamente aplicada la agravante de parentesco del art. 23 del Código Penal.

La circunstancia mixta de parentesco descrita en el art. 23 del Código Penal está fundado en la existencia de una relación parental a la que se asimila una relación de análoga afectividad dentro de los grados descritos en el artículo. En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque

como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de *homicidio pietatis* causa en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación.

En general, los supuestos de aplicación de los que conoce esta Sala se refieren a agresiones en el marco de una relación conyugal o de pareja de hecho —SSTS 689/2001, de 27 de abril, 1986/2000, 907/2003, de 6 de marzo de 2003, 1165/2002, de 17 de junio y 556/2002, de 20 de marzo, entre otras—, pero también se han presentado supuestos de agresión entre hermanos u otros parientes —SSTS 1025/2001, de 4 de junio, 1556/2001, de 10 de septiembre, y 971/2001, de 28 de mayo—. Es en estos casos donde debe efectuarse una aplicación más cuidada de esta agravante evitando un planteamiento automático de suerte que la vigencia de la agravante será —debe ser— la consecuencia de la relevancia que la misma ha tenido en relación al delito cometido. Existe al respecto

una antigua jurisprudencia —SSTS 12 de noviembre de 1984 y 10 de octubre de 1998— que ya declaró que cuando la víctima hubiese provocado el delito, no debe aplicársele tal agravante al agresor aunque se dé entre ambos la relación parental, la STS 1433/1994, de 12 de julio, declara que “...la aplicación del art. 11 —actual 23 del Código Penal—, con cualquiera de sus efectos agravatorio o atenuatorio, requiere no sólo la concurrencia del vínculo parental, sino también de la afectividad, no entrando en juego el precepto por irrelevante, no sólo cuando la víctima fuese la provocadora, o causante de la comisión del ilícito, sino cuando la relación entre agresor y ofendido se encuentre rota por ausencia... sino de la afectividad si al menos de intereses comunes más o menos intensos...”. En el caso de autos se trataba de una agresión efectuada por el hermano político de la víctima fallecida, con la conclusión de eliminar la concurrencia de la agravante de parentesco. El Pleno General de Sala de 18 de febrero de 1994 incidió en la aplicación restrictiva de esta agravante, declarando su inaplicabilidad en supuestos de destrucción de hecho de la relación conyugal, doctrina que ha sido recordada recientemente en la STS 1025/2001, de 4 de junio, bien que en el caso enjuiciado la decisión fuera admitir la concurrencia de la agravante. En definitiva se trata de verificar la existencia de una mayor reprochabilidad que incrementando la culpabilidad justifique una mayor punibilidad, pues en definitiva, la pena es la compensación de la culpa, y ello en una valoración caso a caso, pues el enjuiciamiento es un dato esencialmente individualizado.

Desde esta doctrina, verificamos que en el caso de autos se trata de una agresión que tiene las siguientes características:

- Es entre padre e hijo.
- Se desconoce quién inició la agresión.
- Se desconoce igualmente el motivo que las generó.
- La agresión fue recíproca y ambos, padre e hijo esgrimieron armas blancas de semejante peligrosidad.
- Ambos resultaron lesionados si bien de muy distinta consideración, llevando la peor parte el hijo.

En esta situación, en la que se ignora si en el motivo de la agresión tuvo relevancia la relación de parentesco, y tampoco quién agrediera en primer lugar, parece más adecuado no tener en cuenta la concurrencia de la agravante de parentesco, pues no es suficiente para su concurrencia como agravante el solo y objetivo hecho del parentesco como ya se ha razonado.

Más aún, en el presente caso, consta en el *factum* que el hijo renunció a toda indemnización, y las propias contradicciones en las que incurrió en el Plenario en clave de ofrecer un relato menos agresivo de su padre acreditan la incolumidad de la armonía familiar, lo que se comprueba con la afirmación recogida en el Fundamento Jurídico segundo de que el hijo ha vuelto a residir en el domicilio familiar.

Toda esta situación, y singularmente la forma y modo en que se produjo la agresión llevan a la conclusión de que no es procedente la aplicación de la agravante de reincidencia, por lo que el motivo debe prosperar.

Procede la estimación del motivo.

Sentencia 115/2004, Sala de lo Penal del TS, de 9 de febrero de 2004

ABUSO SEXUAL

Arts. 181 y 182 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ocupa la sentencia del problema de la aplicabilidad de la modalidad agravada por la especial vulnerabilidad de la víctima en el abuso sexual a una menor de trece años dato éste tenido ya en cuenta a la hora de determinar el carácter no consentido del abuso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Por último, utilizando la vía del artículo 849.1 LECrim., se denuncia la indebida aplicación de los artículos 181.1 y 2.1.º y 182.1.2.2.º CP. El interés de este motivo se centra en la posible vulneración del principio “non bis in idem” por la Audiencia, teniendo en cuenta que la edad de la víctima ha sido valorada para calificar el tipo básico de abuso sexual no consentido, ser menor de 12 años, e igualmente para aplicar el subtipo agravado de ser persona especialmente vulnerable por razón de su edad. Nos estamos refiriendo a la redacción originaria del Código Penal de 1995, aplicada por la fecha en que se producen los hechos, que ha sido modificada posteriormente por la LO 11/1999, e incluso el segundo de los preceptos citados también por la LO 15/2003, lo que ya sugiere de partida la falta de diafanidad originaria del precepto.

El Tribunal Provincial aplica la agravación específica del n.º 2.º del párrafo 2.º del artículo 182 CP, razonando escuetamente

(fundamento de derecho primero), “dada la especial vulnerabilidad de la víctima por su corta edad, pues al tiempo de suceder los hechos se hallaba próxima a cumplir los 5 años de edad”, es decir, la única circunstancia valorada para aplicar el subtipo agravado es la edad de la víctima que, a su vez, ha sido tenida en cuenta para apreciar la existencia del tipo básico de abuso sexual con penetración bucal sin consentimiento, por razón de aquella.

El artículo 67 CP, dentro de las disposiciones generales de los delitos y faltas, establece la denominada regla de inherencia de las circunstancias agravantes o atenuantes, cuyo fundamento está en el principio “non bis in idem”, que proscribía con carácter general la doble valoración de un elemento o circunstancia, que forme parte de la esencia del tipo, o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo básico (ver STS 1214/2002 y las citadas en la misma), principio que, aunque no reconocido expresamente en la Constitu-

ción, se ha considerado directamente emanado del de legalidad penal proclamado en el artículo 25.1 de la misma (STS 801/2003). Siendo ello así, el precepto contenido en el artículo 182.2 CP 1995, ha planteado dificultades de interpretación precisamente cuando se refiere a la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad o enfermedad y estas circunstancias han sido ya tomadas como elementos de la esencialidad del tipo para calificar los hechos como abusos sexuales no consentidos (menor de 12 años y personas privadas de sentido o con abuso de su trastorno mental). La reforma de la Ley Orgánica 11/1999, en relación con la edad de la víctima, establece con carácter general una punición agravada cuando, en todo caso, sea menor de 13 años, lo que parece equivaler a fijar un tipo de especial protección cuando las víctimas de estos delitos sean menores de esta edad, es decir, no se trataría ya de aplicar una circunstancia que agrava la pena sino de fijar una punición más grave cuando la víctima del abuso sea menor de 13 años, aun cuando su inclusión sistemática se encuentra entre las circunstancias agravantes relacionadas en el artículo 180, al que se remiten los artículos 181.4 y 182.2, que tipifica los abusos sexuales. La reforma llevada a cabo en el Título VIII, Libro II CP por la Ley Orgánica 11/1999, como directamente señala el Legislador en su Exposición de Motivos, tiene como finalidad revisar los tipos penales contra la libertad e indemnidad sexuales “para garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces”, teniendo en cuenta, por una parte, “la disminución de protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual en el repetido Código Penal de 23-11-1995”, y, por otra, las directrices de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y del Consejo de la Unión Europea relativas a la explotación sexual de los niños. De esta forma el Legislador modifica las normas contenidas en el Código Penal relativas a los delitos contra la libertad sexual, “las cuales no res-

ponden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional”, tipificando “de manera más precisa los llamados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en relación con la edad de las víctimas y con las circunstancias concurrentes”, acomodando igualmente “la valoración de las circunstancias que agravan la responsabilidad a cada una de las especies delictivas”, revisando el sistema de penas, rechazando sanciones no adecuadas en este ámbito al principio de proporcionalidad o a las necesidades de prevención general y especial, “como sucedería en principio con las meramente pecuniarias”.

Precisamente a la vista de la versión originaria del CP 1995, siendo preciso armonizar la exigencia de aplicación del principio general “non bis in idem”, con rango constitucional, y la previsión agravatoria del artículo 182.2.2.º de la anterior versión del Código, la Jurisprudencia ha entendido que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación no cabe esta última por infracción del “non bis in idem”. Así, entre otras, las SSTS 210/1998, 123/2001 o 645/2003, exponen que el principio de interpretación taxativa del tipo penal impide, sin incurrir en el vedado “non bis in idem”, tomar la misma edad dos veces, pues la Ley no distingue distintas edades posibles dentro del término genérico víctima menor de 12 años que contemplaba el artículo 181.2.1.º CP 1995, de forma que “si se sobreañadiese la especial agravación por esta circunstancia de la edad sin que en la relación de hechos probados exista ningún otro aditamento es obvio que se produce la vedada incursión en el principio “non bis in idem”, lo que es censurado unánimemente por todos los comen-

taristas del NCP. Por ello, debe reducirse la valoración especial a aquellos supuestos en que además de la corta edad de la víctima se añada otra circunstancia confluente en esa especial vulnerabilidad y así lo entiende la generalidad de la doctrina científica” (también SSTs 259 y 1697/2000, 38/2001, 1974/2002 y 224/2003). Esta última señala que en definitiva serán compatibles ambas circunstancias cuando no se tenga en cuenta exclusivamente el dato cronológico de la edad, sino todas las circunstancias concurrentes, y entre ellas, la personalidad del sujeto pasivo del delito y los elementos objetivos para aprovecharse sexualmente de la víctima. Además, la doble valoración produciría el ataque a un mismo bien jurídicamente protegido, lo que se desprende de la propia interpretación contextual del precepto, artículo 182.2 CP, en tanto que parifica las circunstancias de edad, enfermedad y situación al elemento decisivo de la especial vulnerabilidad de la víctima; habiéndose explicado tal referencia a la edad, dada la equiparación a la situación y a la enfermedad, en

el sentido no de edad infantil sino, contrariamente, muy avanzada. De ahí el sentido de la reforma de la Ley 11/1999 para establecer un marco penal agravado cuando se trate de menores de 13 años.

La sentencia impugnada, ya lo hemos señalado, no valora ninguna otra circunstancia distinta a la edad de la víctima para aplicar sobre el tipo básico la agravación específica prevista en el artículo 182.2.2.º en su versión anterior a la actual. Tampoco se desprende de los hechos probados una circunstancia confluente distinta: solamente se refiere a que el acusado y la menor se encontraban ya en el interior de la escalera del inmueble, sin mayores especificaciones, y, según consta en el fundamento jurídico cuarto, incluso los peritos médicos que examinaron a la menor no detectaron “la existencia de secuelas psicológicas” en la misma como consecuencia de los hechos relatados.

El motivo, por ello, debe ser parcialmente estimado.

Sentencia 140/2004, Sala de lo Penal del TS, de 9 de febrero de 2004

RESPONSABILIDAD CIVIL

Art. 120.3.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Se declara al Arzobispado responsable civil de los abusos sexuales cometidos por un párroco, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120, número 3, del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Decimoséptimo.—El cuarto motivo, formalizado por infracción de ley, del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de los artículos 120.3 y 4 del Código Penal.

Aunque la Sala sentenciadora debió concretar cuál fue el precepto aplicado, si el número tercero o el cuarto, de mencionado art. 120 del Código Penal, es lo cierto que la responsabilidad civil subsidiaria del correspondiente Obispado al que pertenecía el sacerdote (párroco) condenado, debe derivarse el número tercero, pues el cuarto se refiere a las personas jurídicas o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, y no resulta incardinable, desde luego, la actividad pastoral de la Iglesia en tal género de comercio o industria de modo alguno, por flexible que pudiéramos interpretar el término “servicio religioso” que ha sido sugerido por alguna de las partes acusadoras, como también incluíble en tal precepto.

El número tercero de mencionado artículo 120 del Código Penal, predica la responsabilidad civil subsidiaria de “las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”.

La responsabilidad civil subsidiaria que se regula en el número 3.º del actual Código Penal, condiciona el surgimiento de tal responsabilidad para personas naturales o jurídicas a: 1.º) que sean titulares de los establecimientos en los que los delitos o faltas se cometan.; 2.º) que las personas que las dirijan o administren o sus dependientes o

empleados hayan infringido reglamentos de policía o, disposiciones de la autoridad. También los términos que aquí se utilizan son de la mayor amplitud en el sentido de definir las personas que tengan la capacidad de determinar el surgimiento de la responsabilidad civil que son tanto las que realizan funciones dirigidas como las que desempeñan otras tareas subordinadas como dependientes o empleados. La infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía, entendiéndose por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad —en sentido de jerarquía— y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones; y 3.º) esos reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad es preciso que tengan con el hecho punible una relación tal que, sin su infracción, el hecho no se hubiera producido. Si la definición de las personas que pueden ser civilmente responsables y de los establecimientos de que sean titulares son amplias, así como la enumeración de las que pueden con su acción u omisión determinar el surgimiento de la responsabilidad, la referencia a los reglamentos de policía y a las disposiciones de la autoridad se restringen a aquellas cuya infracción esté relacionada causalmente con la ocurrencia del hecho punible. Claramente se sanciona con el gravamen de la responsabilidad civil subsidiaria la contribución a la causación del hecho penalmente sancionado mediante una conducta infractora de normas (Sentencia 1308/2002, de 13 de julio).

La tendencia de la jurisprudencia de esta Sala ha sido objetivar en la medida de lo posible la responsabilidad civil subsidiaria de tales titulares de los establecimientos en donde se cometan los delitos o faltas, marcando dos ejes en su interpretación: el lugar

de comisión de las infracciones penales (en tanto su control es mayor por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su titularidad dominical) y la infracción de normas o disposiciones de autoridad que estén relacionadas causalmente con su misma comisión, al punto que propician la misma. Pero obsérvese que el precepto no residencia únicamente en los titulares de tales establecimientos (o que los dirijan o administren) tal infracción reglamentaria, sino también en los mismos dependientes o empleados. Por lo demás, continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala Casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria, que se fundamentan en la “culpa in eligendo” y en la “culpa in vigilando”, como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil. No nos movemos, pues, en este ámbito en puro Derecho penal, sino precisamente en Derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas.

De modo que la infracción reglamentaria debe ser enjuiciada con criterios civiles, y no propiamente extraídos de la dogmática penal estrictamente, por más que su regulación se aloje de ordinario en los códigos penales (no así en otros sistemas europeos).

Por último, hemos de salir al paso de la objeción formal esgrimida por el recurrente, acerca de que la propia parroquia servida por el acusado contaba con personalidad jurídica independiente del Obispado condenado civilmente, porque ésta no es la óptica del problema. Aunque así lo pudiéramos afirmar, con la Sentencia de esta Sala (414/2002, de 11 de marzo), y de conformidad con el contenido del Acuerdo de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 diciembre 1979 (Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos), lo relevante no es tal personalidad jurídica, sino la responsabilidad civil subsidiaria que corresponde, en su caso, al Obispado recurrente,

por el hecho de la comisión de los delitos en lugares de su titularidad y por infracción de normas de control tanto de su esfera jurídica, como de sus propios “dependientes o empleados”, en la terminología legal. Si se radica en tales extremos el fundamento de su responsabilidad civil subsidiaria, el argumento de que la parroquia, en sí misma considerada, tiene o no, propia personalidad jurídica, se encuentra fuera del debate. Lo trascendente será, en su caso, que tal Obispado tenga dicha personalidad jurídica, como aptitud para soportar un pronunciamiento civil condenatorio, una vez cumplidos los demás requisitos. Y en este sentido, conviene recordar el contenido del canon 373 del Código de Derecho Canónico, suficientemente expresivo al respecto: “corresponde tan sólo a la suprema autoridad el erigir Iglesias particulares, las cuales una vez que han sido legítimamente erigidas, gozan en virtud del derecho mismo de personalidad jurídica”. La Iglesia particular se identifica con la Diócesis, en el canon 369, a cuyo frente se encuentra el Obispo, dividiéndose ordinariamente en parroquias (canon 374), a cargo de un cura pastoral o párroco.

Es también claro que a todo clérigo se le exige guardar la debida prudencia en su actuar para no ser causa de “escándalo” entre sus fieles (canon 277, §2), y especialmente a los párrocos, como en el caso enjuiciado corresponde al acusado Ernesto, pues para que “alguien sea designado para el oficio de párroco, es necesario que conste con certeza su idoneidad según el modo establecido por el Obispo diocesano” (canon 521 §3), cuya provisión corresponde a dicha autoridad diocesana (canon 523) que tendrá en cuenta su idoneidad (canon 524), siendo de especial relevancia para lo que aquí enjuiciamos sus obligaciones con los niños y jóvenes, tal y como se dispone en el canon 528: “... debe procurar de manera particular la formación católica de los niños y de los jóvenes...”

En relación con las facultades de control del Obispado, son muy amplias en el Código de Derecho Canónico, concebido como

la máxima autoridad del Ordinario en su Diócesis. Así resulta de los cánones 376, 381 (se le confiere toda la potestad ordinaria), 391 (el ejercicio de potestad ejecutiva) y el control de actos de vigilancia (canon 392 §2), estando el párroco bajo la autoridad del Obispo diocesano (canon 515 §1), el que deberá velar porque la cualidades del mismo se correspondan a lo dispuesto en el canon 521 §3 (idoneidad), y 524: “el Obispo diocesano debe encomendar la parroquia que haya quedado vacante a aquel que, ponderadas todas las circunstancias, considere idóneo para desempeñar en ella la cura parroquial, dejando de lado cualquier acepción de personas; para juzgar sobre la idoneidad, oiga al arcipreste y realice las investigaciones oportunas, pidiendo parecer, si el caso lo

aconseja, a algunos presbíteros y fieles laicos”. En consecuencia, la provisión del párroco corresponde al Obispo diocesano (canon 523), quien lo puede remover por causa de incapacidad (cc. 538 y 539).

En conclusión: la actuación del acusado debió ser vigilada por tal Obispado. No puede alegarse el caso resuelto en la Sentencia de esta Sala (414/2002, de 11 de marzo), pues no es trasposable al ahora enjuiciado, en tanto la sociedad o corporación de la que se predicaba tal responsabilidad civil subsidiaria dependía directamente de una parroquia, y no del Obispado, como ocurre con la actuación del acusado en nuestro caso.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Sentencia 186/2004, Sala de lo Penal del TS, de 12 de febrero de 2004

ROBO/DETENCIÓN ILEGAL

Arts. 8, 73 y 77 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece una clara síntesis de las tres posibles soluciones arbitradas por la jurisprudencia en orden a resolver la relación concursal entre el robo violento y la detención ilegal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—Del mismo modo, tampoco puede ser estimado el submotivo que reclama la absorción en el robo de la ilícita detención sufrida por la víctima.

El delito de robo entraña, por su propia naturaleza, una restricción coactiva de la libertad de movimientos de la víctima, que puede ser más o menos extensa en el tiempo según la mecánica comisiva del hecho depredatorio. Así, la privación de libertad será exigua en los casos de asalto callejero con

despojo de los bienes que porte la víctima, y será más prolongada en otras modalidades comisivas, como el encierro de los moradores de una vivienda mientras los autores desvalijan sus dependencias. Por ello, numerosos precedentes jurisprudenciales de esta Sala han establecido que el delito de robo absorbe la pérdida transitoria de libertad cuando se realiza durante el episodio central del hecho, y que no se cumplen los elementos tendenciales del tipo delictivo de detención ilegal al estar comprendida ésta dentro de la normal dinámica comisiva, siempre que quede limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo según el “modus operandi” de que se trate. Por el contrario, el delito de detención ilegal adquiere autonomía propia respecto del robo cuando la privación de libertad es gratuita e innecesaria porque se prolonga más allá de lo que sería necesario para consumir el desapoderamiento.

En el primer caso nos encontraríamos ante un concurso de normas que se solucionaría según la regla 3.ª del art. 8 CP, absorbiendo el delito de robo el de detención ilegal según la técnica de la consunción. En el segundo caso, se produciría una situación de concurso real de delitos, en cuanto la detención ilegal quedaría fuera del ámbito del robo, adquiriendo autonomía propia e independiente del delito contra el patrimonio, debiendo sancionarse por separado cada una de las infracciones.

Existe, no obstante, un tercer supuesto o variante, intermedio entre los mencionados, que tiene lugar cuando la privación de libertad de la víctima del robo no está completamente desvinculada del ilícito acto depredador (supuesto primero), ni se desarrolla durante el tiempo estrictamente imprescindible del episodio central del delito contra el patrimonio (supuesto segundo), sino que, como aquí sucede, aunque no pierda su relación con la actividad depredatoria, la privación de libertad de la víctima durante un tiempo prolongado, obligándola a realizar diversos desplazamientos por las calles de la ciudad, primero hasta su domicilio y después hasta la entidad bancaria desde aquél, esa privación de la libertad alcanza entidad propia y es penalmente reprochable por sí misma, aunque por el contexto en que se desarrolla ha de considerarse como un medio para alcanzar el objetivo pretendido por los autores, de suerte que deberá ser contemplada como un instrumento al servicio del proyecto de apoderamiento de los bienes ajenos. Dicho en otras palabras, se trataría de un delito cometido como medio necesario para cometer el principal perseguido por los autores, por lo que estaríamos ante un concurso medial o instrumental contemplado en el art. 77 CP.

La calificación efectuada por la Sala a quo ha sido correcta, y el motivo debe ser desestimado.

Sentencia 205/2004, Sala de lo Penal del TS, de 18 de febrero de 2004

NULIDAD PROBATORIA. OBJETO DEL RECURSO DE CASACIÓN

Art. 11.1 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta**

SÍNTESIS

Tras negar la habilidad de la confesión del imputado sobre unos hechos conocidos a través de una prueba nula y causalmente relacionada, estimando

el recurso del condenado, la Sala recuerda la interpretación amplia que ha de hacerse del objeto del recurso de casación comprensiva tanto de la impugnación realizada como de la vía impugnativa elegida y la audiencia de las partes en el recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

4. En cuanto al segundo apartado anteriormente expuesto, la habilidad de la confesión del imputado sobre unos hechos conocidos a través de una prueba nula y causalmente relacionada, se ha declarado que para que pueda ser tenida como prueba desconectada jurídicamente es preciso que la misma se desarrolle en condiciones de libertad y conciencia de la trascendencia del acto procesal. Esas notas no concurren, en principio, cuando esa declaración se realiza durante la situación de detención inmediata a la intervención de la sustancia en condiciones, se dice en la sentencia, de vulneración de derechos fundamentales.

Por otra parte resulta extraño a la lógica jurídica, afirmar, de una parte la vulneración de un derecho fundamental, en este caso la intervención telefónica vulneradora del derecho al secreto de las comunicaciones, y al mismo tiempo declarar que procede analizar si la misma se transmite antijurídicamente a la prueba de confesión, restringiendo la aplicación del art. 11.1 a los supuestos de efectiva vulneración de un derecho fundamental. De alguna manera se parte de la admisión de una graduación en la vulneración constitucional, y a partir de esa declaración se permite la valoración de otras pruebas, conectadas con la anterior pero sin llegar a recibir la antijuridicidad de la prueba vulneradora de un derecho fundamental. Parece más lógico analizar la entidad de la irregularidad al tiempo de su adopción y, consecuentemente, distinguir los supuestos en los que la irregularidad detectada afecta al con-

tenido esencial del derecho sustantivo afectado, el secreto de las comunicaciones, con sus efectos derivados del art. 11.1 de la LOPJ, de aquellos otros en los que la irregularidad no afecta al contenido esencial del derecho sustantivo, por los que sus efectos no se transmiten a las pruebas derivadas.

Es decir, analizar bajo qué supuestos la prueba que acuerde una injerencia es irregular y, seguidamente, determinar si esa irregularidad supone la vulneración de un derecho fundamental o, por el contrario, sus efectos son de mera irregularidad por no afectar al derecho fundamental sustantivo al que se refieren. Desde esta perspectiva recordamos que la prueba penal es un elemento de acreditación de un hecho con trascendencia en el enjuiciamiento de una conducta típica, antijurídica, culpable y penada por la Ley. A su través, las partes del proceso penal tratan de reconstruir un hecho. Es, desde esta perspectiva, una actuación procesal de carácter histórico destinada a reconstruir el hecho enjuiciado. El proceso penal en un Estado de Derecho se enmarca en la consideración de instrumento de control social primario y formalizado. De esta última característica resulta que sólo podrán utilizarse como medios de investigación y de acreditación aquellos que se obtengan con observancia escrupulosa de la disciplina de garantía de cada instrumento de acreditación. Las normas que regulan la actividad probatoria son normas de garantía de los ciudadanos frente al ejercicio del “ius puniendi” del Estado y, por ello, el ordenamiento procesal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica del Poder Judicial, previenen que “no surtirán efectos las

pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales” (art. 11.1 de la LOPJ).

La prueba nula no hace desaparecer el hecho, objeto del proceso, sino que impide que pueda ser empleado en la reconstrucción de ese hecho. Tampoco podrán ser utilizadas en esa reconstrucción aquellas pruebas posteriores comprometidas por la prueba anterior nula, pero sí las obtenidas y practicadas en ausencia de irregularidades propias o derivadas de la anterior nula.

El primer paso sería indagar bajo qué condiciones las resoluciones judiciales que acuerden injerencias de intervención telefónica, o en su caso, la entrada y registro son legítimas en su realización y cuándo la irregularidad supone la vulneración al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones o cuándo la irregularidad supone una vulneración al proceso debido, a la disciplina de garantía de la injerencia.

Según los postulados que extraemos de nuestra propia jurisprudencia y la del Tribunal Constitucional hemos de convenir que los siguientes requisitos afectan al secreto de las comunicaciones:

— Judicialidad de la medida, lo que implica existencia de motivación.

— Excepcionalidad, lo que supone la idoneidad y su necesidad.

— Proporcionalidad a la gravedad de los hechos investigados.

Por el contrario, otros requisitos que puedan ser incumplidos no afectan, en principio, al derecho fundamental sustantivo, aunque comprometen la actuación jurisdiccional por su no concurrencia, como los supuestos de motivación deficiente, los defectos en el control jurisdiccional de la medida y los defectos en la incorporación del resultado de la injerencia.

Ambos supuestos dan lugar a consecuencias distintas, pues los primeros supondrán la vulneración del derecho fundamental y, consecuentemente, la aplicación del art.

11.1 de la LOPJ, en tanto que los segundos, darán lugar a la imposibilidad de valorar la injerencia por irregular sin transmitir sus efectos a las pruebas legítimas posteriores que no supongan una sanación de la prueba regular.

Así realizado, la valoración de una confesión no será posible, por prohibición expresa del art. 11.1 de la LOPJ, cuando la fuente de la investigación sea diligencias que vulneran el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad del domicilio. Por el contrario, para los supuestos en los que la irregularidad no compromete el contenido esencial del derecho fundamental sustantivo y se refieren a la forma jurisdiccional de actuar, las pruebas legítimamente practicadas posteriores son, en principio, legítimas y susceptibles de ser valoradas para conformar una convicción condenatoria.

En el supuesto objeto del recurso la declaración de nulidad por vulneración de un derecho fundamental acordada por el tribunal de instancia no ha sido discutida desde la acusación y a esa declaración hay que estar por lo que este Tribunal de Casación no puede realizar un pronunciamiento sobre esa declaración y la aplicación del art. 11.1 de la LOPJ. La excepción que el tribunal de instancia realiza con la confesión del acusado, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala, exige que la misma se desarrolle en el juicio oral con las excepciones para la prueba del sumario legalmente establecidas que en el presente supuesto no concurrieron. Consecuentemente, tanto por la conexión de la confesión con la prueba nula, en los términos del art. 11.1 de la LOPJ, como porque esta declaración no fue llevada al enjuiciamiento, el motivo debe ser estimado al no haberse practicado prueba regularmente obtenida contra el condenado.

5. Señalado lo anterior procede realizar algunas puntualizaciones. En el presente recurso comprobamos que el tribunal de instancia ha apartado del procedimiento una diligencia de prueba que la acusación había

presentado para la acreditación del hecho, objeto del proceso, y sin embargo llega a la condena postulada por la acusación merced a una prueba que la defensa impugna en el recurso al entender que no puede ser valorada. La posibilidad de que el condenado articule una impugnación que sea estimada, coloca en una situación difícil a la contraparte, en este caso la acusación aunque bien pudiera tratarse de la defensa de un imputado. En efecto, la parte que ha mantenido la acusación en el enjuiciamiento y que ve como esa pretensión ha sido estimada, carece de gravamen para formalizar una impugnación cuando la sentencia es condenatoria pero basada en una argumentación que no comparte o que, aun compartiendo, entiende que existen otros fundamentos más claros para la condena que solicitó en la instancia, pudiendo prever que la impugnación articulada puede ser estimada y, sin embargo, ha de solicitar la desestimación del recurso, aunque no esté de acuerdo con la argumentación sostenida en la condena e, incluso, pueda estar de acuerdo con el recurrente en la pretensión que deduce en el recurso de casación y manteniendo, como lo hizo en la instancia, que la condena es procedente con otra argumentación o, incluso, otra valoración de la prueba.

Por otra parte, resulta patente que el Tribunal de casación no puede entrar a decidir una cuestión que no le ha sido planteada, en este caso no puede entrar a valorar si la injerencia telefónica ha de ser tenida como vulneradora de un derecho fundamental, y tiene que estar a la declaración efectuada por el tribunal de instancia, pues no se ha solicitado, ni argumentado, en contra de esa declaración. El objeto del presente recurso, el interpuesto por la defensa del acusado, se contrae a determinar si la prueba tenida en cuenta por el tribunal es legítima y a esa pretensión hemos dado respuesta en sentido negativo.

Señalado lo anterior cabe preguntarse si en estos supuestos la contraparte puede incorporar al objeto del recurso sus argumentaciones, en trámite de audiencia para anali-

zar en primer lugar, el alcance de la irregularidad de la injerencia, si era vulneradora del derecho fundamental sustantivo o si era vulneradora de la disciplina de garantía de la concreta diligencia, con efectos distintos en cuanto a sus consecuencias en uno y otro caso, pues el primer supuesto da lugar a la aplicación del art. 11.1 de la LOPJ, en tanto que en el segundo sus efectos se centran en negar eficacia probatoria a la diligencia irregular sin traspasar a otras diligencias posteriores que no se limiten a sanar la previa irregular.

La cuestión a decidir tiene que ver con la consideración de lo que sea objeto del recurso. Al respecto caben dos posiciones. En la primera, el objeto de la casación, dado su carácter de recurso extraordinario, aparece enmarcado por el contenido de la impugnación, esto es lo que el recurrente quiere discutir respecto a la sentencia con la que está en desacuerdo, de manera que lo que no es discutido por el recurrente debe estimarse que goza de los efectos de cosa juzgada. Otra posición permite enmarcar el objeto del recurso con la impugnación realizada, la vía impugnatoria elegida, y la audiencia a las partes del recurso y esos tres elementos conforman el objeto del recurso del que conoce el tribunal de casación. Si la vía impugnatoria empleada es la infracción de ley por error de hecho en la apreciación de la prueba, la designación del documento acreditativo del error corresponde al recurrente y será examinado con relación a un concreto contenido interpretativo de lo que sea documento a efectos de este recurso en el que la parte recurrida podrá añadir las aportaciones que considere relevantes para la conformación del objeto del recurso. Si se plantea la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, la impugnación no tiene por objeto exclusivamente la concreta alegación del recurrente, sino que ha de enmarcarse en el contenido esencial del derecho que invoca, esto es, el examen de la regularidad de la prueba, de su sentido de cargo, de las condiciones de valoración, etc..., de manera que, como ha ocurrido en el pre-

sente supuesto, si el recurrente discute la habilidad de la prueba de confesión en el sumario tras la declaración de nulidad declarada respecto a la intervención telefónica, el objeto del recurso no se contrae a esa pretensión, sino que se comprende el contenido esencial del derecho fundamental objeto de la impugnación sobre el que el recurrido puede expresar cuantas alegaciones entienda procedentes para considerarlo correctamente enervado y sobre las que esta Sala debe decidir, con las limitaciones de la posición procesal que ocupa, fundamentalmente derivadas de la ausencia de intermediación. Bien puede ser que la sentencia condenatoria sea procedente aunque no por las razones que expresa el tribunal de instancia, por lo que la sentencia parecería justificada en su contenido decisivo aunque no con la motivación empleada, existiendo argumentos que justifican el fallo.

Esta segunda opción es la que consideramos procedente por lo que se hace necesario que la parte recurrida en el recurso exponga las razones que a su juicio hacen que la sentencia sea justificada.

En los supuestos, como el presente, en los que el tribunal haya declarado una nulidad de una prueba y, no obstante condena, el Ministerio fiscal, como dijimos en la STS de 19 de octubre de 2000, “en un supuesto complejo como éste debió, si era su interés, replantear su disensión... bien como adhesión —con una interpretación amplia de su contenido— bien el el trámite de la impugnación expresando la situación descrita y los efectos de la estimación del recurso de la contraparte. No lo hizo así y por ello esta Sentencia se contrae a lo que ha sido objeto de este recurso”. En otras palabras, la acusación debe prever el alcance de una hipotética estimación del recurso interpuesto y pese a no tener un interés en recurrir, pues el acusado ha sido condenado, ha de plantearse la posibilidad de que las pruebas que el tribunal no valora puedan ser valoradas.

En parecidos términos se expresó el Tribunal Constitucional en STC 50/2002, de 25 de febrero, en la que se planteaba un amparo contra un Sentencia del Tribunal Supremo que había condenado por delito de imprudencia a un médico absuelto en la instancia por atipicidad de la conducta al tiempo de su comisión. La Sentencia fue recurrida por las acusaciones y el recurrido es condenado. Se plantea el amparo porque el demandante fue absuelto del delito de la acusación por falta de tipicidad y es condenado por el Tribunal Supremo sin que la defensa, se dijo, pudiera argumentar sobre la falta de acreditación del hecho. En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional declara que en estos supuestos la defensa “tuvo a su disposición, y los utilizó en los términos que consideró procedentes, el trámite de impugnación de los recursos de casación de contrario...”, añadiendo que “cosa distinta es que demandante de amparo hubiese manifestado en la casación en algún sentido su censura al relato de hechos probados de la sentencia y procurado en lo posible su revisión, intentando, en su caso, la adhesión al recurso de casación y que hubiese visto frustrado su intento en razón de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre tal mecanismo procesal...”, en clara referencia a la necesidad de realizar una interpretación amplia de la adhesión del recurso que permita asegurar la articulación de los intereses ventilados en la impugnación.

Consecuentemente, las impugnaciones o, en su caso, la adhesión al recurso, posibilitan un trámite de audiencia que integrará el objeto del recurso, situación que en esta concreta impugnación, no ocurrió.

No se actuó de la manera expuesta por lo que procede abordar la cuestión que ha sido objeto del recurso y, por las razones señaladas estimar el recurso interpuesto por el recurrente y dictar segunda sentencia absolviendo del delito contra la salud pública por el que fue acusado y condenado.

Sentencia 260/2004, Sala de lo Penal del TS, de 23 de febrero de 2004

CACHEO

Arts. 282 LECrim.; 19.2 Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisó Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la diligencia de cacheo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El primero de los motivos articulados, y siguiente a considerar, se efectúa al amparo del art. 5.4 LOPJ por conculcación de preceptos constitucionales, contenidos en el art. 15 y 18.1 de la CE invocándose el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes y el derecho a la intimidad.

Basa el recurrente su reclamación en que el acusado cuando fue detenido fue obligado a desnudarse y quitarse los calzoncillos.

La Ley 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana proporciona amparo legal a la Policía, en cuanto su art. 19.2 prevé la recogida de efectos, instrumentos y pruebas del delito. Por otra parte, la actuación queda amparada por el artículo 11.1.f) y g) de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, como un comportamiento policial de averiguación. En el mismo sentido, la STS 1519/2000, de 6 de octubre.

La LECrim. muy genéricamente, en su art. 282 dice que la Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen... recoger todos los efectos, ins-

trumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial.

La LECrim. no contempla todavía en su texto, ni el “cacheo”, entendido como un examen superficial o preliminar mediante el tacto, y por encima de la ropa, de todas las partes del cuerpo susceptibles de ocultar un arma, instrumento peligroso o relacionado con el delito, ni el “reconocimiento a fondo” del cuerpo una vez desprovisto de la ropa, ni tampoco el “reconocimiento de las cavidades corporales”, del sospechoso, detenido o preso.

Ante ello, ha sido la doctrina emanada de los autores y de las resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional la que ha venido marcando los requisitos y límites de estas intervenciones, muy distintas entre sí y con un muy diverso grado de afectación de la dignidad e intimidad del sujeto pasivo concernido.

La STC 218/2002, de 25 de noviembre, recordaba la doctrina sentada en la STC 204/2000, de 24 de julio: “El derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la

propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988; 179/1991 y 20/1992). De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989, 120/1990 y 137/1990).”

Pero dicho esto, ha precisado el TC con relación al ámbito penitenciario que la medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento.

En otros supuestos, el TC —S.^a 204/2000, de 24 de julio— ha destacado la necesidad de adoptar medidas de control y seguridad directamente dirigidas a preservar otros bienes jurídicos por los que ha de velar la Administración Penitenciaria, como lo son concretamente el riesgo para la vida, salud y seguridad de los demás internos o el buen orden del centro; valores ambos que, en ocasiones, podían verse afectados seriamente por la eventual introducción en el establecimiento penitenciario de objetos peligrosos o estupeficientes. Sin perjuicio de que las órdenes recibidas, consistentes en desnudarse completamente ante varios funcionarios del centro en un registro practicado tras una comunicación especial, es una práctica que, desprovista de otras medidas de protección y sin encontrarse justificada en concreto por las circunstancias persona-

les del interno o propias del centro penitenciario, constituye un trato contrario a la dignidad e intimidad personales.

Son pues, estos supuestos específicos los examinados, relacionados con la Administración Penitenciaria, y difícilmente aplicables sin más a casos distintos, como el de autos.

Por su parte, esta Sala II del TS después de reconocer que el contenido esencial del derecho fundamental a la dignidad prohíbe la causación de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infringidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente, precisa, —STS n.º 193/2002, de 24 de julio, STS 1354/2003, de 15 de octubre, STS 1393/2002, de 24 de julio—, la acomodación legal y constitucional de los cacheos. De modo que es doctrina reiterada de esta Sala que las diligencias de cacheo suponen para el afectado un sometimiento normal a las normas de policía y no implican violación de sus derechos constitucionales a la intimidad siempre que la actuación policial esté justificada y se mantenga dentro del respeto al principio de proporcionalidad.

En el caso sometido a enjuiciamiento y a recurso, la gravedad del delito investigado justifica plenamente esa medida de cacheo, en cuya práctica, además, no se aprecia exceso de clase alguna, máxime cuando dio como resultado el hallazgo y posesión de parte de la droga dentro de los calzoncillos del propio acusado. Así la medida fue absolutamente proporcionada, razonable y lícita y los agentes actuaron dentro del ámbito legítimo de su funciones.

El examen de la causa no permite constatar que se practicara sobre el acusado un padecimiento físico o psíquico realizado para vejar o doblegar la voluntad de un detenido. Se trató de un registro personal del detenido realizado con finalidad de investigación o, incluso de prevención ante la medida de detención dispuesta y conforme a las necesidades derivadas de la detención para evitar la entrada en dependencias policiales de objetos

que pudieran ser lesivos a la integridad física del detenido, vigilantes o terceras personas.

Por otra parte, en las actuaciones no consta ninguna oposición del detenido al cacheo acordado por la fuerza policial, y el hecho ni siquiera fue invocado durante la instrucción de la causa y sólo comentado a partir de la declaración testifical en el enjuiciamiento.

Incluso, como el Tribunal de instancia destaca, la realización del cacheo, realizada

en dependencias policiales (no en la vía pública o en el lugar de la detención), por personal del mismo sexo que el detenido, fue precedida de una previa información de derechos, con arreglo al art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En conclusión, la medida fue proporcionada a la gravedad del delito y a las necesidades de prevención que deben ser adoptadas en el supuesto de medidas privativas de libertad.

Sentencia 201/2004, Sala de lo Penal del TS, de 24 de febrero de 2004

FALSIFICACIÓN DE MONEDA

Art. 386 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se analizan en la sentencia las diversas conductas recogidas en el art. 386 CP, procediéndose a su recíproca delimitación, no siempre fácil.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El complejo precepto constituido por el artículo 386 CP, concretamente, sus párrafos segundo y tercero, tienen en cuenta el conocimiento que tenga el autor del delito del carácter falso de la moneda cuando obtiene la posesión de la misma, de forma que si desconocía la falsedad será aplicable el párrafo tercero del artículo 386 y si la conocía sería aplicable el segundo inciso del párrafo segundo, es decir, la adquisición de moneda, sabiéndola falsa, con el fin de po-

nerla en circulación. Pero este párrafo tiene un primer inciso que castiga la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución siempre que exista algún grado de connivencia con los falsificadores o fabricantes de moneda falsa, los introductores en el país de esa moneda y los expendedores o distribuidores concertados con los falsificadores e introductores. Como ha señalado la STS 1154/2002, los elementos que integran este tipo penal son los siguientes: el hecho objetivo de la tenencia de moneda falsa; la consciente adquisición de la posesión de dicha moneda en connivencia con los falsificadores, introductores, expendedores o di-

fusores; y un propósito posterior, elemento subjetivo, integrado por el destino último de lo poseído, que es su expendición o distribución, sin que sea preciso que ello haya llegado a realizarse (se adelanta la barrera de protección castigándose la tentativa). El inciso segundo, que criminaliza la adquisición de moneda falsa, se diferencia del primero, que indudablemente es el aplicado por la Audiencia, aun cuando suscite confusión el fundamento jurídico octavo, en que no exige la tenencia, es posible cometer el delito sin alcanzar la posesión inmediata de la moneda, ni connivencia con los autores, es decir, se trata de un supuesto de conducta autó-

noma y no de participación en el plan de aquéllos, mientras que el inciso primero, la tenencia en connivencia preordenada a su expendición o su distribución, abarca los casos comprendidos en las acciones mencionadas realizados por personas integradas en niveles inferiores respecto de los autores del párrafo primero, luego el dolo abarca el conocimiento de la propia tenencia de moneda falsa y de su distribución o expendición como consecuencia del plan trazado por los autores, que se revela en su grado de connivencia con los mismos, en suma, se trata de castigar a los partícipes que conforman los escalones inferiores.

Sentencia 149/2004, Sala de lo Penal del TS, de 26 de febrero de 2004

DERECHO A UTILIZAR LAS PRUEBAS NECESARIAS

Art. 850.1 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

Expuestos los requisitos formales y materiales jurisprudencialmente exigibles para que prospere el motivo de casación del art. 850.1 LECrim., la Sala considera infringido el derecho a utilizar las pruebas necesarias al haberse prescindido injustificadamente en el enjuiciamiento de los partícipes de la declaración del autor material (menor de edad), impidiendo su interrogatorio, lo que ocasionó indefensión y vulneró el derecho de defensa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Como ha señalado esta Sala reiteradamente, el art. 850.1 de la Lecrim. ha encontrado un nuevo y más profundo sentido interpretativo al contemplarse desde

la perspectiva de las garantías fundamentales del derecho a un juicio justo consagradas en nuestra Constitución (art. 24: derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa), y en los textos internacionales suscritos por España e incorporados a

nuestro ordenamiento jurídico por vía de ratificación (art. 6.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y 14.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966).

Conforme a estas normas entre las garantías esenciales de un juicio justo toda persona acusada de un hecho delictivo tiene derecho a valerse de toda clase de pruebas de descargo y a contradecir las de cargo, por lo que el motivo de casación contemplado en el art. 850.1 de LECrim. adquiere una destacada relevancia como medio de asegurar el respeto a estas garantías esenciales de rango constitucional.

Tercero.—La doctrina jurisprudencial ha comprendido dentro de este motivo, tanto los supuestos de inadmisión de un medio probatorio, como los de denegación de la suspensión del juicio ante la falta de práctica de la prueba anteriormente admitida (SS. entre otras, 10 de abril de 1989, 16 de julio de 1990 y 10 de diciembre de 1992), que es el supuesto que concurre en el caso actual.

Para la estimación del motivo una reiterada jurisprudencia exige, en primer lugar, el cumplimiento de cuatro requisitos formales:

1.º) Que la diligencia probatoria que no haya podido celebrarse por la denegación de la suspensión del juicio, hubiese sido solicitada por la parte recurrente en tiempo y forma, lo que en el caso de tratarse de testigos —como sucede en el supuesto actual— debe concretarse en su proposición “nominatum” en el escrito de calificación provisional, con designación de los apellidos y circunstancias personales.

2.º) Que tal prueba hubiese sido declarada pertinente por el Tribunal y en consecuencia programada procesalmente.

3.º) Que ante la decisión de no suspensión se hubiese dejado constancia formal de

la protesta, en momento procesal oportuno, con el adecuado reflejo en el acta.

4.º) Que tratándose de testigos, la parte recurrente haya solicitado la consignación, siquiera sea de modo sucinto, de los extremos del interrogatorio que se proponía formular al testigo inasistente, con el fin de poder valorar la relevancia de su testimonio (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, y 51/1990, de 26 de marzo, y SSTS 2.ª 25 de octubre de 1983, 13 de mayo de 1986, 5 de marzo de 1987, 29 de febrero de 1988, 18 de febrero y 17 de octubre de 1989, 31 de octubre de 1990 18 de octubre, 20 de noviembre y 28 de diciembre de 1991, 16 de octubre y 14 de noviembre de 1992, y 21 de marzo de 1995, núm. 464/1995 entre otras).

Cuarto.—En el caso actual constan cumplimentadas las referidas exigencias formales.

(...)

La doctrina jurisprudencial exige, además de los requisitos formales, unos requisitos de fondo necesarios para que prospere este motivo de recurso, que podemos concretar en que la prueba inadmitida (o no practicada, caso de denegación de la suspensión del juicio oral ante la inasistencia de uno o varios testigos):

1.º) Sea necesaria, en el doble sentido de su relevancia y su no redundancia,

2.º) sea posible, en el sentido que deben agotarse razonablemente las posibilidades de traer al testigo a presencia del Tribunal y

3.º) su falta de realización ocasione indefensión a la parte que formuló el recurso y propuso como propia la prueba.

En la práctica, como señalan las Sentencias de esta Sala de 29 de enero de 1993 y 21 de marzo de 1995, núm. 464/1995, “habrá que evaluar cada caso teniendo en cuenta el resto del material probatorio de que se dispuso y la incidencia que la prueba denegada tuviese en la formación de la convicción del órgano decisor para configurar la resolución definitiva del proceso”.

Sexto.—En primer lugar, como se ha expresado, es preciso que la prueba cuya práctica se ha denegado, no sólo fuese pertinente sino necesaria.

La pertinencia se mueve en el ámbito de la admisibilidad, como facultad del Tribunal para determinar inicialmente la prueba que genéricamente es pertinente por admisible (STS 17 de enero de 1991). La necesidad de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias, entre ellas la decisión del Tribunal de no suspender el juicio pese a la incomparecencia de algún testigo, adoptada al amparo de lo prevenido en el art. 746.3 de la LECrim.

Decisión que puede adoptarse por no “considerar necesaria la declaración del testigo”, bien por su irrelevancia (visto el estado del juicio el contenido de su testimonio no es relevante respecto a los hechos determinantes de la subsunción delictiva y circunstancias que afectan a la responsabilidad del acusado) —STS 21 de diciembre de 1992— o bien por su redundancia (después de haberse desarrollado un amplio debate contradictorio el testimonio del testigo que no comparece resulta superfluo e innecesario, ya que no aportaría nuevos datos que puedan ser sustanciales a la hora de formar la convicción de la Sala —STS 27 de febrero de 1990—).

(...)

Séptimo.—En segundo lugar, la práctica de la prueba cuya denegación se recurre, debe ser posible, en el sentido de que el Tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades para su realización, sin incidir en la violación del derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas, como sucede cuando se da lugar a reiteradas suspensiones para la realización de una prueba que razonablemente ha de considerarse no factible.

La realización de la prueba testifical en el acto del juicio oral constituye la norma, que debe cumplirse salvo casos muy excepcio-

nales, por respeto a los principios de contradicción, oralidad y publicidad. Las excepciones, en las que cabe considerar que la prueba de realización no factible y por tanto la decisión del Tribunal correcta, al no suspender, se corresponden con aquellos casos en que la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han estimado lícito reemplazar la prueba testifical que no puede practicarse en el juicio por la lectura de las diligencias, conforme a lo prevenido en el art. 730 de la LECrim., sin vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Se trata de los casos en que el testigo ha fallecido (STC 4/1991, de 21 febrero y de esta Sala 15 de abril y 16 de junio de 1992, por ejemplo), o se encuentra en el extranjero, fuera de la jurisdicción del Tribunal, no siendo factible lograr su comparecencia (SSTS 15 de enero de 1991, 4 de marzo, 5 de junio y 16 de noviembre de 1992, entre otras), o bien cuando el testigo se encuentra en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales realizadas para su localización (SS 26 de noviembre y 29 de diciembre de 1992 de esta Sala, entre otras muchas).

La posibilidad de denegar la suspensión por esta causa y dar validez excepcional a la lectura de las declaraciones sumariales, requiere que efectivamente las declaraciones testificales “no puedan ser reproducidas” en el juicio oral, y por tanto es preciso que el Tribunal haya agotado las posibilidades de contar con la prueba en el juicio, como ha exigido esta Sala en resoluciones como las de 8 y 12 de abril de 1991, o 26 de noviembre de 1992.

No es suficiente con una mera citación con resultado negativo, sino que debe apurarse la búsqueda utilizando los servicios policiales (STS 8 de abril de 1991) cuando la prueba es indispensable, debiendo procurarse —antes de acudir al expediente de dar lectura a las declaraciones prestadas en el sumario— que los testigos acudan a un nuevo señalamiento (STS 5 de marzo de 1992), dada la especial relevancia que tiene la con-

tradicción como derecho de la parte a refutar las pruebas adversas y defender las propositivas, precisamente en el momento cumbre del juicio oral.

Octavo.—En tercer lugar la denegación de la suspensión por incomparecencia del testigo debe generar indefensión a la parte recurrente (STS 27 de febrero de 1990, 31 de diciembre de 1991, 7 de febrero y 10 de diciembre de 1992, y 21 de marzo de 1995, núm. 464/1995, entre otras), lo que está íntimamente ligado con la necesidad de la prueba.

La indefensión se produce cuando, como sucede en este caso, se priva injustificadamente a la defensa del derecho esencial a interrogar a los testigos en que se apoya la acusación [art. 6.3.d) Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950], o en los que podría fundamentar su defensa, pese a lo cual se dicta sentencia condenatoria fundada, entre otras pruebas, en el contenido de las manifestaciones sumariales del testigo que no ha podido ser interrogado en juicio.

Noveno.—En el caso actual se cumplen también estos requisitos de fondo necesarios para que prospere este motivo de recurso.

En primer lugar la prueba testifical omitida era necesaria, tanto desde la perspectiva de su relevancia como de su no redundancia.

Era relevante porque es indudable la posibilidad de que el fallo pudiera haber sido distinto en función de su resultado, al tratarse precisamente del autor material de los hechos por los que han sido acusados los recurrentes, a los que se imputa como cooperadores del menor de edad penal incomparecido, pero no como autores directos.

No es redundante, pues no se trata de un testimonio adicional o circunstancial, sino del único testimonio presencial, aparte del prestado por la víctima. Es claro que para la defensa resulta un testimonio esencial, pues es el único modo de contrastar la declaración del propio perjudicado.

Es cierto que al ser el menor incomparecido el supuesto autor material de los hechos por los que se enjuicia a los recurrentes

como colaboradores, su posición es similar a la de un coimputado, que en este caso no ha sido acusado por su minoría de edad penal cuando ocurrieron los hechos, remitiéndose el enjuiciamiento de su responsabilidad a la Jurisdicción de Menores. Pero ello no excluye la relevancia de su testimonio, pues su interrogatorio contradictorio constituye la única prueba de la que dispone la defensa para intentar obtener la convicción del Tribunal sobre la veracidad de sus alegaciones exculpativas.

Décimo.—En segundo lugar no se han agotado las posibilidades del Tribunal para hacer comparecer a este testigo. Todas las partes, acusación y defensas, propusieron su testimonio, e interesaron su citación, admitiéndose la prueba por el Tribunal.

Pese a ello el testigo no compareció, porque al parecer, no fue debidamente citado, pese a lo cual el Tribunal se negó de modo inmotivado, sin razonamiento expreso, a la solicitud de suspensión realizada por las defensas.

Esta denegación injustificada no puede fundamentarse en la necesidad de evitar dilaciones indebidas, pues se trata de la primera y única ocasión en que se había señalado el juicio, no habiéndose suspendido nunca con anterioridad.

Tampoco se intentó la localización del testigo, sin que conste la concurrencia de ninguno de los supuestos que justifica el recurso a la lectura de sus anteriores manifestaciones (fallecimiento, huida al extranjero, fuera de la disposición del Tribunal o situarse en ignorado paradero).

Decimoprimer.—En tercer lugar, la indefensión se deduce de que el interrogatorio del testigo incomparecido constituía el único medio a través del cual la defensa podía desvirtuar la acusación.

Hay que tener en cuenta que los recurrentes han sido condenados por cooperar en la acción realizada por el testigo incomparecido. Es cierto que éste podía haberse negado a declarar, para no autoincriminarse, pero también lo es que no lo ha hecho, y que la

cuestión esencial aquí consiste en que para enjuiciar y condenar a los recurrentes como cooperadores necesarios la Sala debe de algún modo enjuiciar también el comportamiento del autor material, al que sin embargo, no ha querido oír.

La defensa de los recurrentes, en la medida en que son partícipes, depende de la valoración penal del comportamiento del autor principal, valoración que va a determinar directamente su sanción, pues en nuestro ordenamiento la cooperación necesaria está sancionada con la misma pena de la autoría. En consecuencia, no se puede hurtar del momento del enjuiciamiento la declaración contradictoria del autor material, pues si así se hace se limita de modo muy relevante el ejercicio del derecho de defensa. En definitiva, aun cuando no corresponda a este Tribunal el enjuiciamiento de la conducta del menor, en la medida en el que el enjuiciamiento de los acusados mayores es acceso-

rio de la valoración penal del hecho cometido por el menor, esta valoración no debe efectuarse prescindiendo de la declaración esencial del propio autor, pues se esta juzgando “inaudita parte”.

El propio Tribunal sentenciador aprecia esta contradicción, pues declara probados una serie de comportamientos realizados por el tercero (comportamientos de los que posteriormente derivará la responsabilidad penal de los acusados por cooperación, esencialmente omisiva), y en el propio relato fáctico reconoce que este tercero “no ha sido oído en el juicio”.

Decimosegundo.—Procede, en consecuencia, estimar el recurso y casar la sentencia que ha infringido el derecho a utilizar las pruebas necesarias, incurriendo en el vicio casacional del art. 850.1 de la LE-Crim., al vulnerar las garantías esenciales de la defensa.

Sentencia 369/2004, Sala de lo Penal del TS, de 11 de marzo de 2004

ALEJAMIENTO DE LA VÍCTIMA

Art. 57 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

Se ocupa la sentencia con el sentido, naturaleza (la califica de verdadera “medida de seguridad”) y alcance de la pena de alejamiento, prevista en el artículo 57 CP, centrándose en el problema de su articulación con la simultánea pena de prisión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

mentarias de la pena, que se contemplan en el artículo 57 del Código Penal.

Cuarto.—El motivo cuarto denuncia la indebida aplicación de las medidas comple-

1. La parte recurrente admite y muestra su conformidad con la prohibición de apro-

ximarse y comunicarse con el resto de los familiares de la víctima, pero considera excesivo que se le impida acudir a la localidad en la que se ha producido el crimen, cuando es precisamente, en este entorno, donde tiene el lugar de trabajo, sus amigos y donde debe buscarse la reinserción.

2. También discrepa, de la forma en que debe realizarse el cómputo del tiempo en el que estará vigente la prohibición de acercarse al lugar de los hechos. A partir de este planteamiento plantea tres opciones que transcribimos literalmente:

a) Cumplimiento simultáneo. Se iniciará el cómputo de dicha medida desde el momento en que se entregó a la Guardia Civil.

b) Cumplimiento simultáneo. Se inicia el cómputo de dicha medida desde que se obtenga el primer permiso de salida.

c) Cumplimiento sucesivo. Se iniciará el cómputo desde que se obtenga el primer permiso de salida, interrumpiéndose el cómputo al volver a prisión y descontándose los días que ha estado fuera del Centro Penitenciario.

Rechaza esta última opción, por considerarla desmesurada y no tener ningún apoyo legal, solicitando la aplicación de la fórmula que se mantiene en el apartado a).

2. A pesar de la ubicación sistemática del artículo 57 del Código Penal vigente, se mantiene abierta la discusión doctrinal sobre su verdadera naturaleza. El debate es antiguo y existe una jurisprudencia inicial, entre la que podemos citar la sentencia de 2 de marzo de 1969, en la que se sostiene que la indeterminación de su extensión exigía buscar si existía homologación con alguna otra medida o pena que figuraba en el Código entonces vigente. En dicha resolución se viene a señalar que la imposibilidad de volver al lugar en que se haya cometido el delito, por un tiempo que entonces era indeterminado, equipara dicho acuerdo a una verdadera pena de destierro, debido a la indeterminación que se derivaba del antiguo

artículo 67, que permitía graduar dicha medida a criterio del tribunal, según la índole del delito.

3. Al producirse la determinación taxativa de la duración máxima de esta cautela, fijándola en cinco años, se estima por alguna sentencia de esta Sala, que nos encontramos ante una pena accesoria, que sólo se podía imponer a personas declaradas previamente culpables. Otros sectores doctrinales consideran que nos encontramos ante una medida de seguridad, equiparable a las que se toman en otros casos, como los previstos en el artículo 105 del vigente Código Penal. En este texto se contiene medidas de seguridad, aplicables a los inimputables o a los que se hallen en otras circunstancias de exención de responsabilidad y que se integran inequívocamente, en el Capítulo II del Título I del Código Penal, que trata de la aplicación de las medidas de seguridad, y dentro de ellas, en la sección de las no privativas de libertad.

4. El presupuesto indispensable para adoptar una decisión de esta naturaleza radica en que nos encontremos ante uno de los delitos, que se explicitan en el primer párrafo del artículo 57 del Código Penal. Es incontestable que, en este caso estamos ante un delito de homicidio. Además, en la búsqueda de la individualización y del verdadero sentido de una medida de estas características, no se puede desdeñar, como referencia obligada, el entorno en el que se producen los hechos y los antecedentes del mismo. Los hechos transcurren en una pequeña localidad, en la que se conocía la existencia de rencillas anteriores entre el acusado y la familia de la víctima, por lo que el impacto social y personal ha sido mucho más intenso que si hubiere sucedido en un núcleo urbano en el que las circunstancias ambientales, hubieran amortiguado la conmoción social y diluido sus efectos personales.

Al tratarse de una verdadera medida de seguridad, su efecto posible habría que proyectarlo sobre el autor de los hechos, atendiendo a su gravedad y al peligro que el delincuente representa. La gravedad de los he-

chos puede ser calibrada con datos de carácter objetivo que, en este caso, se presentan como indiscutibles. Ahora bien, la peligrosidad del autor, hay que valorarla y pronosticarla en función de una serie de factores que entendemos que no sólo son personales. Es necesario conjugar la personalidad del delincuente con un pronóstico aproximado e incierto de reinserción, junto con factores complementarios, como los que pueden derivarse del peligro añadido, de la reaparición del delincuente en un pueblo donde el recuerdo del delito podría estar muy arraigado y la sensibilidad de las víctimas indirectas podría verse afectada. El hecho de que el artículo 57 del Código Penal considere que se trata de una prohibición condicionada a la concurrencia de determinadas circunstancias, abona la tesis de que se trata de una verdadera medida de seguridad, complementaria de la pena.

5. Hasta ahora se venía estimando que la medida era aconsejable, porque la presencia del autor podía desatar o generar la violencia entre los diversos protagonistas, activos y pasivos, del hecho delictivo. Este peligro aparece más acentuado en los casos en que, como en el presente, nos encontramos ante un delito de homicidio que necesariamente, produce un impacto más duradero que si se tratase de cualquier otra acción delictiva.

El peligro no es desdeñable y está latente, por encima de cuál pueda ser la actitud de los familiares de la víctima o el comportamiento del autor. Es evidente que las variantes son infinitas, por lo que es necesario entrar en el terreno de la indefinición y del pronóstico aproximado e incierto. La medida podría resultar innecesaria si, por las circunstancias personales y sociales se hubiera producido la reconciliación, debido al perdón solicitado o simplemente por la generosidad de las víctimas, es indudable que, en este caso, la medida carecería de sentido porque la ofensa o conturbación que podrían sufrir los principales protagonistas, estaría atenuada, o casi desaparecida. Lo mismo su-

cedería si los familiares hubieran muerto o se hubieran trasladado a otro lugar.

6. Por otro lado, no podemos desconocer que, con esta medida de seguridad, que equivale a un destierro, se puede incidir sobre bienes constitucionales, cuya afectación no estaba prevista por el legislador. Una vez cumplida la pena privativa de libertad, su derecho a la libre circulación se encontraría limitado, en cuanto que existiría una zona del territorio a la que no podría encaminarse, lo que limitaría el derecho reconocido en el artículo 19 de la Constitución, recayendo sobre una persona que al cumplir la pena de prisión ya no está privada de libertad.

Asimismo y como nos recuerda el recurrente, las posibilidades de reinserción social serían menores si se le privase de la posibilidad de vivir con su familia y acceder a un puesto de trabajo, lo que supondría una confrontación con el artículo 25.2 de la Constitución que establece que, no sólo las penas, sino también las medidas de seguridad, estarán encaminadas a la resocialización y reinserción social.

7. La víctima puede y debe exigir, que se le repare en la mayor proporción posible, la lesión de los bienes jurídicos que han sido vulnerados pero, en el caso del alejamiento posterior al cumplimiento de la pena, no se trata de un bien jurídico del que sea titular, sino de una medida de prevención general que, sin descuidar sus sentimientos, está más bien encaminada a la protección de la concordia social y a la evitación de males adicionales. No dudamos que la pena privativa de libertad no sólo es merecida, sino que es la respuesta proporcionada del sistema penal. Ahora bien, lo que debemos plantearnos, es la necesidad ineludible del cumplimiento íntegro de la medida posterior a la extinción de la pena privativa de libertad.

8. En consecuencia estimamos que, durante los posibles permisos penitenciarios que se le concedan, la prohibición de acercarse al lugar donde tuvo lugar el crimen, está plenamente justificada, en cuanto que nos encontramos ante una consecuencia na-

tural de la pena privativa de libertad que, si cumplierse sin interrupciones, impediría la presencia del condenado en su lugar de residencia y de la familia de la víctima.

Ahora bien, una vez extinguida la pena de privación de libertad, la medida fijada en la sentencia, deberá ser atemperada en función de los factores antes dichos. Es decir se deberá solicitar, el parecer de las víctimas y la decisión variará si, efectivamente, las circunstancias que concurren en ese momento, hacen que la medida de alejamiento carezca de sentido, por no concurrir circunstancia alguna que la justifique. Las medidas de seguridad tienen carácter complementario y buscan una finalidad, que no es necesario prolongar durante el tiempo marcado, pudiendo en todo caso alzarse, si sus efectos ya se han producido o resultan absolutamen-

te innecesarios. Todo el contenido del artículo 97 del Código Penal, pone de relieve que el sistema está basado en la posibilidad de sustituir las medidas, ordenar su cese o dejarlas en suspenso.

Por tanto y de forma análoga a lo previsto en este último precepto, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, deberá elevar la propuesta que considere adecuada a las circunstancias que concurren en el momento de terminar el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Mantener a ultranza la prohibición, cuando ya no existen las circunstancias individuales que la aconsejan sería tanto como regresar al medioevo, imponiendo una especie de destierro tribal.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado, con las matizaciones anteriormente mencionadas.

Sentencia 298/2004, Sala de lo Penal del TS, de 12 de marzo de 2004

TRÁFICO DE DROGAS

Art. 368 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

De nuevo sobre la doctrina jurisprudencial relativa a la atipicidad del acto de tráfico de drogas en virtud del carácter insignificante de la cantidad objeto del mismo (véase, en este mismo sentido la sentencia de 10 de febrero de 2004), expuesta aquí de manera muy pormenorizada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Esta Sala ha venido excluyendo de la aplicación del art. 368 del Código Penal de-

terminados supuestos de transmisión de drogas (generalmente donaciones a familiares o allegados adictos, sentencias de 12 de septiembre de 1994 y 12 de enero de 1995) cuando se limitan a cantidades mínimas y

sin contraprestación, que se estima que no son punibles por falta de peligro para el bien jurídico protegido y por la inadecuación de la acción para la creación de dicho peligro.

A esta restricción se ha llegado desde la doble consideración del análisis de la estructura típica del delito contra la salud pública y del principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos.

En primer lugar, desde la perspectiva de la estructura del tipo delictivo aplicado, al tratarse de un delito de peligro —aun cuando sea abstracto— el peligro, como riesgo de futura lesión del bien jurídico, debe contenerse en la acción, quedando excluidas aquellas acciones totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro —aun cuando sea potencialmente— la salud pública (Sentencia de 29 de mayo de 1993, entre otras muchas).

Lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, razón por la cual deben quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido.

Tercero.—En segundo lugar, desde la otra perspectiva (el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos), muy relacionada y con un mismo resultado, se fundamenta la exclusión de la tipicidad estimando que si el Legislador ha considerado que los delitos de tráfico o favorecimiento de la difusión de drogas son hechos punibles contra la salud pública, es indudable que su voluntad sólo será respetada en la medida en que la rúbrica de la Ley no sea soslayada (sentencia de 27 de mayo de 1994).

En este ámbito se ha hecho referencia en sentencias de esta Sala al principio de insignificancia: cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud,

carece la acción de antijuricidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo (Sentencias de 12 de septiembre de 1994, 28 de octubre de 1996, 22 de enero de 1997, 22 de septiembre de 2000, núm. 1441/2000, 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000, 10 de diciembre de 2001, núm. 1591/2001, 18 de julio de 2001, núm. 1439/2001 y 11 de mayo de 2002, núm. 216/2002, entre otras muchas).

El objeto del delito debe tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues como establece la Sentencia de 28 de octubre de 1996 “el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal”.

Cuarto.—En la reciente sentencia de esta Sala núm. 221/2004, de 20 de febrero, se desarrolla esta fundamentación fundada en el principio de lesividad señalando que la falta de tipicidad penal de una acción, puede tener un doble origen:

a) Cuando la acción enjuiciada no aparece descrita en el tipo penal, es decir, no es típica y b) cuando aun apareciendo normalmente incluida en aquella descripción, una motivada interpretación restrictiva de la norma en sintonía con el principio de mínima intervención, la excluya por no quedar suficientemente afectado bien jurídico alguno, ya que en definitiva sólo el ataque a éste justificaría la descripción de la acción típica. En tal sentido se refiere la doctrina a causas de exclusión de la tipicidad que no son equivalentes a las causas de justificación porque éstas descansan sobre la existencia de una acción típica. Así se habla en tales casos de falta de imputación objetiva por no ser imputable su lesión a conducta suficientemente peligrosa, o referirse a supuestos de hechos adecuados socialmente, o por ser insignificantes, principio de insignificancia que tiene especial relevancia en el caso enjuiciado. En el fondo subyace la re-

flexión que el delito no es sólo la desobediencia a la Ley sino el ataque a un bien jurídico, y por tanto una acción que lesiona o pone en peligro a personas, bienes o instituciones con proyección en los delitos de peligro abstracto como ocurre en el delito de tráfico de drogas. Es decir, la respuesta penal sólo se justificaría en virtud del principio de lesividad, siendo precisamente esta lesividad la que debe ser tenida en cuenta por el legislador al definir los tipos legales, pues sólo la Ley es fuente de antijuricidad como consecuencia de reconocerse como única fuente del sistema de justicia penal.

Quinto.—Esta doctrina se ha aplicado ocasionalmente en supuestos de tráfico. Así por ejemplo en la sentencia de 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000, que señala que “esta Sala Segunda viene también declarando, incluso en casos de tráfico, que cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuricidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo”.

Ahora bien, como recuerda la reciente sentencia de 4 de julio de 2003, núm. 977/2003 (también sentencias 527/1998, de 15 de abril, 905/1998 de 20 de julio, 789/1999 de 14 de mayo, 1653/2001 de 16 de julio), en los supuestos de tráfico esta doctrina ha de aplicarse de forma muy excepcional y restrictiva, y concretamente en casos como el que aquí se enjuicia, debe limitarse a supuestos de absoluta nimiedad que determinan la atipicidad por falta de objeto, por no alcanzar lo vendido la dosis mínima psicoactiva de la sustancia objeto de tráfico.

Es decir la atipicidad en casos de conductas de tráfico se limita a supuestos en que la extrema desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada, determina que carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohi-

bición penal. En estos casos la absoluta nimiedad de la sustancia implica que ya no constituye, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo.

Sexto.—Para fundamentar este límite mínimo en criterios científicos, y al mismo tiempo garantizar la seguridad jurídica con una interpretación uniforme en una materia tan delicada, esta Sala acordó en el Pleno de 1 de julio de 2003, solicitar un dictamen técnico para precisar la dosis mínima psicoactiva de cada tipo de droga. Finalmente el Servicio de Información Toxicológica del Instituto Nacional de Toxicología (departamento de Madrid) remitió a esta Sala un informe con cuadros en los que se especifica, para cada sustancia estupefaciente, la dosis mínima psicoactiva. Esta dosis es la cantidad mínima de una sustancia química, de origen natural o sintético, que afecta a las funciones del organismo humano.

Por lo que se refiere a la heroína el dictamen establece que la dosis mínima psicoactiva se sitúa entre la mitad y un tercio de la dosis parenteral equivalente de morfina. En medicina se denomina parenteral a toda vía que evita el tubo digestivo. En el apartado de la morfina el cuadro cita diversas vías. Si acudimos a la intravenosa, que constituye una vía usual de administración de la heroína, se señala como dosis mínima psicoactiva los dos miligramos, lo que significa para la heroína (entre la mitad y un tercio, dice el informe), entre uno y 0,66 miligramos. Dada la absoluta nimiedad de la cifra y el principio “pro reo”, estimamos procedente acoger como parámetro un miligramo, aunque algunas sentencias de esta Sala han acudido a la cifra inferior de la horquilla, 0,66 miligramos.

En cualquier caso la cifra es muy inferior a la que concurre en el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Vizcaya, que ahora se recurre en casación (la papelina objeto de tráfico tenía 24 miligramos de heroína pura), por lo que es indudable que el recurso debe ser acogido.

Séptimo.—Lo hasta ahora expresado justifica la necesaria estimación del recurso.

Pero todos los Poderes Públicos, incluido desde luego el Judicial, se deben a la ciudadanía y deben procurar que sus resoluciones sean perfectamente comprendidas, sin perjuicio de las dificultades que genera en ocasiones el carácter técnico del instrumento jurídico que necesariamente debemos manejar.

Dado que las primeras resoluciones de esta Sala que han aplicado el dictamen sobre las dosis mínimas psicoactivas han generado cierta confusión en algunos Tribunales Provinciales, en la doctrina e incluso en la opinión pública reflejada en los medios de comunicación, conviene efectuar algunas precisiones adicionales.

En primer lugar esta confusión se genera porque no se distingue correctamente la aplicación del principio de insignificancia a conductas que podríamos denominar de “entrega compasiva” y a supuestos de tráfico. En el primer caso se trata generalmente de donaciones a familiares o allegados adictos, que se limitan a cantidades mínimas y sin contraprestación. La doctrina jurisprudencial estima que estos casos no son punibles por la inadecuación de la acción para la creación de peligro para el bien jurídico protegido.

Es decir que en estos casos el principio de insignificancia se aplica a la conducta, que carece de relevancia para poner en peligro el bien jurídico por la inadecuación de la acción. En este tipo de conductas, insignificantes desde la perspectiva penal, se conjuga la nimiedad de la droga objeto de transmisión, con la concreción y delimitación del destinatario, ya adicto, la falta de contraprestación y la finalidad compasiva con la que la entrega se realiza, generalmente para evitar o paliar el síndrome de abstinencia. Se trata de supuestos en los que la cantidad de droga transmitida debe ser en todo caso exigua, pero naturalmente superior a la dosis mínima psicoactiva pues en otro caso no produciría efecto alguno sobre la persona que la recibe, se trataría de un mero placebo.

Algunas de las sentencias de esta Sala que se citan como precedentes en que se calificó de insignificante la transmisión de cantidades de heroína superiores a la dosis mínima psicoactiva son supuestos de este tipo, y no de tráfico en sentido estricto.

Octavo.—Los supuestos de tráfico, en sentido estricto, es decir de venta callejera e indiscriminada de pequeñas cantidades de droga en papelines, son completamente diferentes. En estos casos la conducta, en sí misma, es plenamente típica aunque sean pequeñas las cantidades de droga transmitidas, pues en todo caso se está poniendo en peligro el bien jurídico protegido, la salud pública, ya que ni se controla el destinatario, ni se actúa por afán compasivo, ni se prescinde de toda contraprestación, sino que por el contrario se está contribuyendo de modo relevante a fomentar indiscriminada y lucrativamente el consumo de drogas. Estos casos son precisamente los contemplados por el Legislador al tipificar el delito de tráfico de drogas como delito de peligro abstracto, por lo que no puede efectuarse una interpretación material del tipo que los excluya, aun cuando las cantidades difundidas sean en cada caso concreto reducidas o limitadas.

Es por ello por lo que en estos casos la aplicación del principio de insignificancia para la exclusión de tipicidad tiene un sentido distinto. Su aplicación, como hemos señalado, debe limitarse a supuestos extremos en los que lo transmitido no es droga, porque carece de la cualidad que califica a una sustancia como tal, es decir se trata de un producto absolutamente inocuo, que no es psicoactivo.

Por ello señalábamos anteriormente que la atipicidad en casos de conductas de tráfico se limita a supuestos en que la extrema desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada, determina que carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal. En estos casos la absoluta nimiedad de la sustancia implica que ya no constituye,

por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo.

Para determinar cuándo la sustancia entregada es inocua es para lo que se ha solicitado el dictamen pericial al que nos hemos referido. Su aplicación aporta una mayor seguridad jurídica en esta materia, pero no altera la doctrina general de esta Sala.

Noveno.—El segundo motivo de controversia surge porque la cifra resultante del dictamen, en lo que se refiere a la dosis mínima psicoactiva de heroína (un miligramo), es muy reducida, en relación con los parámetros que se estaban manejando por los Tribunales para la aplicación del principio de insignificancia, incluso en los supuestos de tráfico. Así como los supuestos de cocaína no han suscitado controversia alguna, pues el dictamen del Instituto Nacional de Toxicología ha señalado como dosis mínima psicoactiva la de 50 miligramos, que coincide prácticamente con la que ya estaba manejando esta Sala para la aplicación del principio de insignificancia, en cambio para la heroína la cifra es muy inferior, aparentemente desproporcionada respecto de la cocaína e incluso ha sido cuestionada técnicamente.

Es claro que este Tribunal debe ceñirse, en una cuestión puramente técnica como es la determinación de la dosis mínima psicoactiva a los parámetros técnicos que nos ofrece un organismo oficial especializado. Ello no impide que la cifra pueda ser cuestionada en cada caso por las partes en enjuiciamientos futuros, aportando en su caso dictámenes periciales contradictorios, ni tampoco priva obviamente a las Salas sentenciadoras de su facultad de valorar dichos informes conforme a las reglas de la sana crítica, en un proceso penal que se caracteriza por la vigencia del principio contradictorio.

La doctrina jurisprudencial de esta Sala se limita a establecer, como interpretación material del art. 368, que los supuestos de tráfico tienen como límite inferior de punición la transmisión de sustancias que se encuentren por encima de la dosis mínima psi-

coactiva de cada tipo de droga. Cuál es dicho mínimo constituye una cuestión pericial, debiendo utilizarse como parámetros técnicos indicativos los aportados por el Instituto Nacional de Toxicología, mientras no sean desvirtuados pericialmente.

Décimo.—El tercer motivo de controversia surge por la gravedad de la pena mínima establecida por el Legislador para este tipo de comportamientos típicos. El artículo 368 del Código Penal de 1995 establece como límite mínimo infranqueable la pena de tres años de prisión para las conductas de tráfico de sustancias que causen grave daño a la salud, entre las que se encuentran la cocaína y la heroína, incluso en supuestos de venta de una sola papelina.

Esta pena se ha calificado por la doctrina de excesiva para los supuestos de acciones aisladas en los que la cantidad transmitida es pequeña. Se ha suscitado, incluso por alguna Audiencia Provincial, la posibilidad de una reforma legislativa que facultase a los Tribunales a reducir la pena en un grado en supuestos en que se apreciase la menor entidad de la conducta enjuiciada, atendidas las circunstancias del caso y la personalidad del culpable. Pero esta posibilidad no ha sido tomada en consideración legislativamente, e incluso la reciente reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha endurecido la respuesta punitiva en materia de delitos contra la salud pública al ampliar el ámbito de los supuestos agravados prevenidos en el art. 369.

En consecuencia, la pena de tres años de prisión para este tipo de conductas de pequeño tráfico no constituye una decisión jurisprudencial, sino legislativa, que esta Sala debe respetar. Lo que ha hecho la doctrina jurisprudencial es establecer un límite mínimo, excluyendo de la punición los supuestos en que la cantidad transmitida no alcanza la dosis mínima psicoactiva de cada tipo de droga. Pero en cuanto a los supuestos típicos de tráfico, no alcanzados por esta exclusión jurisprudencial, la pena viene predefinida por la Ley.

Undécimo.—Debe señalarse, por último, que esta doctrina jurisprudencial no perjudica la situación penal de los drogodependientes, como se ha señalado críticamente.

En primer lugar no afecta a la doctrina tradicional sobre la atipicidad del propio consumo o del consumo compartido, ni a las cantidades de droga que se posean con dicho destino exclusivo.

En segundo lugar, en los supuestos de actos delictivos realizados en estado de intoxicación plena por el consumo de sustancias psicotrópicas o bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, es de aplicación la eximente del art. 20.2.º del Código Penal de 1995 y en los actos realizados a causa de una grave adicción se aplica la circunstancia atenuante del art. 21.2.º, simple o muy cualificada, por lo que la pena legal resultará excluida o atenuada.

Y, en tercer lugar, el artículo 87 del Código Penal faculta al Juez o Tribunal para acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad hasta tres años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de sustancias psicotrópicas, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. La reciente reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha elevado dicho límite punitivo a cinco años. Con ello la pena impuesta se transforma en estos supuestos de drogodependientes en un relevante incentivo para la rehabilitación, que es la finalidad que debe perseguirse esencialmente.

Sentencia 340/2004, Sala de lo Penal del TS, de 12 de marzo de 2004

VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO

Arts. 733 y 851.4 LECrim.

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

SÍNTESIS

Vulneración del principio acusatorio al condenar por una figura delictiva (subtipo agravado del art. 369.3 CP) por la que no fue acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el primero de los motivos el recurrente acude a una dúplice vía procesal para analizar su protesta: por quebranta-

miento de forma, art. 851.4.º de la LECrim., al haber condenado la Sala por delito distinto al que fue objeto de acusación; y por infracción de ley, art. 849.1.º de la LECrim., ante la indebida aplicación del art. 369.3.º

C. Penal, al entender no se dan los elementos constitutivos que permitan incardinar la conducta enjuiciada en tal precepto.

1. La cuestión surge porque el M.^o Fiscal, única parte acusadora, en su calificación provisional, interesaba la aplicación del subtipo agravado previsto en el art. 369.3.^o del CP, referido a la notoria importancia de la droga objeto del delito. El precepto podía ser aplicable a los otros acusados, que lo eran por más de ocho kilogramos de hachís, sustancia que no causa grave daño a la salud; pero respecto al tráfico de cocaína que se le imputa al recurrente, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de octubre de 2001 estableció el umbral de 750 grs. de dicha sustancia, reducida a pureza, para estimar a partir de ahí, la cualificación de notoria importancia.

El Fiscal, conocedor de esa importante variación jurisprudencial, modifica sus conclusiones provisionales y en las definitivas, respecto al impugnante y en relación a la cocaína, excluye y no acusa por el art. 369.3 del CP.

2. Así las cosas, la preocupación del censurante sobre la procedencia de la vía casacional elegida no constituye un problema, ya que ambas vías utilizadas podían considerarse correctas, e incluso pudo acudir a una tercera posibilidad, aunque ya se hallara implícita dentro del quebrantamiento de forma, a la que hace referencia o mención más de una vez al desarrollar el motivo: infracción de derechos fundamentales (principio acusatorio).

Por la vía del quebrantamiento de forma (art. 851.4 de la LECrim.) cabría dudar del alcance de la expresión legal “penar por un

delito más grave que el que haya sido objeto de acusación, si el Tribunal no hubiera procedido previamente como determina el art. 733 de la LECrim.”. Si analizamos este último precepto, la facultad excepcional, de la que el Tribunal debe usar con moderación, no se extiende, ni a errores materiales (erratas o “lapsus calami”) de los escritos califcatorios, ni a la apreciación de circunstancias atenuantes o agravantes, o al grado de participación en el delito (autor o cómplice). Cuando se refiere a circunstancias atenuantes y agravantes es obvio que está pensando en las genéricas, por cuanto las específicas o cualificativas, en puridad dogmática, no son verdaderas circunstancias modificativas sino complementos tipológicos que se añaden a una figura delictiva básica para alumbrar subtipos agravados o cualificados, que poseen una consideración autónoma, al asignarse a tales modalidades delictivas una pena propia, fruto de una valoración o consideración especial por parte del legislador, en cuanto constituyen conductas merecedoras de un mayor reproche penal.

Trasladando tales reflexiones al caso concreto es obvio que se condenó por una figura delictiva por la que no fue acusado, lo que determinaría la prosperabilidad del argumento.

3. A su vez, por un cauce no explicitado, pero invocado directamente en los argumentos impugnativos, también resultaba posible acudir al art. 5.4 de la LOPJ o 852 de la LECrim., por infracción del principio acusatorio, en su manifestación de derecho al proceso debido y a defenderse de las acusaciones formuladas. El recurrente no pudo defenderse de una imputación que no estaba comprendida en la acusación.

Sentencia 342/2004, Sala de lo Penal del TS, de 12 de marzo de 2004

REFUNDICIÓN DE CONDENAS

Arts. 76 CP; 988 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se entiende que el dato decisivo a la hora de fijar un límite temporal a la refundición de condenas es el de la firmeza de la sentencia precedente, de modo que cabe acumular los hechos acaecidos entre el dictado de la sentencia y su firmeza.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

En síntesis, toda la argumentación se centra en que el Tribunal “a quo” hizo una aplicación indebida de la Ley al negar la acumulación de las penas de la Ejecutoria 162/1999, ya que la fecha del dictado de la sentencia fue el 3 de julio de 1997 cuando debió haber tenido en cuenta la fecha de la firmeza de dicha causa que fue el 17 de abril de 1999, en cuyo caso sí procedía la acumulación porque los hechos sentenciados en las Ejecutorias 144/2000 y 164/1999 ocurrieron antes de la indicada fecha.

Con la sentencia 149/2000, de 10 de febrero, debemos recordar que esta Sala viene sosteniendo un criterio muy favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad, que para la acumulación jurídica de penas exigen los arts. 988 de la LECriminal y 76 del vigente Código Penal, todo ello desde la efectividad de los principios de humanización de las penas y vocación de rein-

tegración social contenidos en el art. 25 de la CE. En esta interpretación, la nota de la conexidad queda reducida exclusivamente a la idea de proximidad temporal o criterio cronológico, es decir, que los diversos hechos delictivos objeto de la posible acumulación de penas, hubiesen podido enjuiciarse en un único proceso, atendiendo al momento de su comisión, aunque de hecho lo hubieran sido en diversos procesos, eliminándose de la idea de conexidad toda analogía, relación o semejanza entre los diversos delitos, estableciéndose como único obstáculo o valladar a la acumulación de penas, tan ampliamente interpretado, que los hechos no hayan sido sentenciados en el momento de la comisión del hecho que da lugar a la última resolución.

En definitiva, sólo la realidad de un previo enjuiciamiento podrá oponerse a la acumulación de las nuevas penas impuestas a los mismos culpables a la primera condena, pues la realidad de ese enjuiciamiento ya efectuado constituiría el límite objetivo que

impediría el que todos los hechos se hubiesen enjuiciado en una misma causa.

El presente recurso centra el debate si esa previa sentencia que enjuició los primeros hechos, como elemento obstativo a la acumulación de las penas correspondientes a hechos ocurridos con posterioridad debe ser simplemente sentencia condenatoria o debe esperarse a que adquiriera firmeza, de suerte que sólo los hechos acaecidos con posterioridad a la firmeza de la precedente sentencia condenatoria estarían excluidos de la acumulación. La tesis del auto recurrido es que basta el dictado de dicha sentencia y la tesis del recurrente es que ha de estarse a qué hechos acaecidos en el período intermedio entre el dictado de la sentencia y su firmeza, también podrán beneficiarse de la acumulación.

Un análisis de la doctrina de la Sala al respecto, acredita que sin desconocer la existencia de resoluciones que limitan la posibilidad de la acumulación a la realidad de una sentencia condenatoria anterior a la fecha de ocurrencia de los hechos cuya acumulación se solicita, es claramente mayoritaria la de aquellas resoluciones que exigen la firmeza de la sentencia como valladar para la acumulación intentada.

Ciertamente desde el punto de vista de la lógica de la interpretación que la Sala ha hecho de la nota de la conexidad, se puede argumentar que si ya ha habido un enjuiciamiento y sentencia, y con posterioridad se cometen otros hechos, es obvio que fue imposible el enjuiciamiento conjunto y que la firmeza nada añade, sin embargo el estudio de esta cuestión en la jurisprudencia de la Sala ofrece la siguiente situación:

a) Existen diversas resoluciones que, expresamente, no se refieren a que la sentencia recaída en los hechos anteriores a la que se intenta la acumulación de las posteriores deba haber alcanzado firmeza, en tal sentido las SSTS 109/2000, de 4 de febrero, 149/2000, de 10 de febrero, 1228/2001, de 15 de junio, 852/2003, de 9 de junio, o la n.º 838/2002, de 10 de mayo.

b) Existe una más nutrida y consistente relación de sentencias que exigen inequívocamente que la sentencia condenatoria anterior a la que se solicita la acumulación de las condenas posteriores haya adquirido firmeza, debiéndose tener en cuenta la fecha de tal firmeza como límite obstativo a la acumulación solicitada, de suerte que los hechos ocurridos con posterioridad a la firmeza de la sentencia, serían los únicos que no podrían ser objeto de acumulación y por tanto tal acumulación sería posible respecto de los cometidos entre la fecha de la sentencia y la de su firmeza. En favor de esta posición pueden citarse antiguas resoluciones de esta Sala como las de 15 de julio de 1996, 14 de abril de 1998, 16 de septiembre de 1998 y 16 de febrero de 1999, así como otras mucho más recientes que establecen un continuum en favor de esta posición, SSTS 1375/2001, de 2 de julio, 1880/2001 de 9 de octubre, 1797/2001 de 10 de octubre, 1899/2001, de 15 de octubre, 1851/2001, de 17 de octubre, 47/2002, de 26 de enero, 507/2002, de 19 de marzo, 1244/2002, de 28 de junio, 1291/2002, de 5 de julio, 1383/2002, de 19 de julio, 1732/2002, de 14 de octubre, 511/2003, de 9 de abril, 332/2003, de 12 de mayo, 729/2003, de 16 de mayo.

Todo este cúmulo de sentencias sostienen sin fracturas que lo determinante de la conexión/acumulación es la posibilidad de que los hechos posteriores hayan sido cometidos antes de la firmeza de la sentencia a la que iban a acumularse. En concreto, la STS n.º 1259/2001, de 26 de junio, en un caso idéntico al actualmente enjuiciado declara que "... la única barrera que no se puede salvar es la que se deriva del hecho de que los delitos cuya condena se quiere acumular hayan sido cometidos después de haber alcanzado firmeza las sentencias anteriores...." concluyéndose en dicha resolución que como el delito a acumular fue cometido antes de la firmeza de la sentencia anterior, es procedente la acumulación y así lo acuerda frente al criterio del auto recurrido.

Sentencia 339/2004, Sala de lo Penal del TS, de 16 de marzo de 2004

PRUEBA ILÍCITA

Art. 11.1 LOPJ

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

SÍNTESIS

Imposibilidad de conceder valor probatorio a la confesión sumarial afectada por la ilicitud de otra prueba (entrada y registro nulo), utilizándolo en contraste con el posterior testimonio prestado en el plenario y desconectado de esa ilicitud inicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El motivo que formaliza la defensa técnica de ambas recurrentes, con el número segundo, lo es sólo con relación a María Rosa, a la que también dedica específicamente los dos siguientes (tercero y cuarto). En el ordinal segundo aduce, por la vía del art. 5.4 LOPJ, infracción del art. 24.2 CE, que consagra el derecho a un proceso con todas las garantías.

1. La razón impugnativa la asienta en que la Sala —según su tesis— forma su convicción culpabilística, por lo que a la acusada María Rosa se refiere, sobre la base de pruebas absolutamente nulas de pleno derecho. La Sala de instancia en su sentencia considera que la entrada y registro practicado en el domicilio de la c/ CALLE 000 n.º NUM 000, propiedad de Esperanza, donde vivía desde hacía meses la acusada María Rosa, hermana suya, se llevó a cabo sin mandamiento judicial, habiendo considerado la sentencia vulnerado el derecho funda-

mental a la inviolabilidad del domicilio, declarando la nulidad de la prueba obtenida.

2. La Audiencia Provincial, a pesar de la declaración de nulidad de esta prueba, atribuye validez a la de confesión de la acusada, que junto al resultado del registro constituían las dos pruebas netamente incriminatorias frente a la recurrente María Rosa.

(...)

3. El fundamento para atribuir validez a la prueba de confesión se encuentra en la doctrina constitucional, seguida por esta Sala, que trata de poner límite a la cadena de elementos probatorios ineficaces (reflejos) como consecuencia de la repercusión indirecta en ellos, de la prueba ilegalmente obtenida (art. 11.1.º LOPJ). La más característica es la prueba de confesión o autoinculpación de la acusada, ya que aunque de modo natural apareciera concatenada al registro realizado, ya que las preguntas o interrogatorio se refieren a él, se produce una desconexión, en cuanto dicho testimonio es fruto de la voluntad de la afectada que asesorada debidamente pudo declarar o mantenerse en

silencio, y en todo caso no hacerlo en su contra (art. 24.2 CE).

4. Sin embargo, tal doctrina es susceptible de ser modulada, como lo viene haciendo esta Sala en sintonía con el Tribunal Constitucional, para asegurarse de que el acto voluntario del imputado de declarar con sinceridad no constituya efecto de una compulsión de un modo u otro condicionada por la prueba ilícitamente obtenida.

En nuestro caso, como preceptúa la ley, María Rosa declaró con la asistencia letrada, sin posibilidad de asesoramiento antes de evacuar su testimonio en sede policial; si pudo contactar con el letrado en la declaración judicial. Entre ambas declaraciones sumariales mediaron muy pocos días. En ellas el Juez instructor no ilustró ni al letrado asistente ni a la denunciada detenida de la flagrante y fundamental irregularidad producida en el registro de la casa que ocupaba.

La fuerza policial invadió dicha vivienda sin mandamiento judicial, quedando expresamente excluida la misma del registro. En tal situación y preguntada por los hallazgos ocupados en la vivienda da una peregrina y poco creíble versión de los hechos, afirmando que la droga la encontró en la calle al tirar la basura y la cogió para facilitarla a un hermano suyo drogadicto. Nada de ello se ha acreditado.

Lo llamativo del caso es que con tal declaración quiere exculpar a su hermana Esperanza, propietaria de la casa y que a la sazón se hallaba en la vivienda contigua que pertenece a otra hermana, llamada Rocío (nº NUM001 de la c/ CALLE000). No obstante, en la declaración realizada, María Rosa se implicaba a sí misma (autoinculpación) en actividades relacionadas con la droga.

5. Con posterioridad a tal manifestación y más avanzado el procedimiento, el letrado defensor a quien se dio el preceptivo traslado de las diligencias, consecuencia del auto de apertura del juicio oral, al objeto de formular su escrito de calificaciones provisionales frente a la acusación del Fiscal, pudo conocer la circunstancia, hallándose impuesto de la irregularidad del registro, desde

el momento que la alega y la plantea formalmente en la fase de cuestiones previas, antes del juicio, trámite previsto en el procedimiento abreviado.

Conocida dicha deficiencia la ha podido comunicar a la acusada, que ya debidamente asesorada y con espontaneidad y libertad no condicionada por la prueba ilícitamente obtenida, pudo declarar en el plenario en los términos que estimó oportunos.

Aunque la nulidad de la diligencia de entrada y registro se declarara más tarde en la sentencia, existía tal posibilidad y la defensa la conocía; de ahí, que la declaración evacuada en el juicio oral sea de otro tenor y totalmente válida, habida cuenta de la desconexión de antijuricidad existente. En ella se dice que la acusada sólo conocía la droga que allí guardaba su hermana Esperanza. Ya no se autoinculpa, sino que implica a la hermana, propietaria de la vivienda. El Tribunal contrasta ese testimonio con el que emitió viciado en sus iniciales declaraciones y apoyándose en ellas condena a la recurrente.

No es posible valorar conjuntamente una prueba teñida de ilicitud por ser reflejo de una entrada en domicilio ajeno, violando un derecho fundamental, con la evacuada legítimamente (sin conexión de antijuricidad) en el plenario, si esta última no es autoincriminatoria.

Y no sólo esto, sino que el contenido de la misma posee más visos de verosimilitud que la declaración precedente (la realizada en el sumario ante la policía y el Juez instructor), en la que se autoinculpaba para exculpar a su hermana Esperanza. En la efectuada en el juicio concurren dos razones:

a) Esperanza es la propietaria de la casa y lo que allí se esconde es lógico que le pertenezca.

b) El día de autos, cuando Carolina, que fue a comprar droga, se introdujo en la vivienda nº NUM001 de la c/ CALLE000, donde se hallaba Esperanza (la casa pertenecía a su hermana Rocío), aquélla sale de la vivienda que ocupaba, se traslada a la suya y vuelve de nuevo a la primera, donde perma-

nece todavía la compradora, hasta pasados unos segundos después, y al salir de allí dicha compradora es interceptada por la policía con la droga que acababa de adquirir en tal lugar. Resulta lógico deducir que todo o parte de la droga vendida provenía de su casa y era ella quien disponía de la misma y no su hermana María Rosa.

6. En atención a lo expuesto y acordes con la doctrina de esta Sala, que se conjuga con la del Tribunal Constitucional, la prueba de confesión debe declararse también nula por no haberse producido la ruptura de esa conexión de antijuricidad exigida para atribuirle valor probatorio.

Resulta de sumo interés recordar la afirmación contenida en una reciente sentencia de esta Sala, que condensa la esencia de los argumentos expuestos. Nos dice la S. n.º 1451 de 26 de noviembre de 2003: "... la declaración del imputado sólo puede valorarse como prueba de cargo jurídicamente desconectada de la actuación inconstitucional si, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso específico, esta valoración no puede considerarse en absoluto como una explotación o aprovechamiento ilegítimos de la violación constitucional..."

El motivo merecerá estimación.

Sentencia 376/2004, Sala de lo Penal del TS, de 17 de marzo de 2004

PRINCIPIO ACUSATORIO

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre el alcance del principio acusatorio según viene siendo entendido por el Tribunal Constitucional y la propia Sala.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

b) Por haber condenado el Tribunal al acusado por delito que no había sido objeto de acusación.

Se refiere el submotivo a que tanto la acusación particular como la pública imputaban al procesado un delito intentado de asesinato en tanto que la Sala de instancia

condenó por un delito de lesiones del art. 147.1, en relación con el 148 CP.

Una constante y sólida doctrina jurisprudencial, reflejada en las sentencias del Tribunal Constitucional 134/1986, 17/1988, 168/1996 y 227/1994, y en las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero y 3 de noviembre de 1995, y en las 649/1996, 489/1998, 1176/1998, 512/200 y 1968/2000, entre otras muchas, enseña que el principio

acusatorio deriva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, del derecho a ser informado de la acusación y del derecho a un proceso con todas las garantías, y que en virtud del principio acusatorio, “nemo iudex sine actore”, nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defensa de manera contradictoria. La efectividad del principio acusatorio —se dice en la STC 134/1986— exige “que el hecho objeto de la acusación y el que es la base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia”. A la identidad del hecho ha incorporado la doctrina de esta Sala la identidad del crimen objeto de acusación y condena, por lo que, las exigencias derivadas del principio acusatorio prohíbe calificar los hechos de una manera más grave que como lo han hecho las acusaciones o tipificarlos en la sentencia como delito distinto, aunque éste se halle igual o incluso más levemente sancionado que el delito imputado por las acusaciones, no exceptuándose de esta regla sino los casos en que entre el delito sostenido por la acusación y el que se proponga apreciar en su sentencia el Tribunal, exista una patente homogeneidad que haga previsible para el acusado el cambio de calificación jurídica, pues, en tal caso, no puede el mismo alegar ni desconocimiento de la acusación, ni consiguiente indefensión.

En el mismo ámbito doctrinal la STC de 14 de enero de 2002 precisa que, so pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos “y los calibra de modo distinto a como ve-

nían siéndolo (TC S 204/1986, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso” (TC S 10/1988, FJ 2). En este sentido, “el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación” que en la acusación se verifique (TC S 11/1992, FJ 3). A esto es a lo que se refieren los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: A la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito posibilita también “per se” la defensa en relación con los homogéneos respecto a él. En palabras del TC A 244/1995, son delitos o faltas “generalmente homogéneos” los que “constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse” (FJ 2). Debe así advertirse, en primer lugar, que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia. En suma, el apartamiento del órgano judicial de las calificaciones propuestas por la acusación “requiere el cumplimiento de dos condiciones: Una es la identidad del hecho punible, de forma que ‘el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la Sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación’. La segunda condición es que ambos delitos, el sentado en la Sentencia recurrida y el consi-

derado como el más correcto por el Tribunal ante el que se ha recurrido aquella decisión ‘sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo’ (TC S 12/1981, FJ 5)” [TC S 95/1995, FJ 3.a)].

En el caso examinado, los hechos objeto de acusación y los que sustentan fácticamente la calificación jurídica de la sentencia, son los mismos, por lo que debe descartarse rotundamente que fueran desconocidos por el acusado o que no se hubiera podido defender de los mismos, siendo este

aspecto del asunto aceptado tácitamente por el recurrente, que ningún reparo opone al respecto. Y, desde luego, la homogeneidad entre el delito de homicidio (o asesinato) intentado y el de lesiones consumadas es manifiesta, palmaria, por cuanto todos los componentes objetivos que integran aquél concurren también en éste, a excepción del dolo que anima la acción del agente que, por no ser un elemento fáctico sino puramente subjetivo o anímico, no cabe considerarlo en el ámbito de la homogeneidad o heterogeneidad de los hechos delictivos (véase STS de 30 de abril de 1996).

Sentencia 348/2004, Sala de lo Penal del TS, de 18 de marzo de 2004

DELITO CONTINUADO

Art. 74 Código Penal

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

SÍNTESIS

Trata la sentencia un (así denominado) “concepto normativo de acción”, que delimita los casos de delito único de los de pluralidad delictiva, supuesto este último en el que entrará en consideración, si se dan los requisitos del art. 74 CP, la figura del delito continuado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El motivo tercero, formalizado por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 74 del Código Penal.

En su desarrollo, la parte recurrente mantiene que en el caso de falsificación de varios documentos en un mismo acto, no hay continuidad delictiva, sino una única acción, que en consecuencia, no puede ser construida como un delito continuado, sino simple.

Aun cuando la solución a este problema no siempre ha sido unívoca en la jurisprudencia,

dencia de esta Sala, hemos de mantener aquí lo que se denomina “concepto normativo de acción”, esto es, el actuar, como movimiento corporal positivo, o el omitir, no se corresponden estrictamente con un hecho natural, sino que se requiere que cada una de tales acciones u omisiones infrinjan la norma penal, con independencia de su misma realidad ontológica o naturalística. Así, quien con un solo disparo da muerte a dos personas, al atravesar el proyectil a ambas, aunque haya efectuado una sola acción desde el punto de vista natural, ha cometido dos acciones punibles (concepto normativo de la acción), que han ocasionado dos resultados delictivos diversos y, en consecuencia, dos delitos. Lo mismo sucede cuando se coloca un explosivo que mata a varias personas. Dicho de otra manera: cada delito requiere una acción u omisión (art. 10 del Código Penal). Aquí ocurre algo más significativo aún: quien en una misma secuencia temporal imita (mediante simulación) las firmas de otro a quien perjudica en varios documentos seguidos y distintos, aunque concorra cierta identidad temporal, incluso espacial, no comete una sola acción, sino tantas como firmas simula, dando lugar a tantas falsedades documentales delictivas como documentos produce de esa forma, porque la acción criminal efectuada no se identifica con la acción natural desplegada

por el agente. Ello requiere que el tipo penal contemple un solo hecho (jurídico) como realidad delictiva, de tal modo que la conjunción de varias acciones u omisiones de lugar a un concurso; interpretación que no se produce en aquellas acciones que por su misma exigencia normativa contemplan una pluralidad de acciones, utilizando entonces la ley penal términos genéricos (delitos contra la salud pública, falsificación de moneda, etc.); en éstos, los varios “hechos” (naturales) dan lugar a la comisión de un solo delito.

Es claro que la falsedad documental está relacionada con la creación, modificación o alteración fraudulenta de un solo documento, no de varios en términos genéricos (el art. 390 del Código Penal constantemente se refiere a “un documento”), de manera que en estos delitos, la comisión reiterada de falsedad en varios documentos, da lugar a una situación concursal, que para el caso de que sea real, produce una continuidad delictiva, si se cumplen los requisitos exigidos en el art. 74 del propio Código.

En el relato histórico de la sentencia de instancia, se narra que los documentos en donde se estampó la firma falsa de Benjamín fueron hasta seis (tres nóminas, dos recibos y un finiquito), luego la relación concursal es evidente.

Sentencia 357/2004, Sala de lo Penal del TS, de 19 de marzo de 2004

CONCURSO DE DELITOS. DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Arts. 248, 275, 282, 399 Código Penal

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

SÍNTESIS

En un supuesto de comercialización de vinos, previa manipulación de la etiqueta certificadora de la denominación de origen, la Sala de instancia

condenó por publicidad fraudulenta y utilización ilegítima de denominación de origen, absolviéndoles de las acusaciones de estafa y de falsificación en documento oficial. Tras el pormenorizado análisis de las relaciones concursales existentes, el Tribunal Supremo condena por estafa (que absorbe la publicidad fraudulenta) y tanto por utilización ilegítima de denominación de origen, como por falsificación de certificado, que estima compatibles.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinta.—(...)

2. No es fácil distinguir entre un concurso de normas (o concurso aparente), regulado en el art. 8 CP, y el concurso de delitos que en nuestra ley penal tiene las modalidades de concurso real —diversas acciones con diversos resultados delictivos (art. 73)—, concurso ideal —una sola acción que lesiona diferentes preceptos penales todos aplicables (art. 77)— y concurso medial (también regulado en el mismo art. 77), que es una clase de concurso real aunque sancionado como el ideal, por entender el legislador que esa relación de medio necesario a fin une de tal modo a los varios hechos delictivos que nos obliga a considerarlos como si de una sola acción se tratase.

Aquí el problema se plantea a propósito de si hay un concurso de normas o de delitos entre estas dos infracciones penales, la de falsedad de documento y la de utilización ilegítima de denominación de origen.

El criterio que en definitiva sirve para distinguir el concurso de delitos y el de normas radica exclusivamente en una valoración jurídica. Si el hecho no merece más pena que el castigo conforme a una de tales normas penales en juego, nos encontramos ante un concurso de normas. Si, por el contrario, es necesario aplicar conjuntamente las sanciones previstas en todas esas normas, porque la aplicación de una sola no abarca la totalidad de la ilicitud de la conducta punible, estamos en presencia de un

concurso de delitos de alguna de las tres clases que acabamos de mencionar.

Criterio difícil de aplicar en la práctica en algunos casos y ello explica el error en que, en este punto, ha incurrido la sentencia de instancia que, por considerar la falsedad del documento oficial como embebida en el art. 275 CP, se creyó obligada a aplicar sólo esta norma conforme al n.º 3.º del citado art. 8.

4. Entendemos que tiene razón la acusación particular cuando nos explica los hechos que acabamos de exponer y también, en parte, cuando extrae de ellos las consecuencias jurídicas correspondientes.

En efecto, con sólo lo que aparece en el anverso, sin necesitar para ello de la mencionada certificación sita en el reverso, o en el cuello, quedan cumplidos los requisitos del art. 275. Con sólo esas etiquetas y las inferencias que de las mismas y sus circunstancias se derivan, particularmente el gran número de botellas que fueron encontradas, es claro que nos encontramos ante una intencionada utilización ilegítima de una denominación de origen representativa de una calidad determinada, legalmente protegida para distinguir los productos amparados por ella.

En realidad nadie ha discutido la existencia de este delito. Lo que aquí se cuestiona (postura de la sentencia recurrida y de los dos condenados) es si tal delito absorbe el de falsedad.

Consideramos que es preciso acudir al castigo de los dos delitos (utilización ilegítima de denominación de origen y falsedad), porque de otro modo no quedaría cubierta la

total ilicitud de las conductas aquí examinadas, razón por la cual nos encontramos ante un concurso de delitos, tal y como acabamos de decir.

Se ha venido considerando por la doctrina un avance la introducción de este tipo de delito específico relativo a la propiedad industrial, aunque algunos lo han criticado por entender que viola la regla de intervención mínima del Derecho penal, por la que éste no debe sancionar infracciones de orden menor para las que bastaría la actuación de las autoridades administrativas (“ultima ratio”). En todo caso este delito del art. 275 apareció en el nuevo CP y entendemos que apareció como una norma compatible con el delito de falsedad. Lo que en modo alguno ha querido el legislador es que la interpretación de una de las normas relativas a estos delitos contra la propiedad industrial pudiera conducir a una exclusión del relativo a la falsedad, como ocurriría de seguir aquí la tesis mantenida en la sentencia de instancia. El legislador quiso robustecer la protección de la propiedad industrial con la introducción de este nuevo tipo del 275, no eliminar el de falsedad. Hay en estos casos dos bienes jurídicos cada uno de ellos amparado en una norma penal diferente. Este art. 275 protege la propiedad industrial, concretamente el derecho al uso exclusivo de esa denominación de origen. Sin embargo, el art. 399 ampara la confianza que el ciudadano tiene en una clase particular de documento oficial: el correspondiente certificado.

Es muy expresivo al respecto, aunque no decisivo, el argumento que en este punto nos ofrece la acusación particular que para el caso presente nos distingue, por un lado, las etiquetas que las botellas tienen en su anverso, y, por otro lado, las referidas contraetiquetas o las precintas, que son esos documentos mediante los cuales un organismo oficial, como lo es el Consejo Regulador de Denominación de Origen Calificada Rioja, certifica que esa mercancía, a la que tal documento esta adherido, responde a la calidad exigida para merecer su inclusión en la misma. Hay un algo más que merece una

sanción penal añadida. Incluso tales dos documentos pueden no encontrarse a la vez en la misma mercancía.

5. Sin embargo, entendemos que no ha de aplicarse a este delito de falsedad el art. 392 sino el 399.1 en relación con el 398. El objeto falsificado es la certificación emitida por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja, dependiente del Instituto Nacional de Denominación de Origen que es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Agricultura, a quien corresponde expedir tales certificados de origen y precintos de garantía, así como el cobro de los derechos correspondientes [arts. 79, 84, 87.5.^a, 90.1.c), y 98 de la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, reguladora del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes].

Según el diccionario de la lengua publicado por la Real Academia Española, certificar, en la acepción que aquí nos interesa, significa “hacer cierta una cosa por medio de instrumento público”. En otro diccionario, el de María Moliner, se dice que es “declarar cierta una cosa, particularmente, hacerlo así un funcionario con autoridad para ello, en un documento oficial”.

Certificación o certificado es el documento en el que ese funcionario certifica. Los documentos aquí imitados responden a la perfección a este concepto, en cuanto emitidos por un órgano de la Administración Pública en relación con un servicio de interés general como lo es el relativo a la protección de estas denominaciones de origen. Son desde luego documentos oficiales, pero a efectos penales pertenecen a una determinada clase, los certificados o certificaciones que el legislador ha venido sancionando con penas más leves, lo que tenía su explicación en el CP anterior (arts. 311 a 313) por referirse a certificados de enfermedad, lesión, méritos, servicios, buena conducta, pobreza o de otras circunstancias análogas, pero posiblemente no ahora, si tenemos en cuenta los amplios términos en que aparecen redactados estos arts. 398 y 399 CP actual (véase la sentencia de esta

sala 572/2002, de 2 de abril, fundamento de Derecho 6.º). Ha de aplicarse el art. 399 al haber sido cometido por un particular.

Así pues, estos hechos han de sancionarse como utilización ilegítima de denominación de origen y como falsedad de certificado, en concurso ideal, porque nos hallamos ante un solo hecho constitutivo de dos infracciones: hay que aplicar el art. 77.

(...)

Sexto.—1. Nos referimos a continuación al tema de la estafa y del delito del art. 282. Aparece planteado en los motivos 4.º y 5.º del recurso de la acusación particular y en el 2.º del Ministerio Fiscal.

Al amparo asimismo del n.º 1.º del art. 849 de la LECrim., se alega infracción de ley con referencia al art. 282, que se considera mal aplicado por la Audiencia Provincial y a los 248.1, 250.1.5.º y 6.º, habiendo estimado el Ministerio Fiscal que había habido estafa cualificada en grado de tentativa, mientras que la otra parte recurrente dijo haberse consumado tal infracción penal. Ambos han pedido la condena como delito continuado. Pero a esto último nos referiremos después al examinar el motivo 7.º del recurso de la acusación particular referido específicamente a esta materia (delito continuado).

2. Vamos a examinar primero, en este fundamento de derecho 6.º, el llamado delito publicitario del art. 282 CP y en el siguiente (fundamento de derecho 7.º) lo relativo al de estafa.

Son elementos constitutivos de tal delito del art. 282 los siguientes:

1.º Sujeto activo ha de ser un fabricante o comerciante. Se trata, por tanto, de un delito especial propio, que en los casos como el presente —persona jurídica como titular de tal condición— requiere la aplicación de la regla del art. 31 CP, perfectamente adecuada aquí, pues los dos acusados actuaron en estos hechos en representación de tal persona jurídica.

2.º El sujeto pasivo tiene carácter colectivo, los consumidores, según el propio texto del precepto. La conducta delictiva ha de dirigirse a una pluralidad de personas en esa perspectiva propia del delito de peligro que no exige para la consumación del delito perjuicio concreto.

3.º La conducta delictiva exige la concurrencia de los requisitos siguientes:

a) Que con relación a productos o servicios haya una publicidad o una oferta;

b) Que esta publicidad u oferta se haga con falsedad: alegaciones falsas o manifestación de características inciertas sobre tales productos o servicios, nos dice el art. 282. Éste es el elemento central del delito, el que determina la antijuricidad del hecho.

4.º Este art. 282 exige la posibilidad de un resultado. Aparece definido como un delito de mera actividad y de peligro. Ha de entenderse, por las características del hecho, que de este comportamiento pueda derivarse un perjuicio grave y manifiesto para el citado sujeto pasivo: los consumidores, con lo cual quedan excluidos de esta clase de delito aquellos casos que por su menor entidad no merezcan la actuación del Derecho penal. “Perjuicio grave o manifiesto para los consumidores” quiere decir aptitud para producir graves daños o perjuicios. Una limitación cuantitativa difícil de precisar, pero que en todo caso excluye las infracciones de poca importancia. Muchos pueden ser los criterios que cabe utilizar para medir y precisar este elemento cuantitativo: la clase del producto que se quiere vender o del servicio que se pretende prestar, pues no es lo mismo la publicidad de una promoción de viviendas que la de unos zapatos; el precio que se quiere obtener a cambio; el número de personas al que se quiere llegar con la publicidad; el medio de propaganda utilizado; la cualidad de los destinatarios del mensaje, particularmente su situación económica, etc.

5.º Por último, es necesario que concurra el dolo, como elemento constitutivo del

tipo (o de la culpabilidad) en todos los delitos dolosos, que consiste en una actuación realizada con conocimiento de la concurrencia de esos otros elementos que acabamos de enumerar. Quien actúa con ese conocimiento actúa con dolo, siendo suficiente el dolo eventual.

Conviene añadir que quizá sea posible su comisión en grado de tentativa (así condenó la sentencia recurrida), no así sancionar los actos preparatorios consistentes en conspiración, proposición o provocación, que en el CP actual han de estar expresamente tipificados (arts. 17 y 18) y no lo están con relación a esta infracción. La dificultad radicará aquí, como siempre, en distinguir el inicio de la ejecución, punible como tentativa, respecto de los actos preparatorios no punibles.

3. Parece que en el caso presente siempre habría de faltar el elemento cuarto antes referido, que establece un límite para estos delitos, mediante el cual excluye aquellos casos en que no existe posibilidad de causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores.

Ahora bien, aun en el supuesto de que realmente hubieran concurrido los requisitos exigidos en el art. 282, nunca habría habido aquí este delito de publicidad falsa, simplemente porque habría quedado absorbido por el delito de estafa por el que hay que condenar como veremos en el fundamento de derecho siguiente. Nos referimos a este caso concreto en que, como luego veremos la falsa publicidad fue el único elemento constitutivo del engaño mediante el cual la estafa fue cometida. Se lesionaría el principio "non bis in idem" si tal publicidad engañosa fuera tenida en cuenta para condenar por estafa y también por este otro delito del art. 282. Otra cosa podría ocurrir cuando para configurar ese engaño, esencial en la estafa, hubieran concurrido otros elementos diferentes a esa publicidad falsa y aptos para provocar el error en la persona que realiza el acto de disposición perjudicial para él o para otra persona (art. 248.1).

Así pues, la concurrencia del delito de estafa, conforme exponemos a continuación, obliga a aplicar el n.º 3.º del art. 8 CP, en cualquier caso, es decir, aunque considerásemos que efectivamente habrían concurrido todos los elementos del delito del art. 282. Conforme a tal art. 8.3.º han de sancionarse estos hechos sólo con la aplicación de esas normas correspondientes al delito de estafa.

El delito de publicidad falsa (art. 282), cuando ya la estafa se ha iniciado en su ejecución (tentativa o consumación) y el engaño radica sólo en tal publicidad falsa, queda absorbido en ésta (la estafa), porque pasa a integrarse en el engaño, elemento central de esta última infracción.

Así pues, en cualquier caso no hubo aquí delito del art. 282.

(...)

Octavo.—1. En el motivo 6.º del escrito de este recurso de la acusación particular, también por la vía del n.º 1.º del art. 849 LECr, se alega infracción del art. 74 por no haberse aplicado al caso, respecto de los tres delitos por los que se acusó y en definitiva se condena, la figura del delito continuado.

2. Veamos qué nos dice el art. 74.1 CP.

Para que haya un delito continuado ha de existir, en primer lugar, una pluralidad de acciones u omisiones punibles, es decir, dos o más infracciones penales.

Tal pluralidad se considera un solo delito o falta porque existen dos notas que así lo justifican:

- a) Infracción de un mismo precepto penal o de preceptos de igual o semejante naturaleza.
- b) Haberse realizado tales infracciones en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

La misma norma penal prevé la pena a imponer: la que corresponde a la infracción más grave en su mitad superior, norma no aplicable a las infracciones contra el patrimonio que tienen su regulación específica

en el art. 74.2, según conocida doctrina de esta sala que luego explicaremos.

3. Entendemos que en el caso presente, conforme lo deducimos del relato de hechos probados, no hubo delito continuado ni en la falsedad ni en la utilización ilegítima de denominación de origen, aunque sí en la estafa.

Veámoslo:

A) Con relación al delito de falsedad, nada hay que nos obligue a afirmar que fueron varias las acciones por las que se crearon las contraetiquetas y precintas falsas con su consiguiente adhesión a las botellas de vino. Es muy posible que todas se hicieran a través de una misma acción punible, aunque ésta se prolongara durante las horas o días que fueran necesarias para realizar los correspondientes trabajos de imitación de los certificados originales expedidos en tan importante número de 26.604 (sentencia recurrida, pág. 5) y su adhesión a las correspondientes botellas.

No se sabe dónde ni cuándo se hicieron esos trabajos de simulación falsaria y nada nos pudo decir al respecto la sentencia recurrida en su relato de hechos probados. Por tanto, en aplicación del principio “in dubio pro reo”, como ésta es la solución que más favorece a los condenados, hemos de entender que hubo una sola acción de falsedad de certificados constitutiva de un único delito.

B) Respecto del delito del art. 275, la acción que tal norma sanciona es la utilización ilegítima e intencionada en el tráfico económico de una denominación de origen o de una indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegidas para distinguir los productos amparados por ellas.

Entendemos que existió un solo delito, aunque hayan sido muchas las veces en que se utilizó la denominación de origen y sea, como aquí, importante el número de botellas de vino en que se hizo constar esa denominación a la que no se tenía derecho.

En la construcción de los correspondientes tipos penales el legislador a veces utiliza conceptos globales, es decir, expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir. Si hay varias acciones de la misma clase todas quedan abarcadas en esa definición legal. Así ocurre con el delito del art. 368 CP cuando nos habla de “actos de cultivo, elaboración o tráfico” en relación con las sustancias estupefacientes, o cuando el art. 325, al definir los delitos contra el medio ambiente, nos habla de emisiones, vertidos, radiaciones, etc. En este delito que estamos examinando (art. 275) se habla de quien “utilice en el tráfico económico una denominación de origen...”. Esta expresión “utilice en el tráfico económico” tiene ese concepto global que acabamos de decir, de modo que una utilización repetida de esa denominación de origen no constituye un delito continuado.

C) Sin embargo, en referencia al delito de estafa sí existió un delito continuado, pues, además de ese delito consumado al que nos hemos referido en el fundamento de derecho anterior, hubo otro en grado de tentativa, y los dos quedan integrados en uno solo por aplicación de la parte primera del art. 74.1 en cuanto que nos ofrece un concepto de esta especial figura delictiva (delito continuado) al que acabamos de referirnos en el apartado 2 de este mismo fundamento de derecho.

Sentencia 384/2004, Sala de lo Penal del TS, de 22 de marzo de 2004

ENTRADA Y REGISTRO EN DESPACHO PROFESIONAL

Art. 569 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández**

SÍNTESIS

Con motivo de la ausencia del interesado, en el registro por encontrarse detenido, generadora esta ausencia de la nulidad de la diligencia, se expone la problemática que plantea la entrada y registro en despacho profesional de Abogado, con repaso de los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes que vienen a regular la protección constitucional que se dispensa al domicilio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. El Motivo Primero de este recurso se formula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en él se denuncia la violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución.

Recuerda el recurrente que el 13 de octubre de 1999 la Sala dictó Auto en el que se decretaba la nulidad de la diligencia de entrada y registro de fecha 22 de enero de 1993, fundamentalmente porque tal registro se practicó sin la presencia del interesado, a pesar de que el mismo se encontraba ya detenido.

Destaca a continuación que en la fundamentación jurídica de dicho Auto se dice que a consecuencia de esta ausencia el Sr. Felipe no pudo ejercer en ella el derecho de contradicción, ha sufrido indefensión y se le ha privado de su derecho a un proceso justo,

lo que indica que la nulidad no se ha declarado por apreciarse únicamente infracción de la legalidad ordinaria, sino vulneración de derechos fundamentales.

Por ello entiende que la declaración de nulidad del registro tiene efectos expansivos, alcanzando a determinadas declaraciones testificales.

Resaltando que el acta de apertura y ordenación de la documentación intervenida (folio 3622), de la que deriva la resolución ordenando se reciba declaración como perjudicados a las personas que figuran en la relación anterior (folio 3651), es de 10 de junio de 1996, dos años y medio después del registro, de lo que deduce que, sin acceder a la documentación intervenida en el despacho del acusado, esas personas no hubieran sido llamadas a declarar.

(...)

2. Por su parte la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real dedica al tema relativo a “la extensión y alcance de

la nulidad de la diligencia de entrada y registro”, los Fundamentos de Derecho Segundo a Séptimo de su sentencia, en los que se afirma:

— La declaración de nulidad de la diligencia de entrada y registro se hizo en base, no a la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pues un despacho profesional no tiene tal cualidad, sino por el único y exclusivo motivo de no haberse dado ocasión al acusado, ya entonces en situación de detenido, de participar en la misma.

Por ello se ha considerado infringido el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e incluso el artículo 333 de dicha Ley relativo a la inspección ocular.

Mas en uno y otro caso lo que se trata de garantizar es la preconstitución de la prueba, dando ocasión a la contradicción, sin la cual no existe verdadero medio probatorio.

— La consecuencia de lo antes expuesto no es otra que la de excluir en este caso la aplicación de la doctrina de los frutos envenenados, reservada por el artículo 11.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los casos de vulneración directa de un derecho fundamental.

— Aun cuando a nivel de hipótesis se considerase que la diligencia violó algún derecho de esta naturaleza, el efecto expansivo de la nulidad no alcanzaría a las declaraciones testificales impugnadas, ya que “el resultado de la prueba es absolutamente neutro”, limitándose al hallazgo de unos determinados nombres de personas físicas o jurídicas que, una vez conocida su identidad, han tenido plena libertad para declarar en uno u otro sentido, pues lo único que se les preguntó es si tenían o no relación profesional con el acusado.

3. Como se dice en la sentencia 1504/2003, de 25 de febrero de 2004, “el Derecho español, a diferencia del francés, no regula de forma específica en el código procesal penal, la forma de llevar a cabo la entrada y sobre todo el registro del despacho profesional de un Abogado. Existen referen-

cias en el Estatuto de la Abogacía y la Asamblea de Decanos de los Colegios de Abogados de España, que propuso un texto que no ha pasado la ley procesal. Toda la normativa comparada no encuentra obstáculos a la entrada y registro, siempre que exista la posibilidad de encontrar datos relevantes para la investigación de delitos cometidos por alguno de los clientes del Abogado o, cuando sea, él mismo, el sospechoso de haberlos cometido”.

Sobre este tema en la también reciente sentencia de esta Sala 773/2002, de 30 de abril, se dice lo siguiente:

“El artículo 18 de la Constitución Española consagra, entre otros derechos relativos a la protección de la esfera más íntima de la persona, el de la inviolabilidad domiciliaria. Su titular indiscutible, por tanto, es la persona física, el individuo. Pero ello no obsta a que una antigua Jurisprudencia constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 137/1985, 144/1987, 164/1988 o 149/1991), viniera a reconocer también un derecho a esa inviolabilidad para la persona jurídica. En correspondencia con lo cual esta Sala ha exigido de la misma forma el cumplimiento de las garantías correspondientes para la práctica de la entrada en el domicilio de las personas jurídicas (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993, por ejemplo).

Sin embargo, pronunciamientos más recientes vienen a matizar ese criterio inicial. Y así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1995, refiriéndose más propiamente a la entrada en el lugar donde se desarrolla una actividad profesional, que en casos como el presente llega a identificarse con el domicilio de una persona jurídica, proclamaba ya la innecesariedad de autorización judicial, toda vez que “... el local registrado no era domicilio del acusado ni de nadie, sino una oficina y despacho abiertos al público, es decir, a toda persona que quisiera acceder al mismo para el asesoramiento y la gestión de asuntos relacionados con problemas laborales, fiscales o de otro tipo,

que nada tenían que ver con el ejercicio por el acusado ni por ninguno de sus empleados o clientes de las actividades propias de su intimidad que es lo que constituye el fundamento de la protección que para el domicilio reconocen la Constitución Española y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

No se puede, sin embargo, ignorar que, con anterioridad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993 había afirmado el carácter de domicilio, a los efectos de la debida protección constitucional, para los lugares en que se ejerce el trabajo, la profesión o la industria. Si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1994 precisó, por su parte, que es la circunstancia de la apertura, o no, al público la determinante del límite de extensión del concepto de domicilio en el sentido constitucional.

Podemos, por tanto, concluir en la necesidad de diferenciar entre aquellas oficinas en las que se ubica la sede de una persona jurídica, a las que procede atribuir la protección del reconocido derecho a la intimidad que a la misma llega a amparar, de aquellos otros despachos o dependencias, constituyan o no sede social que, por su disposición a la entrada de público, deben considerarse,

a diferencia del domicilio de la persona física, desposeídas de semejante protección.

Línea en la que insiste, aún con más claridad en la exclusión del despacho profesional del ámbito de la protección constitucional, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2001, distinguiendo entre la necesidad del respeto a las normas contenidas en la Ley procesal, tan sólo, para que la diligencia adquiera verdadera eficacia probatoria, frente a la práctica llevada a cabo, en exclusiva, por la propia Policía, con carácter de mera actuación investigadora, sin posibilidad de trascendencia procesal.

Vistas así las cosas, en el caso que nos ocupa es indudable que el despacho profesional, en el que la entrada y el registro se practicaron, era oficina abierta al público y destinada al acceso de clientes en busca de asesoramiento jurídico. Por lo que los requisitos de orden constitucional no resultaban exigibles.”

Doctrina aplicable en este caso en el que, como se dice en el párrafo final del Fundamento de Derecho Primero de la sentencia de instancia, el registro se practicó “en el despacho en el que el acusado desarrollaba su actividad”. Incluso, como argumentaba el Fiscal al postular la validez del registro, en presencia de una administrativa y de otro testigo.

Sentencia 415/2004, Sala de lo Penal del TS, de 25 de marzo de 2004

COAUTORÍA. ASESINATO

Arts. 28 y 139 Código Penal

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

SÍNTESIS

Obrando de común acuerdo en la realización del robo violento, se imputa a los dos coautores la muerte causada a la víctima por los golpes propinados

por uno solo de aquéllos. Por otra parte, entiende la sentencia posible el asesinato alevoso con dolo eventual referido a la producción de la muerte (en este último sentido, véase también la STS 514/2004, de 19 de abril, Ponente Carlos Granados Pérez).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Así las cosas, estamos ante un delito de homicidio con dolo eventual, que integra el elemento subjetivo del tipo igual que el “animus necandi” o dolo de primer grado, ya que dicho elemento anímico que caracteriza el tipo penal no es exclusivamente el dolo específico de matar o “animus necandi”, sino el “dolo homicida”, el cual tiene dos modalidades, el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido.

De lo que se trata ahora es dilucidar si el delito de asesinato por la concurrencia en el hecho de la alevosía se puede construir a partir de un homicidio con dolo eventual, es decir, si esta modalidad dolosa es compatible con la alevosía, lo que rechaza el recurrente. Y la respuesta tiene que ser afirmativa según reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, según la cual debe distinguirse entre el dolo con el que se ejecuta la agresión alevosa y el concurrente respecto al resultado de la acción agresiva. En este ámbito, conviene reiterar que la pretendida incompatibilidad entre el dolo eventual de muerte y el dolo directo de actuar alevosamente que esgrime el recurrente no se convierte en obstáculo calificador insalvable

como aquél pretende, pues es perfectamente diferenciable en un comportamiento como el enjuiciado, una directa y decidida intención y voluntad de dar cumplimiento a finalidades aseguratorias para la ejecución y para el propio actuante así como sobre la indefensión de la víctima (parcela esta del comportamiento alevoso que aparece diáfamanamente en el actuar del agente que espera o busca deliberadamente una situación de relajamiento más propicia para la sorpresa) de una actitud intencional que no completa el agotamiento de la determinación de dañar respecto a la causación del daño o lesión en sí misma sino en cuanto a la aceptación de su resultado—, supuesto del dolo eventual en el que, no obstante representarse aquél como probable, sin embargo es consentido o aceptado. Referencia —la del resultado— que, válida e imprescindible para determinar la graduación del dolo, no debe extenderse a dicha circunstancia como pretende quien recurre. En otras palabras, si respecto a la circunstancia cualificativa concurrente se da la plena consciencia, esto es, aparece abarcada por la inteligencia o comprensión del autor, y es querida o realizada la acción con tal circunstancia por el sujeto, nada puede oponerse a la existencia del asesinato solo por que lo comprendido eventualmente por el dolo sea la muerte (vid. S 16 de marzo de 1991). En el supuesto de autos es evidente que aunque el dolo de muerte pudo haber sido sólo eventual, lo que sí era directa y plenamente conocida y querida por el acusado era la condición desvalida de la víctima que, por su corta edad, no podía ofrecer obstáculo alguno o la acción agresiva de aquél,

se produjera esta como se produjera (STS de 31 de octubre de 2002).

(...)

Séptimo.—También por infracción de ley del art. 849.1.º de la LECrim. se denuncia la indebida aplicación del art. 28 CP y falta de aplicación del art. 29.

Sostiene el recurrente que la participación de Marcos no fue a título de autor en el delito de asesinato, sino que éste “deberá responder en concepto de cómplice al no ser autor de muerte alguna y quedar probado (*sic*) que ha existido un exceso por parte del agresor respecto al plan ideado, que únicamente consistía en robar el dinero que pudiera existir en la vivienda del fallecido”.

La doctrina de esta Sala en materia de autoría conjunta (sentencias de 14 de diciembre de 1998, núm. 1177/98, 14 de abril de 1999, núm. 573/1999, 10 de julio de 2000, núm. 1263/2000, 11 de septiembre de 2000, núm. 1240/2000 y 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000 y 1 de marzo de 2001, entre otras), señala que la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del Código Penal de 1995 como “realización conjunta del hecho” implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, y concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.

En el supuesto actual resulta incuestionable la existencia de un previo concierto entre Marcos y Diego para ejecutar un acto de robo en el domicilio de Gerardo; pero también que para lograr el objetivo común era necesario arrancar a este último la información del lugar donde guardaba su dinero, bien mediante la intimidación, bien median-

te el uso de violencia física. De acuerdo con el “factum”, ambos acusados acceden a la vivienda del Sr. Gerardo, ambos suben al dormitorio donde éste se encontraba durmiendo en su cama, portando Diego la barra de hierro, ambos requieren a Gerardo que les diga dónde está el dinero, en una situación de manifiesta violencia psíquica. Tras los dos golpes en la cabeza propinados por Diego al no confesar Gerardo, ambos acusados continúan exigiendo a la víctima (ya gravísimamente maltrecha) la información sobre el dinero, arrastrando al Sr. Gerardo por la vivienda “como un fardo” hasta que éste, que no se ha doblegado a sus agresores, recibe la patada o el rodillazo en el torso que ocasiona las lesiones que se especifican.

En este escenario fáctico, ninguna duda cabe que Marcos no es un mero espectador pasivo, sino un protagonista patentemente activo en los hechos que determinaron el fallecimiento de la víctima y, desde luego, no cabe discusión alguna de que el mismo podía prever no sólo la utilización de las vías de hecho mediante la agresión con la barra que llevaba su compañero, sino también las fatales consecuencias que esa previsible agresión con instrumento tan letal pudiera ocasionar al agredido anciano y enfermo, por lo que parece incuestionable el codominio funcional del hecho. Tampoco es ocioso señalar que, en último extremo, la actuación de Marcos posterior a los golpes en el cráneo de la víctima ejecutados por Diego evidencia que aquél asumió sin fisuras ni reticencias dicha agresión y los resultados que de la misma se derivasen por lo que es clara y nítida la corresponsabilidad del ahora recurrente en el hecho del fallecimiento del así tratado.

Por ello, esta Sala se muestra concorde con la subsunción efectuada por el Tribunal sentenciador y con los razonamientos que apoyan ese pronunciamiento calificativo que destacan las recientes sentencias de esta Sala de 27 de noviembre y 2 de octubre de 2000 en el sentido de admitir la comunicabilidad del resultado lesivo para la vida a cuantos tomen parte activa en el robo, no

sólo en el caso de existir un preordenado concierto para privar de la vida a quien estorbe en la realización del plan delictivo sino también cuando, mediando una ocasional “societas scaeleris” para la perpetración del violento ataque a la propiedad, se prevé y

admite de modo más o menos implícito que en el “iter” realizador pueda llegarse a ataques corporales de imprevisibles consecuencias frente a quienes se opongan a la efectividad del proyecto criminal en vías de ejecución.

Sentencia 453/2004, Sala de lo Penal del TS, de 26 de marzo de 2004

SENTENCIA ABSOLUTORIA: FALTA DE EXPRESIÓN DE HECHOS PROBADOS
Art. 851.2 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

La falta de expresión en la sentencia absolutoria de los hechos que resultan probados, limitándose a expresar que los alegados por las acusaciones no lo fueron, no sólo constituye una técnica inadecuada a las previsiones legales, sino que incurre además en defectos constitucionales que afectan a la tutela judicial efectiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero y único.—El Ministerio Fiscal plantea un único motivo, al amparo del artículo 851.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que existe un defecto formal en la redacción de la sentencia al haber omitido la relación de hechos probados.

1. Ante la acusación formulada por el Ministerio Fiscal imputando al acusado la comisión de un delito contra la salud pública, la Sala sentenciadora ha consignado en el apartado de hechos probados la siguiente declaración: “se considera no acreditado el

fáctico incriminador expuesto en el escrito de acusación por el Ministerio Fiscal”.

Es cierto que, en el fundamento de derecho primero, explica de forma minuciosa y detallada, por qué considera que le asiste una duda razonable para considerar que el acusado es la persona que entregó la droga ocupada por la policía al adquirente. La explicación, como se ha dicho es completa y con razonamientos suficientes para que se estime, en el plano del debate, que la postura adoptada por la Sala sentenciadora es razonable y está perfectamente motivada. Hasta tal punto que el Ministerio Fiscal no ataca el razonamiento, sino la estructura for-

mal de la sentencia porque estima que incumple las previsiones legales.

2. Efectivamente, entre los vicios de los que puede adolecer la sentencia, el artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contempla la no inclusión de un relato de hechos, que de forma hilvanada y coherente, diga, cuál estima probado y cuál no, de los hechos que fueron objeto del debate.

El apartado 2 del artículo mencionado, es taxativo en la exigencia de un texto que integre la valoración probatoria de los hechos, y considera que existen defectos de forma que causan la nulidad de la sentencia: "Cuando en la sentencia sólo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados".

Compartimos las citas jurisprudenciales que esgrime el Ministerio Fiscal, que no hacen sino recoger la doctrina de esta Sala sobre la nulidad de las sentencias en las que se haga una referencia en bloque a la inexistencia de prueba sobre los hechos de la acusación, sin efectuar una relación de los que considera probados.

3. Desde el punto de vista metodológico, una resolución debe estructurarse de forma que permita conocer el objeto del debate, así como la posición de la Sala sentenciadora sobre los hechos confrontados por las acusaciones y la defensa. Parece lógico exigir, y así lo hace el legislador, que se diga cuáles son los hechos probados. En caso contrario la sentencia se construye sobre el vacío al carecer de un cimiento indispensable, como es el del relato fáctico.

Reiteramos una vez más que la doctrina tradicional de esta Sala, permitiendo integrar los hechos probados con las alegaciones fácticas deslizadas en los fundamentos de derecho, vulnera las garantías de defensa y son un artificio frecuentemente utilizado para fundamentar condenas, —que nunca absoluciones—, sobre datos que no han sido declarados de forma taxativa como hechos probados. Su traslado a los apartados jurídicos de la sentencia, es ilegal y asistemático.

El artículo 142.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vigente desde los orígenes de la ley, exige, y nadie lo ha cuestionado, que se haga "una declaración expresa y terminante de los que estime probados".

Por ello no se puede fundamentar una sentencia condenatoria con retazos fácticos que son simple añadidos argumentales, que el órgano juzgador no consideró, expresa y terminantemente, probados. Si se utilizan como base de una resolución en contra del reo, se le causa una gravosa indefensión, al no saber exactamente qué es lo que taxativa y limitadamente se le ha imputado.

4. Llama la atención en nuestro sistema, que la conformidad con los hechos de la acusación, abra paso a la redacción de una sentencia condenatoria, sin que se haya establecido un debate contradictorio de carácter probatorio sobre los hechos. La admisión de la conformidad como prueba plena y única de los hechos de la imputación, contradice el tenor de nuestro sistema que no considera la confesión como prueba. El artículo 665 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, refuerza esta postura al permitir que la confesión sobre los hechos que sustentan la responsabilidad criminal, rechazando la responsabilidad civil, da lugar a la continuación del juicio, pero no se permitirá prueba sobre los hechos que fundamentan la responsabilidad criminal, estableciéndose el debate sólo sobre la responsabilidad civil.

5. Debemos preguntarnos, desde el punto de vista de la indefensión que se le pueda causar a alguna de las partes acusadoras, qué diferencia sustancial existe entre declarar y recoger los hechos de la acusación, para añadir al final que no se estiman probados y hacer una mención genérica a su falta de solidez probatoria. Las acusaciones, tanto en el primer supuesto, como en el segundo, carecen de posibilidades de recurso, siempre que la sentencia estuviere, como sucede en el caso presente, suficiente y razonablemente fundamentada, que es lo esencial en un sistema que, como el nuestro, exige el respeto a la tutela judicial efectiva. Si entendemos ésta como la obligación del

tribunal de razonar y motivar las causas que le han llevado a la absolución rechazando las pretensiones acusatorias y llegando a conclusiones absolutorias, no quedan apenas resquicios para que pueda prosperar cualquier intento de modificación de la sentencia.

6. Desde un punto de vista estrictamente formal e incluso estético, es incuestionable que la sentencia no cumple inicialmente con las previsiones legales. Por tanto, debemos plantearnos si es operativo, necesario e indispensable para corregir una anomalía de una resolución judicial, proceder a su devolución al órgano juzgador para que redacte otra en la que se exponga que está probado que hubo venta de droga, pero que no está probado que fuera el acusado.

Cualquiera que sea la postura doctrinal, es evidente que la utilización de esta técnica para redactar una sentencia absolutoria no se adecúa a las previsiones legales e incurre en defectos constitucionales que afectan a la tutela judicial efectiva de las partes que se

sientan perjudicadas por la absolución. El vacío fáctico impide que se puedan poner en marcha los mecanismos correctores que contempla la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya que no es posible denunciar contradicciones, oscuridades, utilización de conceptos jurídicos y cualquier otra impugnación que se base en un error en la redacción del hecho probado. Es evidente que estas posibilidades son más escasas, cuando la decisión de la Sala sentenciadora es la de adoptar una resolución absolutoria, pero no por ello se debe omitir cuáles han sido los presupuestos fácticos que han dado lugar al juicio oral y cuál es la valoración que de ellos se hace por el órgano juzgador.

En consecuencia el recurso del Ministerio Fiscal debe ser operativo, a los solos efectos de que la sentencia se complete, con uno de sus presupuestos fundamentales como es la descripción de los hechos enjuiciados.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

Sentencia 417/2004, Sala de lo Penal del TS, de 29 de marzo de 2004

VIOLENCIA DOMÉSTICA

Arts. 153 y 173.2 y 3 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Tras analizar pormenorizadamente el sentido del delito recogido anteriormente en el art. 153 CP y, desde la LO 11/2003, en el art. 173.2 y 3 CP concluye la sentencia que, en la redacción anterior a la introducida por esta última ley, se debe exigir convivencia para aplicar el precepto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El artículo 153 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, vigente al tiempo de cometerse los hechos enjuiciados, en lo que aquí interesa, sancionaba con la pena de prisión de seis meses a tres años a quien “habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad”. La modificación operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, dio nueva redacción al precepto, que pasó a ser el apartado dos del artículo 173, con el siguiente texto: “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia”. Las novedades respecto de la redacción anterior son la desaparición de la exigencia de estabilidad en la relación de afectividad análoga a la del cónyuge y la introducción del inciso “aun sin convivencia”.

La STS n.º 927/2000, de 24 de junio, realiza un completo estudio del tipo, tanto en sus antecedentes como en su redacción vigente, y en ella se afirma que “es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad —art. 10—, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los

tratos inhumanos o degradantes —art. 15— y en el derecho a la seguridad —art. 17—, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39. Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad; dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.”

La doctrina contenida en la anterior sentencia ha sido recogida por otras posteriores, entre ellas, la STS n.º 20/2001, de 22 de enero de 2002, y recientemente, la STS n.º 805/2003, de 18 de junio.

En estas resoluciones de la Sala se identifica el bien jurídico protegido con la paz fa-

miliar y con la dignidad de la persona en ese ámbito, concretamente, con su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno. La sentencia STS n.º 1161/2000, de 26 de junio, destaca por su parte que “esta norma penal (art. 153 del CP/1995), ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno”, en los mismos términos ya adelantados por la STS n.º 1060/1996, de 20 de diciembre. En el mismo sentido, la STS n.º 97/2003, de 28 de febrero, señalaba que el bien jurídico protegido por el delito del artículo 153 del Código Penal es “la protección de las normas de concordia y paz familiar en las relaciones internas de tan importante y primario grupo social”. Y en la STS n.º 414/2003, de 24 de marzo, se dice que “el bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática”.

Por lo tanto, puede concluirse que al lado de la integridad o la salud física o psíquica que, como bien jurídico individual, se protege mediante los delitos de lesiones, en el delito de malos tratos habituales el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo.

Esta consideración queda reforzada tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, que en el nuevo artículo 153 del Código Penal intensifica la protección de la salud o integridad física o psíquica frente a los ataques que tengan lugar en el seno de la familia, al tiempo que sitúa los malos tratos habituales en el artículo 173.2, entre los delitos de torturas y contra la integridad moral, sancionándolos diferenciadamente de modo

agravado respecto del tipo básico principalmente en atención a las características propias del ámbito familiar en el que se producen, aunque los límites del bien jurídico se hayan ampliado al no exigirse la convivencia en los supuestos de relaciones de afectividad análogas a las de los cónyuges y al hacer una referencia expresa como posibles sujetos pasivos del delito a las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Plantea el recurrente si en el ámbito de las relaciones de pareja, el tipo, en la redacción vigente al cometer los hechos, exige la convivencia o si sería posible aplicar el precepto, como hace la sentencia, acreditando solamente la relación estable de afectividad, presente o pasada, sin necesidad de que esté unida a una convivencia efectiva. La redacción del tipo según la Ley de 1999, en el inciso antes transcrito, no hace mención expresa a este elemento, limitándose a exigir que el sujeto pasivo sea el cónyuge o persona unida de forma estable por análoga relación de afectividad. La exigencia de estabilidad incorpora un elemento de permanencia en la relación, pero tampoco supone necesariamente la convivencia. Es posible una relación de afectividad estable, por su persistencia temporal, sin que venga acompañada de la convivencia.

Sin embargo, ante el silencio de la ley, existen otros argumentos que abonan la exigencia de una convivencia real, con unas u otras características, entre autor y víctima en estos casos. En primer lugar, el bien jurídico protegido, en la forma en que ha sido entendido por las resoluciones de esta Sala antes citadas anteriores a la última reforma, L.O. 11/2003, se refiere a la paz familiar y a otros valores, pero siempre dentro de ese ámbito. Y el requisito primero para la existencia de un núcleo familiar entre dos personas es la convivencia entre ellas, al menos en algún momento de la relación.

En segundo lugar, la redacción del precepto da a entender que, en orden a la determinación de la relación de afectividad, la

referencia se hace al matrimonio, pues aquélla ha de ser análoga a la del cónyuge. Y es claro que el matrimonio se caracteriza, entre otras cosas, por la convivencia de los cónyuges, artículo 68 del Código Civil. Así ocurre tanto si la referencia se centra en la analogía con la relación entre cónyuges como si se hace respecto de la afectividad entre ellos, pues una y otra tienen como una de sus características la convivencia. En tercer lugar, en el inciso siguiente del precepto aplicado se menciona como posible sujeto pasivo del delito a “los hijos propios o del cónyuge o conviviente”.

Y en cuarto lugar, así lo indica la evolución legislativa del precepto. La Ley Orgánica 3/1989 introdujo en el Código Penal derogado una nueva redacción del artículo 425 en el que, en lo que aquí interesa, se sancionaba con la pena de arresto mayor a quien “habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad”. En la interpretación de este artículo esta Sala entendió que uno de los elementos del tipo era la convivencia, habida cuenta de la referencia al cónyuge (STS n.º 659/1995, de 11 de mayo). La previsión legal fue recogida en el Código de 1995 en el artículo 153 prácticamente con la misma redacción en este punto, pues se suprimió la referencia a “cualquier fin” y se añadió el requisito de que la relación de afectividad fuera estable. La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que modificó el Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y con el propósito de mejorar tal protección, modificó el artículo 153 añadiendo al tipo los supuestos de violencia psíquica y aquellos otros en los que la relación matrimonial o de afectividad análoga hubiera existido, aunque al cometer el hecho hubiese ya cesado. La STS n.º 927/2000, de 24 de junio, antes citada y reiterada luego en la STS n.º 20/2002, de 22 de enero, y en la STS n.º 355/2003, de 11 de marzo, en relación a esta modificación legal, recogía la exigencia de la convivencia en los siguientes términos:

“En relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia ‘more uxorio’ al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca a situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquélla.”

El propio legislador ha debido entender de esta forma el sentido de la regulación legal cuando en la modificación del Código Penal operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de setiembre, se le da una nueva redacción, antes transcrita, constituyendo el apartado segundo del artículo 173, en el marco de los delitos contra la integridad moral, en la que la relación de afectividad, presente o pasada, análoga a la del cónyuge no precisará del requisito de la convivencia para que sean sancionados con arreglo a este artículo los malos tratos habituales ejecutados dentro de su ámbito. El legislador ha entendido que, para una mejor y más amplia protección de las víctimas de estas conductas que preocupan seriamente por su reiteración y gravedad y que merecen un contundente reproche social por sus características, deben incluirse en el tipo los supuestos de malos tratos habituales también en situaciones de afectividad análoga a la existente entre cónyuges, aun en los casos en los que no exista convivencia entre ellos. Y para hacer efectiva tal opción ha procedido a la modificación del precepto, lo que indica que según su propia interpretación, tales conductas no quedaban incluidas en la redacción anterior del tipo. La introducción del inciso “aún sin convivencia”, a pesar del silencio de la exposición de motivos sobre esta cuestión puntual, debe interpretarse de forma que lo que ahora, desde su entrada en vigor, no constituye un requisito del tipo, lo era con anterioridad a su exclusión expresa. La modificación provoca una ampliación en el bien jurídico protegido, pues ya no se trata solamente de la paz familiar o la dignidad

de la persona en ese ámbito, sino también en el marco de relaciones análogas en su afectividad a las de los cónyuges, aunque no exista convivencia.

La sentencia de instancia se limita a declarar probado que el acusado mantuvo con la víctima de sus agresiones “una relación sentimental estable”, añadiendo en el fundamento de Derecho primero que “no obsta a la permanencia y profundidad de dicha relación de afectividad el que cada uno continuara viviendo en su domicilio, de próxima vecindad”. Con independencia de que el Tribunal debería haber descrito en el hecho probado las características de la relación para después deducir en los fundamentos jurídicos el carácter estable de la misma a los efectos del tipo, la escasez de datos fácticos

contenidos en la sentencia acerca de este extremo concreto de las relaciones entre autor y víctima impide considerar acreditada la existencia de una convivencia entre ambos que pueda valorarse como tal, sin que pueda ser presumida en contra del reo, de manera que no concurre en los hechos probados uno de los requisitos del tipo en la redacción del Código Penal vigente al tiempo de cometer los hechos, lo que ha de conducir a la estimación del motivo y a la absolución del acusado por este delito, sin perjuicio de que su conducta obtenga un adecuado reproche a través de la imposición de las penas y medida de seguridad impuestas por el delito y la falta de lesiones.

En este aspecto, por lo tanto, el motivo se estima.

Sentencia 249/2003, Sala de lo Penal del TS, de 30 de marzo de 2004

ASISTENCIA LETRADA AL IMPUTADO

Arts. 118 y 767 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos**

SÍNTESIS

Alcance del derecho a la asistencia letrada al imputado exponiendo comparativamente las situaciones anterior y posterior a la reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El tercer motivo de casación alegado, formulado al amparo del art. 849.1.º LECrim., lo basa el recurrente en la vulneración del derecho de defensa (art. 24

CE), sosteniendo que la misma se habría producido al no haber sido asistido de Letrado en su declaración inicial ante el Juez Instructor.

a) La Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2003 se refirió nuevamente al de-

recho a la asistencia letrada, concretamente a su contenido, reiterando su doctrina en el sentido de que si bien la Constitución garantiza la asistencia del Abogado en todas las diligencias policiales y judiciales, de ello no se deriva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios.

En particular, dice la mencionada Sentencia, el Tribunal Constitucional ha reclamado dicha intervención sólo en la detención y en la prueba sumarial anticipada; en los demás actos procesales, con independencia de que se haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que hayan de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia de aquél.

Además, hay que tener en cuenta que si bien es necesaria la presencia de Abogado cuando se toma declaración a un detenido o preso, en la hipótesis de que ello no hubiera tenido lugar, la admisión de tal declaración no tiene por qué afectar a posteriores declaraciones que sí se hayan realizado con aquella asistencia letrada, luego garantizando la necesaria contradicción y derecho de defensa.

Ciertamente, en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, se establece en el art. 767 la preceptiva asistencia de letrado a todo imputado, esté o no detenido, configurándose, pues, este derecho, como un derecho indisponible. Pero tal reforma ha tenido su entrada en vigor el 28-4-2003, es decir, con posterioridad a los hechos a los que se refiere la presente causa, y, como es claro, la retroactividad de las normas más favorables no se extiende a las procesales.

b) En el presente caso, el recurrente —durante la instrucción— no sólo ha con-

firmado la existencia de las facturas a las que se refiere la Sentencia, sino que además se ha referido al procedimiento para su confección, pues como se dice en el fundamento de derecho tercero de aquélla, él entregó los papeles con el membrete de la empresa, se los devolvieron con la factura confeccionada y estampó los sellos de las empresas y las firmó, señalando que vio el nombre de DECOESTUDIO en las facturas y que le dijeron que las mismas habían sido entregadas en la citada empresa, explicando también el motivo que le llevó a actuar de esta manera y la confianza que tenía en que ello se llevaría a cabo sin dificultad. Se añade en la Sentencia que la meticulosa declaración del recurrente se ha mantenido durante seis años, llegando incluso a formularse escrito de defensa mostrándose conforme con las acusaciones con carácter alternativo a la absolución, aunque el mismo se retractó en el juicio oral de todas aquellas manifestaciones realizadas en la fase de instrucción, pero sin ofrecer una explicación clara y lógica para ello.

Pues bien, aunque es cierto que el recurrente prestó declaración en la fase de instrucción sin asistencia letrada, aspecto que basa el presente motivo, no es menos cierto que aquél no se encontraba detenido, y que en el acto de recibírsele declaración fue informado de sus derechos constitucionales y del contenido de los arts. 118 y 520 LE-Crim., así como del contenido del procedimiento y de la imputación contra él formulada, como consta en la causa, requiriéndose para que designase abogado que le defendiera, manifestando que en su momento lo nombraría y que no necesitaba la asistencia letrada para dicho acto.

Por tanto, es manifiesto que la declaración del recurrente en la fase de instrucción se le tomó con las necesarias formalidades legales, no viciando su declaración la renuncia expresa por el mismo a la asistencia letrada.

Sentencia 450/2004, Sala de lo Penal del TS, de 2 de abril de 2004

PRUEBA PERICIAL: IMPUGNACIÓN

Arts. 11.1 y 2 LOPJ; 456 y ss. LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Tras hacer un repaso de la doctrina jurisprudencial, la Sala declara que impugnada por la defensa en tiempo y forma la pericial practicada en la instrucción proponiendo otra pericial diferente sobre los mismos aspectos, no puede posteriormente renunciarse válidamente a esa prueba y, al mismo tiempo, mantener su impugnación anterior, por ser contrario a las exigencias de la buena fe procesal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En el primer motivo del recurso alega vulneración de la presunción de inocencia en lo que concierne a la naturaleza y en su caso pureza de las sustancias intervenidas, pues aun cuando consta en la causa un informe del Instituto Nacional de Toxicología, además de otros informes, los firmantes no comparecieron al juicio oral, habiendo mediado impugnación por la defensa respecto de las conclusiones de los referidos informes.

En materia de delitos contra la salud pública por tráfico de drogas, la doctrina de esta Sala ha establecido la validez de los informes técnicos sobre la naturaleza y composición de la droga emitidos por organismos oficiales, que son inicialmente válidos como prueba de cargo acerca de dichos aspectos sin necesidad de que quienes los emiten comparezcan al juicio oral, siempre que

no hayan sido impugnados expresamente por las defensas en momento procesal hábil para ello, normalmente en el escrito de conclusiones provisionales. En este sentido, los Tribunales deben rechazar las peticiones que no sean conformes a la buena fe procesal o supongan abuso del derecho o fraude de ley o procesal, de acuerdo con el artículo 11.1 y 2 de la LOPJ, lo que ocurrirá en aquellos casos en los que la impugnación tenga lugar en el mismo juicio oral cuando ya no es posible una reacción adecuada de las acusaciones ante la negación de lo que ha venido aceptándose tácitamente durante la instrucción de la causa.

Cuando la prueba pericial practicada en la fase de instrucción haya sido adecuadamente impugnada, es preciso que las acusaciones propongan la práctica de la prueba pericial para el juicio oral, según se acordó en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo celebrado el 21 de mayo de 1999, ratificado por el poste-

rior de 23 de febrero de 2001. En este sentido, decíamos en la STS n.º 290/2003, de 26 de febrero, con cita de la STS n.º 311/2001, de 2 de marzo, que “la regla general es la de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral y como la naturaleza de la sustancia objeto de análisis constituye ordinariamente un elemento del tipo que debe probar la acusación (especialmente en los delitos contra la salud pública, como el enjuiciado en el presente caso), no cabe imponer a la defensa la carga de justificar expresamente su impugnación del análisis efectuado como diligencia sumarial o de suplantar a la acusación proponiendo para el juicio la práctica de prueba pericial sobre un elemento típico que incumbe acreditar a aquélla. En consecuencia, 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 (Sentencias de 10 de junio de 1999 y 5 de junio de 2000 que recogen el criterio unificado adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999, criterio ratificado en el Pleno de 23 de febrero de 2001)”. Esta doctrina tiene como excepción, ya antes mencionada, aquellos supuestos en los que la impugnación de la pericial practicada durante la instrucción de la causa se manifieste por la defensa en un momento procesal en el que sea ya imposible la reacción de la acusación orientada a la práctica de la prueba en el juicio oral.

La doctrina de la Sala en la materia es sobradamente conocida tras los dos Plenos antes citados y las numerosas sentencias que recogen sus acuerdos, por que quizá debería considerarse como regla general la posibilidad de proponer la pericial para el juicio oral, ad cautelam, para el caso de que las defensas impugnaran su inclusión en el plenario como prueba documental, medida que

aportaría una adecuada solución a la cuestión planteada.

En el caso actual constan en la causa, como recoge el propio recurrente en el motivo, varios informes sobre los análisis efectuados a las sustancias intervenidas al recurrente, que arrojan resultados coincidentes en cuanto a su naturaleza, aunque reflejen ligeras diferencias en orden a la pureza de la cocaína. El recurrente, en el escrito de conclusiones provisionales impugnó de modo expreso el informe del folio 190 y el del folio 210 de la causa, señalando literalmente que la razón de la impugnación era “por ser un informe sobre pesaje y análisis que no ofrece las debidas garantías ni haber sido realizado por un Organismo que ofrezca al mismo tiempo las debidas garantías como puede ser el Instituto Nacional de Toxicología en Sevilla”. Al tiempo, proponía como prueba, “pericial consistente en que se remita al Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla las sustancias intervenidas a fin de que por dicho Organismo se emita informe a la mayor brevedad sobre la naturaleza de dichas sustancias así como su pesaje; debiendo ser citados dichos peritos al acto del juicio oral para su emisión, ratificación o ampliación en su caso”.

El Tribunal declaró pertinentes las pruebas propuestas por las partes mediante auto de fecha 15 de enero de 2003 y señaló el día 6 de marzo para la celebración del juicio oral. Como consecuencia de las pruebas admitidas a la defensa, consta en el Rollo de Sala la unión del informe requerido al Instituto de Toxicología, de fecha 26 de febrero, en el que constan resultados similares a los ya obrantes en la causa. Y con la misma fecha, aparece un escrito de la defensa del recurrente renunciando a esta prueba, lo que determinó que los peritos no fueran oídos en el juicio oral.

La actuación de la defensa no puede ser considerada como ajustada a las exigencias de la buena fe procesal, lo que determina que su impugnación no pueda tenerse por válidamente realizada. Si bien la forma en la

que inicialmente se procedió a la impugnación de la prueba pericial es correcta, pues no sólo manifestó su disconformidad con un análisis realizado por un organismo oficial, sino que además expresó las razones de la discrepancia y propuso prueba sobre el particular, la renuncia a la prueba propuesta y el mantenimiento de la impugnación, no pueden ser valoradas de la misma forma. Es evidente que la defensa puede proponer las pruebas cuya práctica estime conducente a su derecho, y si discrepa del resultado de una determinada pericia está en su derecho de impugnarla y de proponer otra pericia diferente sobre la misma cuestión. Según la doctrina de esta Sala basta con la impugnación para que la prueba deba ser practicada en el juicio oral, correspondiendo entonces su proposición a la acusación, pues es a ésta a quien corresponde traer al juicio oral las pruebas que acrediten los elementos del tipo. Pero ello no impide que la impugnación

de la defensa en cada caso concreto se manifieste en otros términos.

En el caso actual la defensa argumentó su impugnación y propuso una pericial diferente sobre los mismos aspectos. Y una vez que le ha sido admitida la prueba propuesta, e incluso, como en este caso, en parte practicada, no puede renunciar válidamente a esa prueba y al mismo tiempo mantener su impugnación anterior, pues ambas han sido unidas por los propios actos de la defensa. En este sentido, las dudas iniciales de la defensa acerca de la exactitud de los análisis efectuados a las sustancias intervenidas debieron quedar resueltas por el informe emitido por el Instituto Nacional de Toxicología, pues del tenor de su impugnación se deduce que los informes de este organismo le merecían crédito suficiente, mientras no ocurría lo mismo respecto de los emitidos por otros organismos.

Sentencia 440/2004, Sala de lo Penal del TS, de 5 de abril de 2004

CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

Art. 851.4.º LECrim.

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

SÍNTESIS

Claro resumen del juego de vinculaciones que sobre el juzgador proyecta la exigencia de correlación entre acusación y sentencia, infringidos en el caso de autos al imponerse pena superior a la de las acusaciones sin motivación suficiente ni justificación alguna.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—1. Pasamos ahora a tratar de los dos motivos que nos quedan por exami-

nar de este mismo recurso, el 2.º, amparado en el art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, en el que se denuncia violación del derecho a la tutela judicial efectiva del art.

24.1 de la CE en relación con la exigencia de una resolución motivada, recogida en el art. 120.3 de dicha Ley Fundamental, y el 4.º, fundado en el art. 851.4.º de la LECrim. por haberse penado un delito con una sanción más grave que aquella que fue solicitada por la acusación.

Hemos de estudiarlos unidos por referirse ambos al mismo tema: haberse condenado con tres años de prisión cuando el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en el aspecto penal contra D. Julián, había solicitado sólo dos la pena mínima prevista para estos delitos de lesiones causadas con instrumentos peligrosos del art. 148.1.º del CP.

2. El sistema acusatorio que informa el proceso penal español particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, como una consecuencia más del orden constitucional vigente en nuestro país desde 1978, que estableció un sistema político y jurídico que defiende las libertades públicas y los derechos fundamentales de la persona, exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado.

La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.

Pero esto no quiere decir que todos los elementos que ha de contener un escrito de calificación de la parte acusadora conforme a lo dispuesto en el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o las modificaciones que pudieran introducirse después en el acto del juicio oral, sean igualmente vincu-

lantes para el juzgado o tribunal que ha de sentenciar. De tales elementos sólo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso y, en consecuencia, capacidad para vincular al juzgador en aras de la necesaria congruencia. Por un lado, el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo, y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa.

Esta base fáctica de la acusación vincula al Tribunal de modo que éste no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido; pero no puede traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras, que pudiera tener transcendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

El otro elemento vinculante para el Tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación.

La clase de delito, si éste fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que por Ley corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores. No se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de perfección o de participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, sal-

vo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el Tribunal, que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación. Estos dos componentes de la acusación, el conjunto de elementos fácticos y su calificación jurídica, conforman el hecho punible que constituye el objeto del proceso penal, el cual sirve para delimitar las facultades del Tribunal en orden a la determinación de la correspondiente responsabilidad criminal, porque, si se excediera de los límites así marcados, ocasionaría indefensión al imputado que no habría tenido oportunidad para alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado y luego resulta condenado.

También forma parte de la calificación de las acusaciones la pena en que haya incurrido el inculcado por razón de su respectiva participación en el delito, como dice el n.º 5.º del referido artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pero la concreción de tal pena no sirve como elemento delimitador del hecho punible, el cual queda precisado por los elementos antes indicados, el hecho y su calificación jurídica, sencillamente porque la pena es sólo una consecuencia establecida por la Ley sin que la petición de una mayor o menor suponga la introducción de hechos o elementos de juicio que deban ser conocidos de antemano por los acusadores para que éstos puedan defenderse. Es la Ley, la que fija la pena aplicable una vez que se han precisado los distintos elementos que la determinan. Esas normas legales que fijan la pena conforme a las circunstancias concurrentes, grado de perfección y de participación de los imputados, están en el Código Penal y son conocidos por las partes, y por ello, aunque las acusaciones tienen el deber de concretar la pena que piden en sus conclusiones, es lo cierto que tal fijación no vincula al juzgador que tiene el deber de imponer aquella que legal-

mente corresponda de conformidad con sus propios criterios en orden a la valoración de aquello que ha sido sometido a su enjuiciamiento, siempre con los límites determinados por el hecho por el que se acusó y su calificación jurídica, pero no por la cuantía o clase de pena solicitada, pues en este punto impera el principio de legalidad que necesariamente el Tribunal ha de respetar garantizándose así el debido sometimiento del poder judicial al imperio de la ley con criterios de igualdad para todos los ciudadanos.

Sin embargo, hay que considerar como algo excepcional el que una sentencia pueda imponer una pena superior a la en concreto solicitada por el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras. Salvo que exista una desproporción manifiesta entre la pena solicitada y aquellas que se considera ha de imponerse, de tal manera que la aplicación de la pedida por la acusación pueda considerarse contraria al principio de igualdad del art. 14 de la CE, podemos decir que prácticamente queda reducida esta facultad excepcional a aquellos casos de error en esa petición, de modo que el respeto debido al imperio de la ley (art. 117.1 de la CE) obligue a rebasar la cuantía concreta solicitada —principio de legalidad—. En todo caso, lo que es evidente es que el uso de esta facultad —repetimos, excepcional—, ha de hacerse por medio de una motivación que plantee el problema y lo resuelva a través de una argumentación en la que quede de manifiesto la necesidad de elevar la sanción.

Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 17 y 18 ambas de 1988, 21/1993 y otras muchas, entre ellas algunas más recientes, las números 43/97, 59/2000 (del pleno), 92/2000, 118/2001, 4/2002 y 228/2002 (fundamento de derecho 5.º) y las de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 6.6, 21.10, 22.10 y 31.10, todas de 1988, 7.11.1989, 28.5.1990, 11.11.2001, 12.12.1991, 22.1.1992, 5.6.1997 y 25.10.2002.

3. Aplicando la doctrina que acabamos de exponer, es claro que tenemos que esti-

mar los dos motivos de casación que estamos examinando.

A) Podemos leer en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida: “se señala una pena de tres años de prisión para los tres acusados, Inocencio y para José Daniel y Arturo, dado que utilizaron unos instrumentos muy contundentes para agredir a sus oponentes, a quien ocasionaron unas intensas lesiones en la cabeza”. Nada se dice aquí respecto de que el Ministerio Fiscal, única parte que pidió pena para estos tres, había solicitado la de dos años, circunstancia que obligaba a razonar de modo más detallado, conforme acabamos de decir. Por otro lado, ni siquiera se pudo precisar qué instrumentos concretos fueron aquellos que se califican de “muy contundentes”, que no aparecieron en la instrucción del atestado ni después. Parece que el tribunal de instancia se fundó en las lesiones concretas producidas en la cara de Julián. Esta motivación habría sido suficiente, posiblemente, si no hubiera existido esa incongruencia entre la petición fiscal y la condena.

B) En todo caso, y esto es lo importante, no nos encontramos en ninguno de esos supuestos en los que está permitido apartarse de la solicitud de las acusaciones para

imponer una pena superior a la pedida en concreto. La que interesó el Ministerio Fiscal estaba comprendida dentro de los márgenes previstos por el legislador para estos casos del n.º 1.º del art. 148 del CP. El palo y los tubos metálicos flexibles (folio 16, declaración sumarial de Ángel Jesús) o las gomas que dijo Julián en el juicio oral —tubos metálicos dijo la sentencia recurrida— son los instrumentos peligrosos que exige el citado art. 148.1.º para su aplicación. Ha de considerarse expresiones similares a estos efectos hablar de instrumentos peligrosos (art. 148.1.º) o de instrumentos muy contundentes (fundamento de derecho 5.º de la sentencia recurrida). Con esto queremos poner de relieve la racionalidad del Ministerio Fiscal al limitar su petición de pena al mínimo legalmente permitido, máxime si tenemos en cuenta que los tres condenados aquí, los tres resultaron golpeados con una navaja por el mencionado Julián, y uno de ellos en el pecho con un golpe que casi le alcanzó al corazón, razón por la cual se condenó por delito de homicidio en grado de tentativa.

En conclusión, ni hubo motivación suficiente ni había justificación alguna para rebasar la pena en concreto solicitada por el Ministerio Fiscal.

Sentencia 447/2004, Sala de lo Penal del TS, de 5 de abril de 2004

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. CIRCUNSTANCIA ATENUANTE (REPARACIÓN DEL DAÑO)

Arts. 432 y 433 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se centra la sentencia en la delimitación de los supuestos específicamente previstos en los artículos 432 y 433 CP, en el ámbito general de la malversa-

ción de caudales públicos. Aunque se entiende correctamente aplicado el art. 432 CP, la apreciación de una circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño conduce a una solución penológica próxima a la prevista en el art. 433 CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los motivos Segundo y Tercero, por su parte, plantean, con cita del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sendas infracciones legales, de una parte, por la indebida aplicación del artículo 432.1.º del Código Penal, e inaplicación del 433, y, de otra, por la inaplicación del 21.5.ª del mismo Texto legal.

Con carácter general podemos afirmar que el fundamento alegado, común para ambos motivos, supone la comprobación, por este Tribunal de Casación, de la correcta subsunción, en cada hipótesis, de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, reiteradamente citado en las Resoluciones de esta Sala, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia con exclusividad.

Con tales consideraciones como norte, pasemos a examinar, con pormenor, cada una de las infracciones denunciadas, que son:

1) La de la indebida aplicación del supuesto atenuado del artículo 433 del Código Penal, referido a la hipótesis del destino, por la Autoridad o funcionario, de los caudales o efectos puestos a su cargo, a usos ajenos a la función pública.

Dicho supuesto típico adquiere significación propia precisamente por oposición al descrito en el precepto que le precede, y aplicado en este caso por el Tribunal de instancia, que alude a la sustracción, con ánimo de lucro, por el servidor público, de tales caudales, resultando, pues, evidente que el criterio para discernir entre la presencia de uno u otro ilícito no puede ser otro que el del ánimo, o intencionalidad, que mueve al sujeto activo de la infracción, apropiación definitiva, en el primer caso, o simple uso transitorio, en el atenuado, de los caudales objeto de malversación.

Criterio, por otra parte, que se ve definitivamente corroborado por la previsión del párrafo segundo del propio artículo 433, al remitir, de nuevo, a las penas del artículo anterior, cuando "... el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso...", ya que, con ello, estaría resultando incompatible la aplicación de un supuesto caracterizado, como queda dicho, por la transitoriedad o temporalidad de la disposición de los efectos públicos.

Pues bien, teniendo presentes las anteriores consideraciones de orden normativo, ha de tenerse por plenamente fundada la aplicación de los preceptos correspondientes llevada a cabo por la Audiencia, ante el dato del retraso, en varios meses y aunque el proceso aún no se hubiere incoado, en la devolución de lo malversado, lo que serviría de prueba para afirmar que en el ánimo de la recurrente se alojaba la intención de una apropiación definitiva de los caudales distraídos, en el caso de no haberse detectado su ausencia. Y más aún si tenemos en cuenta

la confección de los recibos que se pasaron a la firma del Concejal, en un intento de justificar que esas cantidades habían sido, en su momento, entregadas.

El motivo, por consiguiente, se desestima.

2) La de la indebida inaplicación del artículo 21.5.^a del Código Penal, que contempla la atenuación de la responsabilidad criminal para aquel que proceda a reparar el daño o a disminuir los efectos ocasionados con su ilícita conducta, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Y es que, en este supuesto, en efecto, la acusada, según consta reflejado en los Hechos declarados como probados por el Tribunal de instancia, procedió voluntariamente, a poco de descubrirse la apropiación, a la devolución de la práctica totalidad de lo inicialmente reclamado, en concreto 4.494.040 ptas. del total de 4.616.099.

En tal sentido, como ya recordaba la reciente STS de 17 de marzo del presente año, “Sabido es cómo la antigua atenuante de arrepentimiento espontáneo en el Código Penal de 1995 ha quedado escindida en dos, la 4.^a, para cuando el culpable confiesa la infracción a las autoridades, y la 5.^a, que acabamos de transcribir, para los casos de reparación del daño. Esta sala viene aplicando con generosidad, siempre en beneficio del reo, esta circunstancia atenuante 5.^a de acuerdo con su fundamento que no es otro que el favorecer estas conductas que tan útiles son para las víctimas” (STS de 24 de enero de 2003). Pues “Desaparecida de la atenuante, en su formulación actual, toda referencia al ánimo del autor, destaca de su configuración la atención a la víctima del delito a través de una reparación o disminución del daño que le hubiera sido ocasionado...” (STS de 4 de noviembre de 2002).

De hecho: “... no puede verse en esta atenuante una disminución de la culpabilidad, el hecho de disminuir los efectos del delito se considera, por motivos de política criminal, favorecedor de los comportamientos

posteriores para aliviar la situación de las víctimas” (STS de 16 de junio de 2000).

Se trata, en realidad, de resaltar que la razón esencial de ser, al momento actual, de esta circunstancia de atenuación, no es otra que la del favorecimiento de la reparación de la víctima del delito o del perjudicado con el mismo.

Por lo que cuando, como aquí acontece, quien se aprovechó de los beneficios económicos que deparó la comisión del delito provee a su reparación, razones de fidelidad al espíritu de la norma y de respeto a sus fines de política criminal, tanto como a principios de estricta justicia material, son los que aconsejan la extensión de los efectos atenuatorios de la conducta reparadora, sin inconveniente alguno de parte de ciertos criterios subjetivistas, más propios de una concepción elaborada en torno al llamado “arrepentimiento espontáneo” y hoy ya superada por la propia norma.

La atenuante, por consiguiente, debe ser apreciada. Y apreciada además, a criterio de este Tribunal, con el carácter de cualificada, en orden a las previsiones para la determinación de la pena contempladas en el artículo 66.4.^a (hoy 2.^a) del Código Penal, toda vez que la devolución se produce no durante el procedimiento judicial y antes del acto del Juicio oral, sino, incluso muchos meses antes de incoadas las actuaciones, lo que, en este concreto supuesto delictivo, nos aproxima notablemente, aunque como ya se ha dicho ello no suponga alteración del tipo aplicado por la Audiencia, a la figura descrita en el artículo 433 que, recordemos, conlleva tan sólo las penas de multa y suspensión de empleo o cargo público de seis meses a tres años.

En consecuencia, por las consecuencias penológicas consecuentes a la aplicación a la recurrente de la atenuante, que se derivan de la estimación del motivo, debe dictarse, a continuación, la correspondiente Segunda Sentencia, que acoja las conclusiones relativas a ese extremo así como a la reconsideración en la aplicación de las penas correspondientes a la continuidad delictiva (art. 74 del CP), discutiblemente tenidas en cuenta por

la Sala de instancia y carentes de suficiente fundamentación en su Sentencia, al omitir la consideración del apartado 2 del artículo 74, como, en meritorio ejercicio de su estricta

función de defensa de la legalidad, puso incidentalmente de relieve el propio representante del Ministerio Público, en su Informe en la Vista oral del presente Recurso.

Sentencia 469/2004, Sala de lo Penal del TS, de 6 de abril de 2004

TESTIMONIO DE REFERENCIA.

Art. 710 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Posibilidad de que la presunción de inocencia sea enervada por la declaración de un testigo de referencia habiéndose prescindido de la declaración del menor, víctima de delito contra la libertad sexual.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Debemos hacer alguna consideración acerca de esta última cuestión que sólo lateralmente aparece en el motivo y a la que hace mención el Ministerio Fiscal en su informe impugnando el recurso. Se trata de la posible insuficiencia de la prueba al no haber sido explorados los menores ante el Tribunal.

En los casos en que se trata de menores de corta edad o fuertemente traumatizados según opinión médica, que aparecen como víctimas de delitos contra la libertad o indemnidad sexuales, deben tenerse en cuenta de forma racional las posibilidades que la ley y la jurisprudencia contemplan en orden a la utilización, como prueba de cargo, de los testimonios de referencia, haciendo

compatibles las exigencias de justicia, especialmente las conectadas al derecho a la prueba, al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, con la defensa e indemnidad de los derechos de los menores. Además, debe valorarse la posible incapacidad para declarar derivada de la corta edad de las víctimas, conforme al artículo 417.2 de la LECrim.

La posibilidad de que la presunción de inocencia sea enervada por la declaración de un testigo de referencia ha sido aceptada por la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala, aunque con algunas reservas derivadas de su propia naturaleza, pues imposibilita a la defensa el interrogatorio directo al testigo de cargo e impide al Tribunal la inmediatez sobre la declaración de éste. Ha señalado el Tribunal Constitucional, STC 217/1989, STC 303/1993, 79/1994 y

35/1995, que la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la Jurisdicción Penal pueden tener en consideración en orden a fundar su condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, pero no puede desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral. Producida la prueba corresponderá a la libre valoración de los Tribunales la determinación de su convicción o credibilidad, pues en el fondo su problemática no es distinta a las demás pruebas.

Estos dos supuestos se reducen en realidad a uno solo, pues en los casos de prueba anticipada se recurre válidamente a su reproducción por la vía del artículo 730 de la LECrim., de modo que el testigo de referencia viene a constituir una prueba de refuerzo de otra prueba directa.

Es claro que la fiabilidad o la credibilidad del testigo directo se proyecta sobre el hecho que relata al Tribunal y que según dice ha presenciado. Esto permite tener por acreditado ese hecho, dentro de los límites de la valoración del testimonio, si el Tribunal considera suficientemente fiable la declaración del testigo. Por el contrario, en el caso del testigo de referencia su fiabilidad se proyecta solamente sobre su afirmación respecto a haber oído de otro el relato acerca de un determinado hecho, pero nada aporta respecto a la realidad de este último. De esta forma, el Tribunal puede tener por acreditado que el testigo de referencia dice la verdad cuando afirma que tal suceso le ha sido relatado por un tercero. Pero no puede ignorar que dicho testigo no responde con su palabra, diríamos con su fiabilidad, de la misma realidad de aquel hecho. Y esto dificulta la declaración de aquel hecho como probado, hasta el extremo de hacer necesario en ocasiones algún elemento de corroboración (STS n.º 24/2003, de 17 de enero). En este sentido, la STC n.º 68/2002, de 21 de marzo, citando la STC 303/1993, señala que “aun-

que ‘sea un medio probatorio admisible (con la sola excepción del proceso por injurias y calumnias verbales: art. 813 LECrim) y de valoración constitucionalmente permitida que, junto con otras pruebas, pueda servir de fundamento a una Sentencia de condena, no significa que, por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia’”.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que es contrario al artículo 6 del Convenio, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (Caso Delta contra Francia, 19 de diciembre de 1990; Caso Isgro contra Italia, 10 de febrero de 1991), por lo que la cuestión no se centra realmente en las posibilidades de valorar tal prueba como elemento de cargo, sino en la legitimidad de la causa de su utilización en lugar del testigo directo. La testifical de referencia será, pues, prueba válida cuando sea legítima la sustitución del testigo directo, lo que ocurre en casos de imposibilidad o extrema dificultad de conseguir su presencia en el acto del juicio oral.

El artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza el testimonio de referencia, si bien exigiendo al testigo de esta clase que precise el origen de la noticia. Y el artículo 813 de la misma ley lo excluye en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra. Esta clase de prueba no es rechazable de plano, porque, no excluida su validez por la Ley salvo en los casos referidos, no siempre es posible obtener la prueba original y directa. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala al declarar la validez de los testigos de referencia cuando se haya acreditado la imposibilidad de acudir al testimonio del testigo directo (STS de 12 de julio de 1996 y STS de 10 de febrero de 1997).

Esta Sala ha aceptado que pueda darse excepcionalmente una imposibilidad legal aun concurriendo la posibilidad material de concurrencia del testigo directo al juicio oral. Concretamente cuando se trata de me-

nores de corta edad víctimas de abusos sexuales deben valorarse las exigencias derivadas de la necesidad de proteger al menor, atendiendo primordialmente a su interés. Sin perder de vista los imperativos derivados de la presunción de inocencia, no puede dejar de valorarse la contradicción que supondría pretender la protección del menor persiguiendo criminalmente a quienes lo atacan en alguno de sus más importantes valores como persona, entre ellos los atinentes a su indemnidad sexual, y al mismo tiempo someterlo a actuaciones procesales que pudieran suponer para él una profundización en los posibles traumas derivados de la conducta que se trata de enjuiciar. Esta posibilidad excepcional debe ser examinada con toda ponderación por los Tribunales expresándolo en la sentencia.

En este sentido, en la STS n.º 429/2992, de 18 de marzo, se decía lo siguiente: “Ello no obstante, tanto la doctrina constitucional —SSTC 303/1993, 35/1995 y 97/1997— como la jurisprudencia de esta Sala —SSTS 232/1997, 139/2000 y 335/2000, entre otras— han admitido la posibilidad de que la prueba testifical indirecta sustituya excepcionalmente la directa en caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral. Hay que reconocer que ninguno de estos dos supuestos se daba en el caso hoy sometido a nuestra censura puesto que la menor ofendida por el hecho enjuiciado no declaró —ni de forma hábil para preconstituir una prueba ni de cualquier otra manera— antes del acto del juicio ni consta tampoco que estuviese materialmente imposibilitada de acudir al mismo, pero también es preciso decir que si concurría una causa de imposibilidad legal que fue prudencialmente ponderada por el Tribunal de instancia aunque a ella no se haya referido “*expressis verbis*” en su Sentencia.

La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que es desarrollo tanto del art. 39.4 CE como de la Conven-

ción de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, menciona en el art. 11.2, como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en la protección del menor, “la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal”, y dispone en el art. 12.3 que en las actuaciones de protección ‘se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor’. Más aún, el art. 17 de la misma Ley establece que ‘en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o 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’.”

Y más adelante, en la misma sentencia se recuerda que “la excepcional admisibilidad de que, en supuestos como el presente, los testimonios de referencia puedan sustituir a los directos debe ser entendida como resultado del difícil equilibrio que los tribunales deben procurar entre la necesaria protección de los derechos del menor, la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente reprobables. En la persecución de aquel equilibrio los tribunales deben ser muy rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstancias que justifican la sustitución de unos testimonios por otros, sino también en la crítica de los referenciales y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito”. Esta doctrina ha sido reiterada en la STS n.º 1229/2002, de 1 de julio.

En el caso actual, constan en el acta del juicio oral las manifestaciones de los peritos acerca de los efectos negativos que el interrogatorio de los menores podría producir en ellos. Asimismo, consta la renuncia de las acusaciones y de la defensa a dicho in-

terrogatorio precisamente en atención a aquellos efectos posibles.

El Tribunal de instancia ha tenido en cuenta expresamente en la sentencia impugnada la declaración de los psicólogos que exploraron a los menores, que actuaron no sólo como peritos en cuanto a los aspectos abarcados por su conocimiento profesional, lo que sirve de corroboración a las declaraciones de los padres (STC 41/2003, de 27 de febrero), sino también como testigos de referencia en cuanto refirieron al Tribunal detalladamente las manifestaciones concretas de los menores sobre los hechos enjuiciados. También, ha valorado las declaraciones

de los padres de los menores que asimismo declararon acerca de lo que sus hijos les manifestaron sobre lo sucedido, valorando las coincidencias entre sus versiones a pesar de que no existen relaciones familiares ni de amistad entre ellos, ni tampoco entre los menores, en la mayoría de los casos. Por lo tanto, dentro de las especiales características del caso, consta la existencia de unas pruebas testificales de referencia que aparecen corroboradas no sólo por las coincidencias apreciables entre ellas, sino también por los informes de los peritos psicólogos.

El motivo se desestima.

Sentencia 470/2004, Sala de lo Penal del TS, de 6 de abril de 2004

RESISTENCIA. ATENTADO

Arts. 550 y 556 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Se repasa la doctrina jurisprudencial relativa a la delimitación entre los delitos de resistencia y de atentado, concluyendo la realización de este último en el caso (como sucede en el de autos) de esgrimir un arma frente al agente de la autoridad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En la sentencia de instancia se declara probado lo siguiente: “Al llegar al lugar la patrulla los jóvenes se dispersaron y el acusado corrió en dirección hacia el barrio de Barceloneta, perseguido por el agente NUM000, que iba dando voces señalando

su condición de policía e instando a que parase. Finalmente ambos pararon frente a frente, exhibiendo el agente su placa. El acusado que portaba una de sus manos en el bolsillo repetía ‘no he hecho nada’. Requerido para que sacara la mano del bolsillo del pantalón se negó, por lo que éste le atrapó el brazo, iniciándose un forcejeo entre ambos

y finalmente, pese a la oposición del agente, el acusado sacó de su bolsillo una navaja abierta de unos 8,5 cm de longitud, empuñándola ante el agente, sin que conste que le lanzara golpe alguno o hiciera signo ostensible de usarla. El forcejeo siguió y el agente, auxiliado por otro agente que llegó al lugar logró reducirlo, deteniéndolo.” La sentencia de instancia condena al acusado como autor de un delito de resistencia y argumenta que “la mera exhibición de la navaja, sin que se haya probado acometimiento, al final de una persecución en la que el acusado sólo quería eludir la eventual detención, ha sido considerado por la jurisprudencia como resistencia simple (TS 2.^a 4-5-2001)”.

Frente a la sentencia interpone recurso el Ministerio Fiscal que formaliza un solo motivo de casación al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim. por inaplicación de los artículos 550 y 551.1 y consiguiente indebida aplicación del artículo 556 del Código Penal. Entiende el Ministerio Fiscal que la conducta del recurrente esgrimiendo un arma ante el agente de la autoridad en las circunstancias que se describen en el hecho probado, constituye un acto de intimidación grave, tal como ha entendido la jurisprudencia de esta Sala en casos similares en numerosas sentencias y cita en apoyo de su tesis las STS de 11 de mayo de 1992; 5 de noviembre de 1998; 6 de mayo de 1999; 5 de febrero de 2000; 25 de febrero de 2000 y 30 de octubre de 2000.

Entre las conductas que el artículo 550 describe como constitutivas del delito de atentado a agentes de la autoridad, por todas la STS n.º 840/1998, de 16 de junio, se encuentra el empleo contra los mismos de intimidación grave. La sentencia de instancia entiende que no ha existido acometimiento, que el acusado no lanzó golpes contra el policía, que la conducta probada es de mera exhibición y que no puede afirmarse una conducta activa. Concluye que se trata de una mera resistencia.

Sin embargo, la utilización del arma que se declara probada, “el acusado sacó de su bolsillo una navaja abierta de unos 8,5 cm.

de longitud, empuñándola ante el agente”, no puede valorarse desconectada del resto de circunstancias fácticas que la rodean, especialmente del hecho consistente en que el acusado se resistía a la acción del agente de la autoridad, que forcejeaba con él con dicha finalidad y que el forcejeo continuó tras la exhibición del arma. La exhibición del arma en estas circunstancias, empuñándola ante el agente, no puede tener otra finalidad que tratar de mover su ánimo en dirección opuesta a su intento inicial, es decir, ejecutar un acto de intimidación para impedir la detención del acusado pretendida por el agente. También se declara probado que no lanzó golpe alguno contra el agente, ni hizo signo ostensible de usar la navaja. Sin embargo, la ausencia de estos signos debe valorarse en el sentido de que el acusado no fue más allá del hecho de empuñar el arma ante el agente en el curso de un forcejeo con el que se resistía a la actuación de aquél. De esta forma se excluye el acometimiento, pero no la amenaza con el arma como elemento disuasorio contra la acción policial, pues el hecho de esgrimir la navaja vino acompañado del mantenimiento de la actitud de resistencia, hasta el punto de que el forcejeo siguió tras la exhibición del arma hasta que el acusado fue físicamente reducido por la acción conjunta de dos agentes.

La jurisprudencia de esta Sala, a pesar de la cita efectuada en la sentencia de instancia, se ha manifestado en general en el sentido de considerar que el hecho de esgrimir o empuñar un arma blanca contra agentes de la autoridad como elemento disuasorio frente a su legítima actuación constituye un acto de intimidación que debe valorarse como grave, sin perjuicio de que las circunstancias concretas del caso pudieran variar esta calificación.

Así, entre las citadas por el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso, en la STS n.º 1672/2000, de 30 octubre, después de declarar probado que “el agente introdujo su mano por la ventanilla del vehículo para quitar la llave de contacto, momento en que el acusado cogió un cuchillo de cocina que esgri-

mió frente al agente sin causarle lesión alguna, quien le inmovilizó el brazo, produciéndose así un forcejeo en el que intervino, en ayuda de su compañero, el agente ... quienes redujeron, al acusado”, se dice en la fundamentación jurídica que “difícilmente puede sostenerse que esgrimir un cuchillo contra un agente de la autoridad cuando está en el ejercicio de sus funciones no entraña una intimidación grave”.

En la STS n.º 1872/2000, de 5 de diciembre, se decía que “esgrimir un cuchillo frente a los Agentes que iban a detenerle excede el mero porte del arma para constituir una amenazadora exhibición de ésta, integradora de la grave intimidación como modalidad comisiva del delito de atentado, prevista en el artículo 550 del Código Penal junto a la de acometimiento, empleo de fuerza y grave resistencia activa. No es precisa en ella la intención de ulterior ataque efectivo, sino la de causar grave intimidación a quien se sabe Agente de la Autoridad en el ejercicio de sus funciones”. En este caso, el hecho probado de la sentencia de instancia, relataba, en lo que aquí interesa, que el acusado fue

“interceptado por los Agentes policiales allí presentes, esgrimiendo aquél, frente a uno de ellos, un cuchillo de cocina que portaba consigo, en una bolsa riñonera, y que detenía una hoja, de trece centímetros de longitud, siendo reducido y detenido el mismo finalmente”.

La aplicación de la doctrina expuesta a los hechos que la sentencia declara probados conduce a la estimación del motivo. Efectivamente, la conducta del acusado supera la mera resistencia para constituir un acto de intimidación dirigido a impedir o dificultar la acción legítima del agente de la autoridad, que debe valorarse como grave al emplear para ello un arma blanca de las características que aparecen recogidas en la sentencia de instancia.

El motivo se estima y se dictará segunda sentencia condenando al acusado como autor de un delito de atentado previsto en los artículos 550 y 551.1 del Código Penal, a la pena interesada por el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso, de un año de prisión, accesorias y costas.

Sentencia 479/2004, Sala de lo Penal del TS, de 15 de abril de 2004

PERICIAL PSIQUIÁTRICA

Art. 849.2 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater**

SÍNTESIS

Ponderación de la pericia psiquiátrica apartándose de conocimientos científicos en juicio con jurado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2. (...) el recurrente también ha impugnado la subsunción practicada por el Magistrado-Presidente, en tanto ésta consideró aplicable sólo una atenuante simple (art. 21.6.^a en relación al 21.1.^a y 21.1.^a de la LECr.), excluyendo la imputabilidad disminuida del acusado. En la medida en la que se comprueba que en este punto la sentencia recurrida carece también de una adecuada motivación de la subsunción, la estimación del tercer motivo del recurso tiene preferencia sobre la estimación del primero.

La cuestión planteada se concreta, en realidad, en el cuestionamiento de la racionalidad de la ponderación de la prueba pericial y es desde esta perspectiva que debemos analizar conjuntamente los motivos tercero y cuarto del recurso. Los criterios de la racionalidad de prueba, es innecesario decirlo, son los que se derivan de la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 de la CE, que sin duda rigen también en favor del acusado juzgado por un Tribunal de Jurado. La participación popular en la administración de justicia no implica en modo alguno la disminución de las garantías del proceso penal. Por lo tanto, tratándose de la ponderación de una prueba pericial médico-psiquiátrica, el criterio decisivo se refiere a compatibilidad del juicio del Tribunal con los conocimientos científicos, más que a una cuestión de prueba documental de la especie regulada en el art. 849.2.º LECr.

En efecto, en la sentencia recurrida se afirma como hecho probado que el acusado “padecía en la fecha de los hechos juzgados lesiones consistentes en tumoraciones cerebrales parasagital frontal derecha y malformación vascular central derecha, así como crisis comiciales o epilepsia”. A partir de esta comprobación se llega a la conclusión de que dicho estado mental del acusado no es determinante ni de la inimputabilidad, ni de una disminución de la imputabilidad sub-

sumible bajo el supuesto del art. 21.1.^a CP. Tanto en la sentencia del Magistrado-Presidente, como en la del TSJ se hace una remisión a las pericias obrantes en autos para motivar su decisión. Se afirma en este sentido en la primera de ellas que “a la convicción expuesta se llegó con base, esencialmente, en el resultado arrojado por la prueba pericial sobre salud mental del acusado practicada en el juicio oral (...) concluyendo el Jurado que de la pericia se desprendería que los tumores del Sr. Juan Carlos presentaba en el cerebro a causa de la cisticercosis que padecía, concretamente en el lóbulo frontal, que es la zona cerebral más específicamente responsable de la conducta humana, comportaban una leve limitación de la capacidad de autocontrol de los impulsos, habiéndose pronunciado en tal sentido los Médicos Forenses D.^a Mari Trini y D. Juan Antonio, así como los Doctores D. Luis Manuel y D. José Ramón.”

Tal afirmación no coincide totalmente con lo expresado por el Jurado, el que por su parte, al considerar probado el hecho 7 del objeto del veredicto, sostuvo que se basó sólo en el dictamen de los Dres. Mari Trini y Juan Antonio en tanto afirmaron que el acusado “no presentaba pérdida total de la capacidad de control de sus actos”. El Jurado no explicó por qué no ha tomado en consideración otros dictámenes y el Magistrado-Presidente tampoco explicó por qué tomó en consideración dictámenes no mencionados por el Jurado.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por su parte, también se remitió a los dictámenes expuestos en el juicio oral, de los que transcribió sólo algunas consideraciones, sin exponer las razones por las que no tomó en cuenta otras afirmaciones de los peritos sobre la reducida capacidad de autocontrol del acusado (...)

El análisis realizado por la Sala demuestra que la motivación del jurado carece de todo apoyo en el dictamen pericial que citan y que, en todo caso hacen una afirmación

que no es decisiva a los efectos de la imputabilidad disminuida. Por un lado el Jurado ha omitido considerar las repetidas afirmaciones de tres de los peritos-autores, por lo demás, de los dictámenes más fundamentados presentados en la causa-respecto de la disminución de la capacidad de control del acusado que los médicos han vinculado decididamente con los quistes del lóbulo frontal del cerebro. Es fácil comprender que la capacidad de autocontrol de la persona constituye una cuestión esencial para determinar si el acusado podía comportarse de acuerdo con su comprensión en los términos del art. 20.1.^a CP. Por otro lado, los jurados han dado una respuesta que es claramente incompatible con los conocimientos científicos, dado que estimaron que la afección del acusado no era grave porque “no presentaba pérdida total de la capacidad de controlar los actos” (ver folio 297), afirmación que está contradicha en el dictamen —no objetado por los otros peritos— del Dr. José Ramón, que afirmó su convicción de una reacción en “corto circuito” condicionada por los quistes del lóbulo frontal del cerebro y el estímulo al que el acusado se vio expuesto, aunque esto no se pudiera sostener de una manera categórica. Si tal punto de vista se hubiera podido mantener categóricamente, sólo cabría discutir, como es obvio, sobre la aplicación del art. 20.1.^a CP.

En suma: el Jurado no ha negado que existiera una limitación patológica del autocontrol, sino afirmado que consideraba que dicha limitación no era grave porque no era completa. Esta afirmación cae, en primer lugar, fuera de su competencia, pues la gravedad de la afección es un punto sustancial de la decisión respecto de la subsunción, que por lo tanto corresponde apreciar al Magistrado-Presidente. Pero además, es incorrec-

ta, dado que ni siquiera la incapacidad total de culpabilidad, de acuerdo con el art. 20.1.^a CP requiere la pérdida total de la capacidad de autocontrol que, muy probablemente, sólo se daría en los estados de muy grave afección de la consciencia. Por razones semejantes tampoco podemos compartir la afirmación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (pág. 12) en cuanto viene prácticamente a afirmar que la posibilidad de que la posibilidad de distinguir entre el bien y el mal excluya la capacidad de autocontrol del autor, pues tal punto de vista es manifiestamente contrario al texto del art. 20.1.^a CP.

Sobre la base de lo anterior, resulta claro que el acusado obró con una limitación patológica de su capacidad de autocontrol y ante un estímulo exterior de gran significación. (...)

De todo ello se deduce que en la sentencia recurrida, como en la dictada por el Magistrado-Presidente, sólo se tuvieron en cuenta aspectos parciales de los dictámenes de los peritos que, además, no son los mencionados por el Jurado en su incompleta ponderación, habiéndose omitido ponderar la diversidad de las opiniones de los Dres. Héctor y Felipe con las mucho más sólidamente fundamentadas de los peritos Dres. Mari Trini y Juan Antonio a los que se refirió la breve e incompleta motivación del Jurado. Por lo tanto la decisión negativa referente a la subsunción del caso bajo el tipo del art. 21.1.^a en relación al 20.1.^a CP, es decir, apreciando una disminución relevante de la capacidad de culpabilidad del acusado, es jurídicamente errónea.

Es claro, en conclusión, que asiste derecho a la Defensa en lo referente a la aplicación del art. 21.1.^a, en relación al 20.1.^a, ambos del CP.

Sentencia 503/2004, Sala de lo Penal del TS, de 19 de abril de 2004

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

Art. 579 LECrim.

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

SÍNTESIS

La audición de las cintas con las grabaciones efectuadas en ellas en virtud de las intervenciones judicialmente autorizadas no constituye una exigencia absoluta y siempre obligada para el instructor en orden a acordar prórrogas de aquéllas o nuevas intervenciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En el presente caso, el Tribunal de instancia ha declarado la nulidad de los autos del Juzgado de Instrucción por virtud de los cuales se acordó la intervención de los diversos números de teléfonos afectados en esta causa, así como las correspondientes prórrogas, con la lógica consecuencia de absolver a los acusados en la misma, fundamentando su decisión en forma suficientemente clara, en el FJ 3.º, al decir que “la clave de la decisión de este tribunal”, como puede leerse en el apartado de hechos probados, se encuentra en que, “en el presente caso, se han producido intervenciones telefónicas de varias líneas, de aparatos fijos y portátiles, que luego se han prorrogado”, con la particularidad de que “en las resoluciones que han adoptado el acuerdo de estas prórrogas, no se ha hecho referencia alguna a que la Instructora haya escuchado por sí misma las conversaciones telefónicas interceptadas y grabadas a los imputados, en los momentos previos a dictar el respectivo au-

to”; precisando, además, que la autenticación de las transcripciones de las cintas ha constituido “la última actuación del sumario, y a petición del Ministerio Fiscal”, en cuyo desarrollo el fedatario ha detectado algunos desajustes, de todo lo cual —según se dice en la sentencia— “se desprende (...) que la Instructora no había procedido hasta ese momento a tomar contacto directo con el contenido de las grabaciones, que no fuera la lectura de las transcripciones facilitadas por la fuerza policial, pero sin cotejar por el Juzgado por ver si respondían a lo efectivamente hablado por los interlocutores telefónicos”, por lo cual estima que las intervenciones de autos han carecido del necesario control judicial, que se integra en el contenido esencial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, y que esa ausencia de control “es de por sí apta para integrar una lesión del art. 18.3 de la Constitución Española” (FJ 3.º).

Dos cuestiones plantea fundamentalmente la anterior argumentación: en primer término, la de si realmente la Instructora escu-

chó, o no, las referidas grabaciones antes de acordar las prórrogas correspondientes; y, en segundo término, si dicha audición es siempre precisa para la legalidad y validez de las intervenciones telefónicas. Y, a este respecto, hemos de destacar que, en el relato de hechos probados, el Tribunal “a quo” declara reiteradamente que no consta que la Instructora hubiera escuchado las grabaciones contenidas en las cintas entregadas por la policía, antes de acordar las pertinentes prórrogas de las intervenciones telefónicas. No se dice, pues, que la Instructora no escuchara tales grabaciones, sino, simplemente, que no consta que lo hiciera. Lo cual es cosa bien distinta. Y, como quiera que no está legalmente previsto que en las actuaciones procesales se haga constar con todo detalle la actividad del titular del órgano jurisdiccional (en efecto, nada se hace constar, de ordinario, sobre que el mismo haya examinado las piezas de convicción, o leído el atestado, los informes periciales o los documentos aportados a las actuaciones), debe considerarse suficiente, a los efectos ahora estudiados, que las cintas con las grabaciones autorizadas se encuentren a su disposición; cosa que, en el presente caso, no ofrece la menor duda, dado que, con los oficios solicitando la intervención de nuevos teléfonos o la prórroga de las ya acordadas, la policía hacía entrega al Juzgado de las cintas grabadas previamente, junto con un informe detallado del resultado de la intervención, una relación de las llamadas registradas y la transcripción de las conversaciones que se estimaban más relevantes a los fines de la investigación (v. folios: 10, 12, 29, 31, 60, 123, 137, 141, 145, 244, 248, etc.). Es patente, en consecuencia, que la Instructora ha tenido a su disposición —antes de dictar las resoluciones cuestionadas— las cintas con las grabaciones de las conversaciones intervenidas hasta el momento, junto con los demás elementos de juicio aportados por la policía con sus sucesivas solicitudes, a los que ya hemos hecho referencia; y ello, en principio, es suficiente para estimar que ha existido el control judicial jurisprudencial-

mente exigido y negado por la resolución recurrida.

En todo caso, hemos de afirmar también que la conclusión a que llega el Tribunal de instancia de que el hecho de que la autenticación de las transcripciones de las cintas se llevó a efecto “como la última actuación del sumario”, “y a petición del Ministerio Fiscal” demuestra “que la Instructora no había procedido hasta ese momento a tomar contacto directo con el contenido de las grabaciones, que no fuera la lectura de las transcripciones facilitadas por la fuerza policial”, no puede considerarse conforme a las exigencias de la lógica y a las reglas del criterio humano. En efecto, las referidas diligencias no son incompatibles con la audición de las cintas por la Instructora en el momento en que lo hubiera considerado procedente, dado que la falta de la diligencia de cotejo no podía constituir ningún obstáculo razonable para ello.

No está acreditado, por todo lo dicho, que la Instructora no procediera, en el presente caso, a la audición —total o parcial— de las cintas, antes de acordar las intervenciones y prórrogas de las mismas; pero, además, es preciso decir también que la audición de las cintas con las grabaciones efectuadas en ellas en virtud de las intervenciones judicialmente autorizadas no constituye una exigencia absoluta y siempre obligada para el Instructor que, a falta de una clara obligación al respecto, deberá decidir en cada ocasión, en función de las circunstancias concurrentes, lo que estime procedente sobre este particular.

No es posible, por todo lo expuesto, considerar jurídicamente correcta la apreciación del Tribunal de instancia acerca de estimada falta de control judicial de las intervenciones telefónicas de autos. Consiguientemente, la correspondiente decisión del mismo sobre dicho particular lesiona el derecho del Ministerio Fiscal, como parte acusadora en este proceso, a la tutela judicial efectiva y a la prueba. Procede, por ende, estimar este motivo, declarar la nulidad de la sentencia recu-

rida y remitir las actuaciones al Tribunal de que proceden para que por el mismo se dicte nueva resolución, tras valorar el material probatorio de la causa, sobre la base de la corrección jurídica de las intervenciones telefónicas autorizadas por la Juez de Instrucción, ya que ningún otro defecto distin-

to del relativo al obligado control judicial de las mismas —ya analizado— se ha puesto de manifiesto en el presente caso. Todo ello, sin necesidad de adentrarnos en los argumentos expuestos por el Ministerio Fiscal en su esmerado, bien fundado y minucioso recurso.

Sentencia 499/2004, Sala de lo Penal del TS, de 23 de abril de 2004

**RETROACTIVIDAD DE LA LEY MÁS FAVORABLE. PENAS ACCESORIAS
Arts. 2 y 47 Código Penal**

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

SÍNTESIS

A propósito de un delito de falsedad documental cometido por un Agente de Cambio y Bolsa, se matiza el alcance de la retroactividad de la ley posterior más beneficiosa y se estima correcto suspender al autor, como pena accesoria, del ejercicio de la profesión de notario, cuerpo en el que se han integrado los antiguos agentes de cambio y bolsa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno.—1. En el motivo 7.º, por la misma vía del art. 849.1.º, se plantea otra cuestión puramente legal. Se dice que fue mal aplicado aquí el tan repetido art. 302 CP anterior porque este precepto penal es una norma en blanco para cuya operatividad han de tenerse en cuenta otras de carácter administrativo.

No es necesario profundizar aquí en el concepto de ley penal en blanco, que existe cuando una norma penal necesita para su aplicación ser integrada por normas propias

de otro orden jurisdiccional (administrativo, civil, mercantil o laboral).

Basta decir aquí que el problema que la doctrina viene examinando a propósito de la retroactividad de la ley penal más favorable en relación con estas leyes penales en blanco aquí no se plantea.

Nos dice el recurrente que, como la Ley de Mercado de Valores de 28-7-1988 deroga ciertas disposiciones administrativas anteriores, ello debe afectar a la conducta que observó en su día D. Carlos calificada entonces como delictiva, pero no ahora tras la vigencia de estas nuevas normas reguladoras de nuevo en muy importantes aspectos

de la profesión de los agentes de bolsa que primero quedaron integrados en un cuerpo único con los corredores de comercio y finalmente todos en el cuerpo de notarios, con las correspondientes consecuencias en cuanto a la manera de operar en materia de contratación bursátil.

No tiene razón el recurrente, y ello de modo evidente:

A) La retroactividad de la ley penal más favorable que, como vemos, es el argumento utilizado aquí por el recurrente, ha de operar —para producir efectos absolutorios, que son los aquí pretendidos— únicamente cuando una determinada conducta que aparece castigada en la ley deja de ser punible porque una modificación legal la despenaliza. Esto en modo alguno ha ocurrido aquí. Hacer constar con falsedad un dato relevante por parte de un funcionario, en un documento público u oficial, como lo es el libro oficial de operaciones al contado practicadas en bolsa, era delito antes de la citada Ley de Mercado de Valores y lo es después de ésta. Incluso en el supuesto de que este libro hubiera desaparecido para ser sustituido por otro, incluso si la desaparición se hubiera producido sin sustitución alguna, también subsistiría como punible aquella conducta que fue objeto de sanción en la sentencia recurrida. Queda claro este argumento si pensamos que aún existen esos libros de operaciones al contado, custodiados en el Colegio de Corredores de Comercio donde fueron examinados por los peritos que detectaron las falsedades objeto del presente procedimiento (folio 238 del tomo I) y que todavía cabe certificar de su contenido conforme a lo dispuesto en el antes citado art. 228 del Reglamento aprobado por Decreto 1506/1967, de 30 de junio, y demás normas aplicables ahora a la función notarial que desempeñan en este momento con mayor amplitud los antiguos Agentes de Cambio y Bolsa tras las modificaciones legales antes indicadas y a las que nos referiremos al examinar el motivo 10.^o

B) También es claro que el nuevo modo de actuar en la contratación bursátil y las consiguientes modificaciones en la manera de llevarse los libros por parte de los agentes de bolsa —consecuencia de la informatización del sistema— no pueden tener como resultado, la pretendida despenalización. El que, por ejemplo, no se requiera la presencia física del contratante a efectos de su identificación por el agente o notario no afecta para nada a la forma en que se cometieron las infracciones penales por las que viene condenado D. Carlos: repetidas a lo largo de 108 operaciones diferentes durante unos tres años y todas incluidas en un solo delito continuado en un claro beneficio para el reo. Ningún problema de identificación podía existir en estas circunstancias, máxime siendo el contratante amigo del funcionario mediador.

2. Pero es que, incluso en el caso extremo antes aludido, esto es, si hubieran desaparecido del sistema de contratación bursátil esos libros de operaciones al contado en los que se realizaron las infracciones de falsedad de documentos, tampoco podríamos dar la razón al recurrente conforme se plantea este problema en la doctrina de los últimos años.

Hay que profundizar en la naturaleza y razón de ser de este precepto por el que nuestro CP tradicionalmente viene concediendo eficacia retroactiva a las modificaciones legales que son favorables al acusado o condenado penal (art. 2.2 CP actual y 24 CP anterior), para llegar a la conclusión de que no cualquier modificación de una norma extrapenal con incidencia penal siempre ha de aplicarse cuando pueda ser beneficioso para el reo.

Tradicionalmente el Derecho Penal de los últimos siglos vino negando tal aplicación retroactiva. Pero después, en línea con las tesis humanitarias que han informado esa rama del Derecho se predicó la doctrina contraria, la cual, en todo caso, no cabe aplicar de modo indiscriminado, pues hay que distinguir casos y casos.

Para concretar tal distinción la doctrina ha venido utilizando dos criterios:

1.º Diferenciar los casos en que verdaderamente está justificada esa retroacción en beneficio del reo porque el legislador ha valorado de modo diferente la conducta antes punible que, por tal cambio, queda despenalizada, respecto de aquellos otros en que tal despenalización se produce por razones de cambio en las circunstancias del hecho, que sería lo ocurrido en el caso presente, en que, subsistiendo el criterio del legislador de considerar punibles las falsedades como las aquí examinadas, se habría producido una nueva situación fáctica al haberse suprimido los libros de operaciones al contado o al llevarse éstos de modo diferente como consecuencia de la adaptación del sistema de contratación bursátil a las exigencias de la informatización. Nos parece razonable entender que en estos últimos casos no ha de tener lugar esa retroactividad.

2.º El otro criterio de diferenciación es el que tiene en cuenta si la modificación de la norma extrapenal afecta o no al núcleo del comportamiento delictivo, en este caso si esa supresión del mencionado libro o su nueva regulación tiene algo que ver con el núcleo de la conducta falsaria por la que se condenó. Nos parece evidente que tampoco este segundo criterio puede propiciar un pronunciamiento absolutorio por la pretendida retroactividad.

Hay que rechazar también este motivo 7.º (...)

Duodécimo.—En el motivo 10.º se denuncia, al amparo también del n.º 1.º del art. 849 de la LECrim., infracción de ley, concretamente del art. 47 en relación con el 38

del CP anterior, por su aplicación indebida. Se refiere al hecho de que se le haya aplicado como pena accesoria la de suspensión de la profesión de notario cuando los hechos fueron cometidos en su condición de agente de cambio y bolsa. Como las competencias ahora atribuidas a los notarios son mucho más amplias que las correspondientes en los años 1986 a 1988 a tales agentes, dice que se le ha aplicado tal pena accesoria haciendo una interpretación extensiva o analógica de tales arts. 47 y 38 que limitan la suspensión al cargo público concreto ejercitado por el condenado y del que abusó cuando cometió el delito.

No vamos a detallar aquí la evolución legislativa de los últimos años por la que los agentes de cambio y bolsa pasaron a integrarse primero en el cuerpo de corredores de comercio y después todos ellos en el de notarios, que es el que ejercía D. Carlos cuando se dictó la sentencia ahora recurrida.

Sólo decimos que alcanzó la categoría de notario por haber sido antes agente de cambio y bolsa, y como esta última profesión ya no se ejercita en cuanto tal como funcionario público, estimamos correcta la mencionada pena accesoria impuesta en la sentencia recurrida, ya que probablemente sea la única posible en los momentos actuales y no constituye ni interpretación extensiva ni aplicación analógica de los arts. 47 y 38 CP 73. Hay que tener en cuenta que este art. 38 nos dice que “la suspensión de cargo público privará de su ejercicio al penado, así como de obtener otro de funciones análogas por el tiempo de la condena”. Es decir, como vemos, la analogía está prevista por el legislador como aplicable para delimitar el contenido concreto de esta clase de pena accesoria.

Sentencia 516/2004, Sala de lo Penal del TS, de 27 de abril de 2004

FALTA DE MOTIVACIÓN DE SENTENCIA CONDENATORIA

Arts. 852 LECrim.; 24 y 120.3 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

El incumplimiento del deber de motivar, apreciado en la sentencia condenatoria impugnada, vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia e impide el ejercicio del control casacional sobre la decisión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La representación de Andrés denuncia, en su primer motivo de impugnación, quebrantamiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque —dice— “la sentencia omite ‘ad extra’ toda justificación de las razones que llevan al tribunal ‘a quo’ a declarar probada la intervención (de este recurrente) en los hechos enjuiciados”.

Segundo.—(...) que la Audiencia no ha dado cumplimiento al deber que impone el art. 120.3 CE, refugiándose en una implícita apreciación conjunta de la prueba, que, en realidad, no explica nada acerca del contenido y las peculiaridades de la misma ni sobre el criterio de evaluación utilizado al respecto. De donde resulta que la actividad probatoria, de la que forma parte una pericial compleja y contestada por las defensas, no ha sido objeto del menor análisis.

Como ha declarado esta sala en sentencia n.º 420/2004, de 1 de abril, el art. 24.2 CE, al consagrar la presunción de inocencia como regla de juicio, obliga al juzgador a realizar un análisis racional y explícito del resultado de la actividad probatoria, dotado de la transparencia necesaria para que pueda ser examinado críticamente y para que, si mediase una impugnación, otro tribunal pudiera enjuiciar la corrección del correspondiente discurso. Esto es, comprobar si tiene o no apoyo en una apreciación tendencialmente objetiva de toda la prueba, tanto la de cargo como la de descargo; si se han tomado en consideración todos los elementos de juicio relevantes, justificando los descartes y también la opción de atribuir valor convictivo a los que se aceptan; si no se ha prescindido de forma arbitraria de datos que podrían ser de importancia en el plano explicativo; y, en fin, si todo ese material ha sido ponderado con equilibrio y conforme a máximas de experiencia de validez acreditada.

Según se lee en la sentencia de esta sala n.º 123/2004, de 6 de febrero, el incumpli-

miento del deber de motivar crea una objetiva imposibilidad de operar adecuadamente en esta instancia. Y es que, en efecto, el examen de una sentencia desde la óptica de la casación exige como presupuesto una decisión suficientemente razonada, tanto en lo que hace a la valoración de los datos probatorios como en su vertiente jurídica. De otro modo, este tribunal tendría que subrogarse en el papel del de instancia y examinar el cuadro probatorio de primera mano, lo que, claramente, no cabe.

Pues, en efecto, lo que objetan los recurrentes a cuyas impugnaciones se ha hecho referencia, no es sólo que los informes subsiguientes a las inspecciones aludidas presenten errores, sino también, o sobre todo, que, precisamente por ello, la estimación acrítica del resultado de las mismas habría viciado el razonamiento de la sala de instancia, llevando a ésta a obtener conclusiones que no tienen fundamento racional. Es por lo que este tribunal carece de toda posibilidad objetiva de confrontar la argumentación probatoria de aquélla con las objeciones que se le oponen, a fin de verificar si el correspondiente razonamiento responde al canon de racionalidad exigible. Esto debido a que, como se ha hecho ver, la Audiencia Provincial se ha limitado a recoger en la sentencia,

de la manera más esquemática, su conclusión sobre la prueba, guardando para sí los antecedentes de ese proceso discursivo, desconocido, por ello, tanto para los condenados como para este tribunal, que, en consecuencia, no puede valorarlo a los efectos de esta impugnación.

En los recursos aludidos se alega asimismo infracción del principio de presunción de inocencia. Pues bien, esta denuncia podrá o no ser cierta, pero es algo que tampoco puede saberse a través de la lectura de la sentencia, que es particularmente opaca al respecto. Por lo que la conclusión de que en la misma se ha incumplido el deber de motivar es francamente inobjetable. Y, siendo así, tampoco resulta posible formar juicio en esta instancia sobre la existencia o no de verdadera prueba de cargo que funde la condena.

(...)

En consecuencia, deben estimarse las objeciones de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por defecto de motivación, con devolución de la causa a la Audiencia Provincial, para que reponiendo las actuaciones al momento de dictar sentencia se dé a ésta nueva redacción que incluya motivación suficiente acerca de la prueba de los hechos.

Sentencia 512/2004, Sala de lo Penal del TS, de 28 de abril de 2004

DELITOS CONEXOS

Arts. 17 y 300 LECrim.

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

SÍNTESIS

Con cita de la STS 867/2002 (parcialmente extractada en el núm. 8 de la Revista de Derecho Penal), se pronuncia la Sala sobre la interpretación que ha de hacerse de la regla de la instrucción conjunta de los delitos conexos

prevenida en el art. 300 LECrim. y de la conveniencia de su atenuación en casos como la delincuencia económica o complejos entramados de tráfico de estupefacientes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El motivo inicial, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, reconocido en el artículo 24.2 de la CE, e igualmente la de los artículos 17.1, 2 y 5 y 18.1 y 2, ambos LECrim. El meollo del razonamiento consiste en sostener que la presente causa (instruida por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Martorell) no debió ser objeto de enjuiciamiento independiente sino acumularse a las diligencias previas 1604/2001, convertidas en Sumario 1/2002, seguidas en el Juzgado de Instrucción n.º 1 del Prat de Llobregat, donde se seguía la instrucción por unos hechos más amplios y complejos relativos a tráfico de drogas, siendo una ramificación de los mismos los que han constituido el objeto del presente juicio.

Tal planteamiento excluye de partida la vulneración del derecho constitucional enunciado en la medida que la Audiencia Provincial de Barcelona sería en todo caso el órgano competente para el enjuiciamiento de los hechos. Sólo si como efecto de dicha acumulación se produjese un cambio en la competencia objetiva de dicho órgano podríamos admitir la razón del recurrente.

(...)

Nos queda, por último, la cuestión que se suscita en relación con las normas que sobre conexidad invoca el motivo (artículos 17 y 18 de la LECrim., a los que debería añadirse el 300 del mismo Texto, que precisamente constituye la regla general). Invoca a este respecto el Ministerio Fiscal la STS 867/2002 (caso Banesto), donde efectivamente decíamos que “el artículo 300 de la

Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya advertía, quizá con una pretensión excesivamente simplificadora, que “cada delito de que conozca la autoridad judicial será objeto de un sumario” si bien señalaba, a continuación, que los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso. Esto quiere indicar que el legislador, ha querido concentrar en una sola causa, aquellas conductas que presenten una evidente e indiscutible conexidad a la luz de lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El criterio es el adecuado, cuando los hechos, presentan una incuestionable relación entre sí y su enjuiciamiento, por separado, pudiera dar lugar a sentencias contradictorias. Como se ha señalado por diversos sectores doctrinales, en los casos de la delincuencia denominada económica (de la misma forma que cuando se trata de complejos entramados de tráfico de estupefacientes, debemos añadir), la instrucción conjunta de los delitos, lejos de favorecer el esclarecimiento de los hechos, puede producir un efecto contrario y no deseado. Desde una perspectiva más actualizada que los primitivos textos de la Ley Procesal Penal, la regla séptima del artículo 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que rige para el proceso abreviado (...) concede al juez instructor la posibilidad de formar piezas separadas, cuando resulte conveniente para simplificar y activar el procedimiento, aun en aquellos supuestos, en los que pudiera encontrarse una aparente o real conexidad entre los diversos hechos, si bien existen razones y elementos para juzgar separadamente a cada uno de los imputados.” Ello ha permitido distinguir (STS de 05/03/1993, como recuerda la anterior) entre una conexidad necesaria y otra de conveniencia, que daría lu-

gar a formación de piezas separadas, es decir, es preciso introducir un criterio de funcionalidad, sin merma del derecho de defensa, al objeto de que el enjuiciamiento de hechos perfectamente configurados desde el punto de vista procesal puedan ser objeto de causa independiente. Una cosa es la conexidad consecuencia de hechos indisociables y otra distinta cuando se trata de un mero hilo conductor cuyos puntos de referencia no inciden esencialmente en la identidad penal

de aquéllos, que es lo que sucede en el presente caso. Tampoco desde el punto de vista de la prueba, como veremos a continuación, puede aceptarse el argumento de la conexidad a ultranza, pues los elementos probatorios pueden ser introducidos regularmente en uno u otro juicio teniendo en cuenta las disposiciones procesales que rigen en materia de prueba.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

Sentencia 549/2004, Sala de lo Penal del TS, de 4 de mayo de 2004

VEREDICTO DEL JURADO.

Arts. 845 bis c).a) LECrim.; 61.1.a) LOTJ

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

SÍNTESIS

Aun siendo recomendable, no constituye requisito legal la expresa mención en el acta del número de votos obtenidos por cada propuesta, sino, tan sólo, si ha sido obtenida por unanimidad o mayoría.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Dicho Recurso, que reitera, en lo esencial, los argumentos que ya se expusieron en sustento de la precedente Apelación, se apoya en seis motivos, basados los dos primeros en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el 846.bis.c) a) de esa misma Ley, por indebida aplicación del artículo 61.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y 24.1 de la Constitución Española, al no constar en la correspondiente Ac-

ta de Veredicto el número de votos favorables y desfavorables para cada proposición de las formuladas por el Magistrado Presidente como objeto del enjuiciamiento, (...)

A) respecto de la omisión del número concreto de votos emitidos por los miembros del Jurado, no puede hablarse de incorrecta aplicación del artículo 61.1 de la LOTJ, ya que en el apartado a) de este precepto, que es el que aquí interesa, tan sólo se dispone que, una vez concluida la votación, se extenderá un acta en la que constará un primer apartado "... iniciado de la siguiente

forma: 'Los jurados han deliberado sobre los hechos sometidos a su resolución y han encontrado probados, y así lo declaran por (unanimidad o mayoría), los siguientes...'.’”

Por lo que, como ya se ha dicho en la Sentencia de esta Sala, de 28 de octubre de 2002 “Es indudable que la mayoría cualificada (siete votos) constituye un requisito esencial del veredicto, es decir, forma parte sustancial del mismo, y por ello el artículo 63.1.c) impone al Magistrado-Presidente la devolución del acta al Jurado si apreciase ‘... que no se ha obtenido en alguna de las votaciones sobre dichos puntos la mayoría necesaria’ (con la excepción de aquellas materias que no son vinculantes: concesión al acusado condenado de los beneficios de remisión condicional de la pena y de la petición o no de indulto, a que se refiere el artículo 60.3 de la LOTJ). La Ley no menciona como requisito la expresa mención en el acta del veredicto del número de votos obtenidos por cada propuesta, sino se limita a señalar que deberá constar si ha sido obtenida por unanimidad o mayoría. En línea de principio el criterio más seguro es que sea el propio Jurado quien haga mención en el acta del número de votos conseguidos por cada propuesta, criterio seguido por la Jurisprudencia de esta Sala en S.S. núm. 364/1998, de 11/2003, o núm. 1193/1999, de 19/07, citadas ambas en el desarrollo de los motivos formalizados. Pero dicha regla general no significa que si el Magistrado-Presidente ha apreciado la concurrencia de las mayorías necesarias y no ha acordado la devolución del acta por dicha causa sea ilícito indagar el porqué de dicha conclusión por el Tribunal de Apelación. La norma que impone la devolución es tan diáfana que su incumplimiento por el Magistrado-Presidente es una omisión rayana en el descuido o ligereza. En síntesis, el conocimiento sobre la certeza de un hecho procesal como el presente puede alcanzarse porque sus autores así lo reconozcan (supuesto ordinario) o porque sea concluyente a partir de otros hechos manifestados en la causa (artículo 386.1 de la LEC) y no hay razón alguna para

desconocer esta segunda vía de conocimiento, pues de lo que se trata es de apreciar una sustancia y no una mera formalidad. De esta forma en rigor nada se subsana pues la decisión sustancial (por mayoría cualificada) es y permanece desde su origen.”

En efecto y por consiguiente, aunque resulta de todo punto recomendable indicar a los Jurados la conveniencia de que recojan expresamente en su Acta de Veredicto el resultado numérico concreto de la votación de cada uno de los extremos sometidos a su consideración, reservándose incluso, en los formularios facilitados para la cumplimentación de ese documento un lugar específico para esa consignación, a fin de evitar dudas sobre el adecuado cumplimiento de las normas relativas a las mayorías necesarias, en cada caso, para alcanzar válidamente un determinado pronunciamiento, no es menos cierto el que, en el caso que aquí nos ocupa, no puede plantearse semejante duda toda vez que, además de la constancia, aunque genéricamente reflejada, de la impartición a los Jurados por el Magistrado Presidente de las instrucciones relativas a este extremo y de la incorporación a los documentos facilitados al Jurado para su deliberación del número de votos precisos para cada decisión, no consta protesta alguna de la Defensa ni relativa a carencia alguna en la explicación de cometidos llevada a cabo por el Magistrado ni a la existencia de dudas respecto del debido cumplimiento del régimen de mayorías, cuando el Veredicto fue tenido definitivamente por bueno ya que, no debe olvidarse tampoco pues refuerza nuestro criterio, la escrupulosidad del Presidente, en el examen del cumplimiento de las normas procesales hizo, incluso, que, en una primera ocasión, el Veredicto fuera devuelto a los jurados para la subsanación de defectos.

Por todo ello, ni cabe hablar de infracción legal, ya que el precepto mencionado no exige expresamente que se haga constar el número concreto de votos en cada caso, ni puede suponerse que el Tribunal no respetó los criterios legales acerca de las mayorías

necesarias, a la vista de la rectitud de la conducta procesal del Presidente y de la ausencia de protesta alguna de las partes, ni de la

Defensa ni, tan siquiera, del Ministerio Público, como obligado a velar por el respeto debido a la legalidad.

Sentencia 540/2004, Sala de lo Penal del TS, de 5 de mayo de 2004

COAUTORÍA

Art. 28 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater**

SÍNTESIS

Se precisa en la sentencia el alcance de la coautoría, negando la exigencia de un acuerdo previo y estableciendo los términos en los que el coautor tiene que representarse la actuación de los demás coautores.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primera.—(...)

2. Es preciso aclarar que la Defensa esgrime ciertas consideraciones sobre la coautoría que son conceptualmente erróneas. En efecto, para determinar la coautoría es irrelevante que deba existir un acuerdo previo formal. La coautoría, por el contrario exige sólo una realización o ejecución conjunta del hecho típico. Esa realización conjunta, por otra parte, no depende de cómo se inició la pelea, ni del conocimiento de la causa de la misma, toda vez que la realización del tipo de matar a otro no depende de si la víctima inició la pelea o de la causa de la misma o del conocimiento que tuviera el coautor de si el otro coautor llevaba con anterioridad el arma en el coche. La realización conjunta del hecho sólo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos

en función de una finalidad objetiva común manifestada en los hechos.

El núcleo argumental de estos motivos, en suma, se concreta en la afirmación de que el recurrente no pudo tener conocimiento del apuñalamiento de la víctima por el otro partícipe. Dicho de otra manera: todo el argumento se basa en la negación del dolo por ignorancia de los hechos que determinan la responsabilidad del otro. Es claro que a tales efectos la Defensa debería haber invocado la infracción del art. 14.1 CP. Sin embargo, al alegar la infracción del art. 5 el motivo del recurso queda claro. Es innecesario recordar aquí la cercanía conceptual del dolo con el dominio del hecho, inclusive funcional, dado que sólo pueden ser dominados los hechos que se conocen.

El argumento de la falta de dolo y en particular del conocimiento de la acción del otro partícipe se basa en el carácter “sorpre-

sivo, inesperado e imprevisto” del apuñalamiento respecto de la víctima que se consigna en los hechos probados. Se considera que si éstas eran las características del ataque, el recurrente no pudo saber que su acción se sumaba a la del otro partícipe. Este argumento es compartido por el Fiscal, quien lo desarrolla con total nitidez, cuando sostiene que “con esa descripción no parece que este recurrente se apercibiera de la llegada del coacusado armado, y a la vista de la intención de su compañero decidiera sumar su acción”.

El Tribunal Superior de Justicia, por su parte, se apoyó en otro aspecto del hecho probado que el recurrente no cuestiona y al que el Ministerio Fiscal en su agudo dictamen no ha concedido la misma relevancia. Se trata del pasaje en el que se dice: “a la misma vez, Ángel, mientras Gonzalo utilizaba el cuchillo, golpeaba con puños y pies a Luis María, tras lo cual volvieron los dos acusados a introducirse en el coche”. En este sentido dice el TSJ que “nos hallamos ante una situación de violencia y acometimiento en la que, mientras uno de los dos agresores utiliza un cuchillo de grandes dimensiones causando graves heridas a la víctima, el otro, a la misma vez y mientras eso ocurre, la golpea con puños y pies hasta que ambos sujetos deciden regresar al coche en el que viajaban y ausentarse del lugar de los hechos” (Fundamento Jurídico segundo, p. 5).

La Sala estima que el razonamiento del TSJ es correcto. En efecto, el carácter repentino del ataque no es incompatible con su permanencia en el tiempo. Brevemente dicho: el ataque es repentino y sorpresivo para víctima, pero no es puntual. Por lo tanto ha tenido una duración en la que el recurrente no puede no haber tomado conocimiento del mismo, pues él mismo estaba actuando sobre el cuerpo de la víctima durante el tiempo que duró la agresión de apuñalamiento. Si es posible conjeturar que el recurrente puede haberse visto sorprendido por el inicio de esta acción del otro partícipe, lo cierto es que éste no sólo aplicó a la víctima una puñalada, sino que repitió con al menos

otras dos, que le infligió en la espalda y en el corte que le produjo en la cara y ello tuvo una mayor extensión temporal que la actuación puramente puntual. De allí se deduce que no puede haber ignorado el comportamiento contemporáneo del otro coacusado.

La consecuencia es clara: no es posible alegar la ignorancia de la acción del otro y ello deja incólume el carácter doloso del hecho, dado que quien actúa sabiendo lo que hace y con consciencia del peligro que comportan sus actos obra dolosamente. Ciertamente que el recurrente no sólo basa su argumentación en la falta de conocimiento, sino también en la falta de voluntad. Pero, en la medida en la que el autor conociendo los hechos, no obró bajo ninguna clase de coacción, su voluntad no puede ser puesta en duda.

Es preciso hacer referencia también al punto de vista del Fiscal respecto de que el recurrente no se encontraba en una situación “que le convierta en garante” de impedir la acción del copartícipe. Desde el punto de vista de los delitos impropios de omisión, sin embargo, no estaría fuera de discusión la posición de garante de un coautor en el caso en otro de los coautores perciba que se incrementa esencialmente la intensidad del ataque sobre la víctima. Sin embargo, esta cuestión es ajena al presente caso, pues al recurrente se le imputa haber obrado activamente. Es claro que el TSJ no ha pretendido responsabilizar al recurrente por haber omitido impedir la acción del otro, sino por “sumar su acción violenta a la del otro”. Es en esta circunstancia donde el Tribunal “a quo” ha entendido poder fundamentar el dominio funcional del hecho, por haber entendido que el acusado “goza[ba] de la posibilidad de interrumpir o influir en el desarrollo del hecho”, pero no ha fundado en esta circunstancia la infracción de un deber de garantía.

El criterio con el que el TSJ ha fundamentado el dominio funcional del hecho, es de todos modos muy estrecho desde una cierta perspectiva y demasiado amplio desde otra. No sólo en la posibilidad de interrumpir la realización del hecho se da el do-

minio funcional del hecho. En realidad, quien retirando su participación impide la ejecución ya tiene el dominio de la acción y no sólo el dominio funcional del mismo. Asimismo quien sólo puede influir no tiene necesariamente el dominio funcional del hecho.

Lo que determina la coautoría en su aspecto objetivo —como se ha resaltado en la doctrina— es el carácter esencial de la cooperación dentro de la decisión común. Por

tal razón, la sentencia recurrida es correcta en los resultados, a pesar de la discutible caracterización de los criterios de la decisión, toda vez que el sumarse al apuñalamiento con puñetazos y patadas implica una cooperación importante y esencial en el conjunto del hecho, ya que disminuye todavía más la posibilidad de defensa del sujeto pasivo agredido con un arma y que se encuentra desarmado, acrecentando, de este modo, las condiciones para que el coautor obre sobre seguro.

Sentencia 614/2004, Sala de lo Penal del TS, de 12 de mayo de 2004

LEGÍTIMA DEFENSA

Art. 20.4 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se aprecia legítima defensa en la conducta de responder con arma blanca una agresión con igual medio, entendiéndose que el dolo homicida no es incompatible con la mencionada eximente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

La primera consideración que debemos hacer es que el dolo homicida no es incompatible con la eximente de legítima defensa, sino que uno y otra pueden coexistir porque ni siquiera el “animus necandi” o intención deliberada y específica de quitar la vida al ilegítimo agresor, excluye necesariamente la “necitas defensionis” que fundamenta la eximente, por lo que habrá de atender en

cada supuesto de hecho a las circunstancias de todo tipo que concurran en el suceso y, especialmente, a la gravedad de la agresión injusta y los bienes y valores jurídicamente tutelados sobre los que aquélla se proyecta, así como a la respuesta del injustamente agredido, ponderando los factores fácticos y anímicos como elementos básicos para establecer la racionalidad o adecuación de esa respuesta.

Como señala la STS de 3 de junio de 2003, la jurisprudencia, asumiendo la pre-

dominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un “animus defendendi” que, como dice la Sentencia de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor (“animus necandi”), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además insito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo. El agente debe obrar en “estado” o “situación defensiva”, vale decir en “estado de necesidad defensiva”, necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados.

Partiendo de esta base, debemos ahora examinar el requisito legal de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la ilegítima agresión que, según la doctrina jurisprudencial de esta Sala, constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto el Código en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio

sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva “ex ante”.

En este sentido se pronuncia, entre otras, la STS de 17 de noviembre de 1999, al destacar que el art. 20.4 CP no habla de proporcionalidad de la defensa o del medio empleado, advirtiendo que la palabra “proporcionalidad” no ha sido empleada por el legislador, pues éste ha partido de una clara distinción entre defensa necesaria y estado de necesidad. Lo que la ley expresamente requiere para la defensa es la “necesidad racional del medio empleado” para impedir o repeler la agresión. Esta necesidad hace referencia a la defensa que sea adecuada (racional) para repeler la agresión y defender los bienes jurídicos agredidos; en modo alguno entre los resultados de la acción de defensa y los posibles resultados de la agresión debe existir proporcionalidad. Sólo excepcionalmente, cuando la insignificancia de la agresión y la gravedad de las consecuencias de defensa para el agresor resulten manifiestamente desproporcionados, cabrá pensar en una limitación del derecho de defensa (los llamados límites éticos de la legítima defensa). Y, así, se reitera el criterio de que la acción de defensa necesaria debe ser considerada desde una perspectiva “ex ante”. Es decir, el juicio sobre la necesidad se debe llevar a cabo a partir de la posición del sujeto agredido en el momento de la agresión.

Podemos concluir, afirmando que contra el injusto proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del impres-

cindible rechazamiento de la arbitraria acometida, sin repudiables excesos que sobrepasen la necesaria contrarrestación. En la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima, y, en general, sus condiciones personales, posibilidad de auxilio con que pudiera contar, etc.; sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés, pues —cual ha resaltado la jurisprudencia— dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir fríamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión (véase STS de 14 de marzo de 1997 y las que en ella se citan).

Cuarto.—Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado, y siempre desde el más absoluto respeto a los datos fácticos de la declaración probatoria, el motivo debe ser estimado. En efecto, la reacción defensiva del acusado ante un ataque tan injusto como inesperado por parte de Juan Manuel, que clavó al ahora recurrente en el estómago un arma blanca produciéndole, y el dato es especialmente significativo de la gravedad de

la injustificada e ilegítima agresión, una herida de cuatro centímetros de ancho y diez de profundidad, según figura con vocación fáctica en la fundamentación jurídica de la sentencia, “ante lo cual el procesado, temiéndolo por su vida y con ánimo de defenderse” repelió la ilegítima agresión en la forma que se describe en el “factum”, no cabe considerarla falta de racionalidad o de proporcionalidad (adecuación) en el escenario circunstanciado en que se produjeron los hechos por el mero dato de que en la situación indubitada de “necesitas defensionis”, y ante una agresión de la entidad y gravedad como la sufrida, el acusado respondiera con tres golpes de navaja al agresor, máxime si advertimos que en la narración fáctica no consta dato alguno de que el agresor se hubiera desprendido del arma utilizada tras acuchillar a Mauricio o, en cualquier forma, hubiera mostrado su intención de cejar en la agresión.

Por lo expuesto, cabe concluir declarando que, efectivamente, la sentencia impugnada ha incurrido en infracción de ley al no aplicar la eximente completa de legítima defensa del art. 20.4 CP, razón por la cual aquella debe ser casada y anulada en lo que al delito de homicidio intentado se refiere sin necesidad de examinar los restantes motivos, dictándose una segunda por esta Sala en la que, por los razonamientos consignados, se aprecie la concurrencia de la circunstancia eximente completa de legítima defensa y, por ende, se absuelva al acusado de referido delito, manteniéndose el fallo condenatorio en relación con la falta de hurto que no ha sido objeto de impugnación.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 152/2003, AP MADRID, Sec. 1.ª, de 6 de mayo de 2003

APELACIÓN DE SENTENCIA ABSOLUTORIA FUNDADA EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Art. 790.3 LECrim.

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Araceli Perdices López**

SÍNTESIS

Si la sentencia absolutoria se basa en pruebas de carácter personal y en la apelación no se practicaron nuevas pruebas, no puede el Tribunal revisar la valoración de las practicadas en primera instancia cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción. Por eso se confirma el fallo absolutorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Pues bien no existiendo dudas respecto a que la conducta del condenado fue de una gran imprudencia al cruzar por donde lo hizo y sin percatarse de si en ese momento estaban circulando vehículos, creando al ha-

cerlo un riesgo imprevisible para los conductores que pudieran circular por la vía, no cabe establecer que existiera un comportamiento descuidado en la forma de conducir del Sr. Salvador que hubiera contribuido concausalmente, y en mayor o menor medida, a la producción del resultado lesivo, lo que impide que se pueda dar cabida a la figura conocida como de concurrencia de cul-

pas, —la cual por lo demás y como recuerda la STS de 17 de octubre de 2001, cuando existe tiene su incidencia en el orden civil de la responsabilidad, pero rara vez en el orden penal, ya que cada uno de los culpables concurrentes han de ser juzgados por separado según su participación en el hecho y su nivel de responsabilidad—, y aún más que se pueda condenar en esta segunda instancia a Salvador por una falta penal de la que fue absuelto en la primera, máxime si tenemos en cuenta que procesalmente no es posible por lo que a continuación se dirá.

(...)

De ahí que hayamos afirmado que en la apelación de sentencias absolutorias, cuando aquella se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción (STC 167/2002 de 18 de septiembre, FJ1). Consiguientemente, se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías cuando el tribunal de apelación que ha de resolver un recurso frente a una sentencia absolutoria, revisa y corrige la valoración y ponderación realizada por el Juez de primera instancia de las declaraciones del acusado sin respetar los principios de inmediación y contradicción”.

En idéntico sentido la STS 200/2002 de 28 de octubre, en relación a pruebas de carácter personal —declaración del acusado y testifical— insiste en que “el respeto por la Audiencia Provincial de los principios de inmediación y contradicción, que forman

parte del derecho a un proceso con todas las garantías, impedía que valorase por sí misma pruebas practicadas sin observancia de esos principios ante ella, y corriese con su propia valoración la del órgano a quo”.

Es decir nos encontramos con que conforme a esta nueva doctrina aquellas sentencias en que se decreta la absolución en virtud de la valoración que realizada el juez “a quo” de las pruebas de carácter personal practicadas a su presencia, sólo pueden ser objeto de un fallo revocatorio y condenatorio en la segunda instancia, si el resto de la prueba de carácter no personal lo permite, o si esa prueba personal —declaraciones de los acusados y de los testigos— se vuelve a reproducir ante el Tribunal de apelación para que éste pueda valorarla bajo los principios de inmediatez y contradicción, y puesto que ni se ha propuesto prueba alguna, ni el art. 790.3 de la LECrim permite la práctica en la segunda instancia de otras pruebas que no fueran aquellas que pedidas por partes, no se hubieran podido proponer en la primera instancia, que propuestas hubieren sido indebidamente denegadas, o que admitidas, no se hubieren practicadas, nos encontramos en el supuesto de autos, con que al margen de las pruebas de carácter personal —las declaraciones del recurrente y de los dos conductores— no susceptibles en esta instancia de una valoración distinta a la alcanzada por el juez “a quo” por no estar sometidas a los principios de inmediación y contradicción, el resto de la prueba practicada no permitiría tampoco llegar a una conclusión distinta a la alcanzada en la sentencia recurrida, que se ha de confirmar.

Sentencia 451/2003, AP MADRID, Sec. 17.ª, de 7 de mayo de 2003

PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM” EN LA CONDUCCIÓN BAJO INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS

Art. 379 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Orland Escámez**

SÍNTESIS

La Administración debe abstenerse de concluir el expediente administrativo sancionador cuando se están tramitando diligencias penales, pero si se procedió a sancionar ello no impide la condena penal, porque en el primero se estudia la conducción con una tasa de alcohol en sangre superior a la permitida y en el segundo la conducción bajo la influencia negativa del alcohol.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Segundo.—(...)

(...) supuesto en el que la autoridad administrativa impuso una sanción al recurrente por conducir con una tasa de alcoholemia superior a la reglamentariamente prevista y, con posterioridad, hubo un pronunciamiento penal condenatorio por delito contra la seguridad del tráfico.

(...)

En primer lugar por cuanto que en el fundamento jurídico primero ha de hacerse mención que el hecho objeto de sanción administrativa y el hecho considerado ilícito penal no son equiparables. El primero de ellos es la conducción con una tasa de alcohol superior a la permitida en el Reglamento General de la circulación; el segundo, y de mayor trascendencia, es la conducción bajo la influencia negativa de las bebidas alcohólicas que no viene identificado, como hasta la saciedad se dice en multitud de resoluciones penales, por conducir con una tasa superior a la permitida legalmente sino por poner

en grave peligro la seguridad del tráfico rodado, con riesgo para personas y bienes.

Compartimos la afirmación de que la autoridad administrativa no respetó la preferencia de la actuación de los órganos penales conforme específicamente viene establecido en el art. 73 y art. 74 de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial tras la modificación del R. D. legis. 339/1990 por la Ley 19/2001, y que el acusado pese a conocer la pendencia del procedimiento penal abonó el importe de la multa administrativa impuesta. Y no se diga que tuvo posterior conocimiento del procedimiento cuando fue detenido el mismo día de los hechos como presunto autor del delito por el que finalmente ha sido condenado.

Discrepamos sin embargo de cualquier decisión penal que incida directamente en el procedimiento administrativo. Por ello se va a modificar la parte dispositiva de la sentencia de instancia en cuanto ordenaba la remisión del importe de la multa satisfecha por parte de la autoridad administrativa, notificando, eso sí, a dicha autoridad la presente

resolución a los efectos oportunos en ese ámbito.

(...)

(...) se suprime de la parte dispositiva de dicha resolución la orden de remisión de la

cantidad percibida por el Ayuntamiento de Madrid por la sanción administrativa impuesta acordando en su lugar remitir testimonio de la resolución judicial a los efectos administrativos oportunos.

Sentencia 22/2003, AP SEVILLA, Sec. 3.ª, de 8 de mayo de 2003

EL ABUSO DE CONFIANZA Y LA ESPECIAL GRAVEDAD DE LA DEFRAUDACIÓN EN EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

Arts. 250.6.º y 7.º Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Paz Malpica Soto**

SÍNTESIS

Reitera la sentencia la doctrina jurisdiccional de que en la apropiación indebida va ínsito un abuso de las relaciones penales entre el autor y el sujeto pasivo del delito, lo que impide su apreciación como circunstancia agravante específica.

Examina igualmente la posible concurrencia de la especial gravedad de la defraudación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Primero.—(...) Miguel Ángel era (...) en la sucursal de Sevilla (...) de la entidad Lauren Vídeo S.A., (...) Entre las funciones que desempeñaba, estaban la visita a los clientes, la formalización de los pedidos de cada uno de los clientes, y el cobro de los citados pedidos, recibiendo como remuneración un tanto alzado y una comisión de un tanto por ciento de las ventas que realizaba, no sólo en Sevilla sino también en el resto de las provincias de Andalucía, pues el Sr. Miguel Ángel ejercía sus funciones en toda la región.

En el desempeño de estas funciones tenía libre disposición para el cobro en metálico, cheques, talones, pagarés, letras de cambio, etc., que posteriormente debía remitir a la Central de Barcelona, siendo ésta la que enviaba directamente a los clientes los pedidos realizados.

En el período comprendido entre mayo y junio de 2000 Miguel Ángel, aprovechando la disponibilidad que tenía sobre los cobros que efectuaba por los pedidos realizados, dispuso en su propio beneficio de las cantidades que había recibido, mediante la entrega de pagarés nominativos a favor de la entidad Lauren Films Vídeo Hogar S.A., que

se endosó a sí mismo, imitando la firma del representante legal de dicha entidad, ingresando los mismos en sus propias cuentas bancarias, pagarés entregados por las entidades clientes de su empresa que a continuación se especifican:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Quinto.—No concurren en el presente caso el tipo agravado previsto en el número del artículo 250, y debe ser rechazada la pretensión en tal sentido esgrimida por la acusación particular de la concurrencia del tipo agravado de abuso de relaciones personales, porque como ha señalado reiteradamente doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo, al vertebrarse el núcleo del injusto en la apropiación indebida precisamente alrededor del quebranto de la confianza, su apreciación impide la de la circunstancia agravatoria señalada, pues de otro modo se incidiría en un “ne bis in idem” proscrito en nuestro Derecho, así STS de 18 de octubre de 1996 y 5 de mayo de 1997.

Debiendo añadirse que el número 7 del artículo 250 del Código Penal de 1995, no estaba previsto en la fecha en que ocurren los hechos, siendo de un plus en el aprovechamiento de la relación de confianza en que, toda apropiación indebida lleva consigo STS de 26 de banco de 1998, 3 de enero de 2000 y 28 de abril de 2000.

No concurre tampoco, el tipo agravado 6 del artículo 250 del Código Penal, pues esta agravación requiere además de un determinando valor de lo defraudado, la concurrencia y acreditación en juicio de una multiplicidad de exigencias típicas que no se cumplen en el supuesto objeto de enjuiciamiento, así la entidad del perjuicio, que debe ser importante y acreditarse y la situación económica en que deje a la víctima o a su familia, motivos estos por los que la única parte acusadora en este proceso, no ha subsumido la conducta del acusado en este tipo agravado, aun a pesar de que la cuantía defraudada es superior a 30.000 euros, STS de 9 diciembre de 1997 y 12 de abril de 1999.

Sentencia 239/2003, AP VALENCIA, Sec. 2.^a, de 8 de mayo de 2003

EL CONCEPTO DE “TRATAMIENTO MÉDICO O QUIRÚRGICO” A EFECTOS PENALES

Art. 147 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

Recoge la sentencia de la Audiencia una completa exposición de las diferentes líneas jurisprudenciales sobre la interpretación que deba darse a la expresión “tratamiento médico o quirúrgico”, pues son numerosos los casos fronterizos en los que, del sentido que se atribuya a las palabras, dependerá que la imputación penal se verifique a título de delito o de falta de lesiones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Y respecto a la concurrencia del delito o falta de lesiones, resulta importante determinar si el concreto régimen terapéutico a que fue sometido el lesionado tiene o no consideración de tratamiento médico desde el punto de vista legal, y recordando la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, hay que exponer las grandes líneas jurisprudenciales sobre la interpretación de tal tratamiento:

“Una primera, que atiende al dato del número de sesiones médicas (es decir, de contactos del médico con el paciente) que se necesitan para curar al lesionado, y otra que, partiendo del sentido gramatical del término tratamiento, lo cifra en el esquema que la ciencia médica establece para la curación de un paciente. La primera corriente, que arranca de la sentencia de 28 de febrero de 1992, se expresa en una fórmula que ha sido literalmente seguida por otras muchas posteriores (SSTS de 13 de julio, 17 de noviembre de 1993, 2 de marzo y 3 de junio de 1994, etc.) tratamiento médico es la acción prolongada más allá del primer acto médico, que supone una reiteración de cuidados que se continúa por dos o más sesiones hasta la curación total. Parte esta teoría de la premisa de que para la curación de cualquier lesión grave se precisa la intervención del médico sobre el paciente más de una vez; es decir, mide la gravedad de la lesión por el número de sesiones que el médico tiene que realizar sobre el enfermo; si es una sola, la lesión será leve; si son varias, será grave. Sobre el número de sesiones que, con posterioridad a la primera, se necesitan para que exista delito, tampoco hay un criterio unánime, pues mientras las sentencias citadas exigen al menos dos sesiones más hasta la curación total, hay otras que requieren sólo una segunda intervención.

La segunda teoría considera tratamiento médico la planificación de un esquema mé-

dico de curación hecha por un titulado en medicina, y la subsiguiente prescripción del régimen o conducta a observar que se hace al enfermo (con receptación, o establecimiento de pauta, en su caso, de la medicación oportuna), o las acciones realizadas directamente por dichos facultativos sobre él, con el fin de recuperar la salud o para tratar de reducir las consecuencias de la lesión, su empeoramiento o una complicación posterior de cierto riesgo (SSTS de 26 de febrero, 1 de julio y 3 de noviembre de 1992).

Existe por último una tercera posición, no autónoma sino complementaria de las anteriores, que afirma que el tratamiento médico no depende del número de actos de intervención que haya tenido un médico, sino de la naturaleza de la intervención, que debe revelar una gravedad mínima de la lesión que permite aplicar la pena prevista para el delito, en consonancia con el principio de proporcionalidad (14 de febrero y 14 de marzo de 1994).

La primera teoría acabó por decaer porque, influida por el adverbio “además de...”, que utiliza deficientemente la redacción legal, reduce el problema a una cuestión de número o cantidad, y simplificando el sentido de lo que es tratamiento médico, lo hace sinónimo de asistencia o asistencias médicas, convirtiéndolo en una o varias más. Se advierte en esta teoría, con claras reminiscencias del anterior sistema legal, un intento de resolver el problema acudiendo a un puro criterio de número: antes eran los días que tardaba en sanar el lesionado, y ahora son las sesiones médicas que se precisan para alcanzar la curación. Sucede, sin embargo, que el tratamiento médico no se compone necesariamente de uno o varios actos del médico sobre el paciente. Pueden existir éstos, cuando el sistema de curación así lo precise; pero puede que no, cuando el régimen, una vez prescrito, pueda y deba ser cumplido exclusivamente por el enfermo sin tener

que acudir a sesiones médicas. Pensemos, por ejemplo, en el sistema de sanidad de algunas fracturas de huesos que curan mediante una simple inmovilización del miembro, sin necesidad de posterior rehabilitación. A pesar de ser lesiones graves, en muchos casos el único contacto que, en el proceso curativo, el paciente mantiene con el médico es el primero aquel en el que se le coloca la férula o vendaje fuerte. Y no cabe sostener, para tratar de salvar las conclusiones de la criticada teoría, que en estos casos existirá al menos una segunda intervención médica, aquella en la que se le quita la férula al lesionado, porque ese acto, además de carecer de contenido curativo, es una acción no autónoma sino meramente residual del hecho médico primero, en el que debe integrarse a efectos numéricos. Además, con la evolución y perfeccionamiento de la ciencia médica, cada vez será más factible que el facultativo comprima y aplique en un primer momento todos los posibles cuidados, no siendo necesarias otras posteriores intervenciones. El segundo concepto de tratamiento médico sí es válido. Desde el punto de vista de la disciplina médica, supone el conjunto de sistemas o regímenes abstractamente ideados por la ciencia para la curación de cada concreta lesión. Desde el punto de vista del médico actuante, consistirá en la aplicación individualizada de esos conocimientos, mediante la prescripción de un régimen o conducta a observar por el enfermo. Y desde el punto de vista del paciente, supondrá el sometimiento a un sistema planificado de curación, que se prolongará necesariamente durante un espacio de tiempo más o menos duradero. Ahondando más en este concepto: Si consultamos cualquier tratado de medicina curativa, veremos allí sintetizados y expuestos los distintos tratamientos que la ciencia y la experiencia médicas han ido ideando a lo largo de la historia, y que son objeto de continua revisión. Algunos son muy simples y se agotan en un único acto, produciendo la curación del enfermo sin necesidad de ulteriores intervenciones, de ingestión de fármacos o de sujeción a

pautas de comportamiento. Pero otros, los más, someten al paciente, durante un tiempo mayor o menor, a una serie de intervenciones médicas, a la toma de diversos productos, o le suponen simplemente una serie de limitaciones en su modo normal de funcionar. Esa suma de conocimientos será luego aplicada individualizadamente por un médico a un caso concreto, prescribiendo al lesionado el régimen de curación. Y ese régimen, para que constituya tratamiento, deberá actuar durante un espacio de tiempo más o menos largo, pues si la sanidad se logra nada más emplearse los primeros cuidados, aunque técnicamente sea también tratamiento, desde el punto de vista legal tendrá la consideración de primera asistencia facultativa.

Resulta indiferente, a efectos jurídico-penales, que ese tratamiento se prescriba de modo pleno desde el principio, o se vaya completando en sucesivos momentos; que se continúe hasta la curación total; o se vaya cambiando en función de la reacción del enfermo; que la actividad curativa la realice directamente un médico, vigilando y estableciendo personalmente las pautas del tratamiento en el curso del periodo de sanidad de las lesiones, o se encomiende su ejecución a un auxiliar sanitario (así, inyecciones por vía venosa o actividades de cambio de curas, vendajes, aplicación de o antiinflamatorios, etc.), o incluso se imponga al propio paciente. Y es que el tratamiento médico no tiene necesariamente que consistir en prescripciones muy técnicas o sofisticadas, sino en las precisas para la curación de la lesión concreta que padece el enfermo, pudiendo ser algunas de ellas muy simples, como inmovilizaciones de miembros, recetas de medicinas con una pauta de administración que se encomienda al paciente, tratamientos tópicos con pomadas o líquidos, o seguimiento de una conducta como seguir cama, reposo de un miembro, etc.”

Cuarto.—Aplicando la anterior doctrina al caso de autos hemos de concluir que la prescripción médica llevada a cabo, según

los informes médicos que obran en autos revelan hechos que integran el concepto típico de tratamiento médico que supusieron la sumisión del paciente a un sistema médico de curación que se prolongó en el tiempo, ya que, reiterando la anterior doctrina resulta indiferente que aquella actividad la realice un médico, como un auxiliar sanitario o se imponga al propio paciente. Consta en las actuaciones la documentación —según lo

expuesto— sobre la asistencia de urgencia del denunciante, y el informe al respecto prestado por el médico forense donde se precisa que requirió asistencia sanitaria inmediata para estudio clínico radiológico, cura tópica y sutura simple, con profilaxis antiinfecciosa. Posteriormente precisó control médico evolutivo hasta la retirada de los puntos.

Sentencia 222/2003, AP MADRID, Sec. 15.ª, de 12 de mayo de 2003

CONDENA POR CONDUCCIÓN BAJO INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS

Art. 379 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro**

SÍNTESIS

La sentencia revoca la absolución dictada en la instancia porque en la primera sentencia se consideraba probada la concurrencia de todos los elementos del tipo a pesar de lo cual absolvía porque no existía infracción administrativa previa que determinara un peligro concreto. El tipo es de riesgo abstracto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

MOTIVACIÓN

(...) observamos que, por una parte, el juez acoge como cierto en el relato de hechos probados que el acusado había ingerido con anterioridad a la detención del vehículo bebidas alcohólicas, que los agentes le apreciaron síntomas de dicha ingesta, y que la pericia practicada con el etilómetro arrojó un elevado resultado positivo: 1,19 miligramos de alcohol y 1,21 miligramos de alcohol por litro de aire espirado. Pero no

sólo eso, sino que, ya en la fundamentación jurídica, también declara probado que presentaba como síntomas, a tenor de la prueba testifical practicada, un fuerte olor del aliento a alcohol, ojos enrojecidos y dificultad para mantener la verticalidad.

(...) con tales síntomas (...) el juzgador de instancia, incoherentemente y de forma incomprensible, acaba concluyendo en su relato fáctico que no está acreditado que la ingesta de alcohol mermara las facultades

del acusado para la conducción, conclusión que se aparta de las más elementales máximas de la experiencia.

En efecto, es obvio que una persona con la sintomatología referida (...) y con un índice de alcoholemia tan elevado como el que se ha expuesto, tiene las facultades psicofísicas notablemente mermadas y no se halla por lo tanto en condiciones idóneas para conducir un vehículo de motor.

(...)

(...) La lectura de la sentencia nos revela que la conclusión errónea del juzgador se fundamenta en el siguiente razonamiento: la referida sintomatología “no es prueba objetiva y suficiente” para hablar de “influencia peligrosa” en la conducción porque el acusado no fue denunciado por ninguna infracción de tráfico y porque los agentes no concretaron la conducción irregular anómala y extraña del acusado.

La lectura del núcleo del razonamiento utilizado por el juez para absolver revela que a pesar de constarle datos inequívocos sobre la influencia del alcohol sobre la capacidad psicomotriz del conductor y la consiguiente merma de ésta, acude, entremezclando de forma incorrecta criterios jurídicos y probatorios, a una conclusión evidentemente errónea.

(...) el juez, tras acoger como hechos probados unos datos que abocan inequívocamente a un resultado probatorio sin duda incriminatorio para el acusado, impone como premisa para no asumirlo la exigencia de que previamente el conductor tenía que haber incurrido en alguna infracción de tráfico. Tal requisito es obvio que en modo alguno aparece impuesto por el texto punitivo para condenar por el tipo previsto en el art. 379. Y también establece en la sentencia como requisito para la condena que tenía que haber evidenciado alguna anomalía concreta en su forma de conducir. Esta condición tampoco aparece recogida en la dicción del precepto.

Analizados tales requisitos impuestos, por el criterio jurídico del juzgador y no por

la norma penal, se llega a la obvia convicción de que el juzgador ha establecido como presupuestos imprescindibles para la condena dos condiciones de naturaleza jurídica que no exige el tipo penal: la primera le lleva a no considerar válido para fundamentar el tipo penal el resultado de un control preventivo de alcoholemia, por haberse practicado sin una infracción de tráfico o una anomalía en la conducción que permitiera justificar la pericia realizada con el etilómetro; y la segunda, cifrada en concebir el tipo penal del art. 379 como un delito de peligro concreto y no como un delito de peligro abstracto.

En lo que atañe a la primera cuestión, ante tal argumentación del juzgador de instancia ha de replicarse que el hecho de que en el momento de la detención el acusado no fuera realizando maniobras bruscas o irregulares con el vehículo es compatible con que tuviera sus facultades psicofísicas notablemente mermadas y que, por lo tanto, no se hallara en condiciones aptas para conducir. (...)

(...)

Con ello nos adentramos en el análisis de la segunda premisa errónea de que parte el juez de lo penal para dictar un fallo absolutorio: el considerar el tipo penal del art. 379 como un delito de peligro concreto. (...) No se requiere, por tanto, la existencia de un resultado de peligro concreto ni tampoco de lesión. Ello no quiere decir que pueda hablarse de delito de peligro presunto, pues ha de concurrir siempre un peligro real, aunque genérico o abstracto, caracterizado por la peligrosidad “ex ante” de la conducta, pero sin necesidad de que ese peligro se materialice en la afectación de bienes jurídicos singulares. (...)

En el supuesto enjuiciado es claro que esa peligrosidad real abstracta o genérica sí existió, pues el acusado pilotó el vehículo, con sus facultades psicofísicas mermadas por el alcohol, por una vía pública donde en cualquier momento podía impactarse contra

un vehículo que se desplazara correctamente por la calzada.

En consecuencia, resulta incuestionable que se dan en el presente caso los requisitos del tipo delictivo que se le imputa al acusado, por lo cual ha de revocarse la absolución impugnada y acoger la tesis condenatoria que postula el Ministerio Fiscal.

(...)

(...) tampoco se comparte la aplicación del principio de intervención mínima para

apoyar la sentencia absolutoria. (...) tal como ya tiene declarado el Tribunal Supremo, el principio de intervención mínima puede ser postulado en el plano de la política criminal, tratando de orientar al legislador hacia una restricción de las conductas que deben merecer una respuesta penal; pero una vez tipificada una conducta como delito por el legislador democráticamente legitimado, la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirada por el principio de intervención mínima sino por el de legalidad.

Sentencia 252/2003, AP VALENCIA, Sec. 2.ª, de 13 de mayo de 2003

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES: CESIÓN ILEGAL DE MANO DE OBRA

Art. 499 bis Código Penal 1973 (art. 312.1 Código Penal)

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

Aun cuando la sentencia concede que la cesión de mano de obra fue ilegal, revoca la condena del Juzgado de lo Penal, por entender que no alcanzaba relevancia penal al no ser la conducta idónea para restringir los derechos de los trabajadores.

Debe observarse, no obstante, la no coincidencia del tipo objeto de aplicación en la sentencia con el vigente art. 312.1 Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...)

Finalmente, cabe decir que la Ley 14/94 de 1 de junio procedió a regular las Empresas de Trabajo Temporal, es decir, los contratos de puesta a disposición por entender con los países centrales de la Unión Europea, firmantes como España del Convenio

96 de la OIT, que su actuación cuando se desarrolla de forma controlada, lejos de perjudicar a los trabajadores por ellas contratados puede canalizar un volumen muy importante de empleo, cuya especialización e inmediatez en la respuesta, no puede ofrecerse a través de los mecanismos profesionales. La ley fue seguida del RD 4/95 y por el RD Legislativo 1/95, de 24 de marzo que

modificó en esta línea permisiva el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores, estableciéndose en definitiva una regulación con la previsión de sus infracciones (el art. 96.2 considera muy grave la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente) y correspondientes sanciones en el ámbito administrativo laboral. Lo que evidencia con mayor claridad que, aun existiendo la cesión ilegal, tan sólo cuando de modo malicioso la acción presente idonei-

dad para lesionar los derechos de los trabajadores o, en los términos del art. 499 bis, se restrinjan o supriman los beneficios laborales, se dará el supuesto de la máxima ilicitud que es la penal.

Y como en nuestro caso no se dan, según lo expuesto, ni los elementos objetivos ni subjetivos requeridos por el tipo penal aplicado, procede estimar el recurso interpuesto, absolviendo a los acusados del delito de referencia.

Sentencia 142/2003, AP VALENCIA, Sec. 4.ª, de 17 de mayo de 2003

DELITO SOCIETARIO: DISPOSICIÓN FRAUDULENTA DE BIENES SOCIALES.

Art. 295 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Tomás y Tío**

SÍNTESIS

El acusado autorizó a un cliente del Banco en el que aquél trabajaba a disponer de fondos sin esperar a que transcurriera el plazo de consolidación. La sentencia de la Audiencia confirma la absolución que pronunció el Juzgado de lo Penal, argumentando sobre el carácter intencional del tipo que viene en consideración.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: “el acusado Luis Pedro desempeñó el cargo de [...] de la Agencia (...) del Banco (...) desde el mes de enero a agosto de 2001, siendo además [...] de la entidad en virtud de escritura otorgada el 4/012/97. Durante dicho período y en la confianza que tenía en el cliente Jon le autorizó a que en su cuenta (...) pudiera disponer de fondos sin esperar a que trans-

curriera el plazo de consolidación. De esta manera el cliente dispuso de 39.928.632 millones de pesetas procedentes de cheques y pagarés entregados al banco para su compensación que resultaron impagados, sin que el cliente haya procedido a devolver a la totalidad del dinero recibido.”

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Sin perjuicio del resto de las cuestiones que pudieran plantearse sobre la

naturaleza y alcance del delito societario, cuya aplicabilidad se pretende por la vía del art. 295 del CP, la cuestión esencial que debe resolverse, como presupuesto imprescindible para continuar evaluando la comisión del delito antedicho por el acusado, es la de la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico que el propio tipo viene exigiendo a través de la incorporación tanto de la expresión “con abuso de las funciones”, como más categóricamente de que “dispongan fraudulentamente”, con la consecuencia del perjuicio directamente causado, evaluable económicamente, a determinados individuos de aquélla. Además de los atinados razonamientos que en la Sentencia combatida se recogen, no puede desconocerse que el dolo, como elemento subjetivo, es una cuestión escondida en lo más íntimo, por lo que, salvo que lo exprese el acusado, habrá que deducirlo de vías indirectas, como son las circunstancias que rodean el hecho. En el presente, han depuesto diversos empleados de la entidad, todos ellos bien cualificados, a presencia de este Tribunal, afirmando el auditor interno del Banco que la operativa 1905, de la que se sirvió el acusado para favorecer la entrega de los importes a cliente, no estaba autorizada por el Banco, si bien podía ser autorizada por la Dirección Regional y por motivos comerciales, siendo eliminada definitivamente después de estos hechos, siguiendo las recomendaciones del Banco de España. El [...] Regional de las oficinas del Banco precisó que conoció los

hechos cuando el acusado le llamó diciendo que le habían estafado y que, aunque la operativa utilizada no era habitual, algunos directores autorizaban a disponer de saldos no consolidados bajo su responsabilidad e incluso que llegaron a utilizarse disposiciones de hasta sesenta millones de las antiguas pesetas. Por su parte, el responsable del servicio de recuperaciones de la propia entidad, cuando fue avisado de lo ocurrido, descubrió que el acusado estaba consternado por ello e incluso intentó arreglar las consecuencias de aquella operación con el Sr. Jon, a quien se le había autorizado la operación, sin llegar a producirse la reposición, no obstante lo cual tampoco se han iniciado acciones penales ni civiles contra el mismo. Finalmente, tanto el [...] de la Agencia que precedió en el tiempo al acusado, como la Interventora de la misma, asumieron y confirmaron que en ocasiones se autorizaban disposiciones sin consolidar, aunque no fuera práctica habitual, y que en ningún caso requerían la autorización de la superioridad, si bien solían reducirse a cantidades inferiores.

Cuarto.—Ante tales manifestaciones, debe llegarse a la conclusión de que resulta difícil estimar que la conducta del acusado haya podido realizarse bajo la exigencia del fraude o malicia, que no ante la negligente conducta determinante del desplazamiento patrimonial.

Sentencia 247/2003, AP MADRID, Sec. 1.ª, de 22 de mayo de 2003

SE CONSIDERA NEGATIVA A REALIZAR LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA SU PRÁCTICA INCORRECTA

Arts. 20.2, 21.1, 379 y 380 Código Penal.

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Araceli Perdices López**

SÍNTESIS

La sentencia considera probado que, a pesar de no constar en autos el grado de impregnación alcohólica, existen pruebas suficientes que acrediten la existencia de la ingesta previa de bebidas alcohólicas y la influencia en la conducción. Se considera también negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia no realizar la misma de manera efectiva utilizando subterfugios o actitudes simuladoras.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—(...)

(...) condenar y condeno (...) delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas y de un delito de desobediencia a los agentes de la autoridad, concurriendo en la ejecución del segundo delito la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de embriaguez.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Ciertamente no se dispone del grado exacto de alcoholemia que tenía el encartado al haber impedido él mismo con su conducta la práctica de un test de alcoholemia, y haberse negado a someterse a un análisis de sangre, pero tal circunstancia no impide que se pueda acreditar la embriaguez que tenía por otras vías. (...)

Los Guardias Civiles le apreciaron olor a alcohol en el aliento, ojos velados, pupila dilatada, rostro enrojecido, habla pastosa y deambulación vacilante, síntomas que si bien aislados no podrían inducir, por su aparente equivocidad, a sospecha alguna, manifestándose juntos dan a entender a cualquier observador con normal experiencia vital, que se está ante alguien influenciado por el alcohol, no ofreciendo ninguna duda la realidad de la sintomatología detectada, desde el momento en que los Guardias Civiles fueron coincidentes en su exposición, y que no consta que conocieran previamente al encartado o que mantuvieran algún tipo de relación anterior con él que pudiera enturbiar la fiabilidad de su testimonio.

Independientemente de que la causa que motivó el requerimiento de la Guardia Civil para la práctica de la prueba de determinación alcohólica fuera un control preventivo de alcoholemia y no la previa observación de una conducción anómala en el acusado, no por ello puede deducirse que no exista

prueba de la influencia del alcohol en la conducción y del consiguiente peligro para la seguridad del tráfico, pues no sólo la referida influencia puede inferirse únicamente de datos objetivos, como la tasa de alcohol y la conducción anómala, sino también por la existencia de otros medios probatorios como son, en este caso, los síntomas externos ya referidos que constan en el atestado, ratificado en el acto del plenario, y que le fueron detectados por los agentes actuantes, evidenciadores, unos, como el olor de su aliento, de la ingesta de alcohol, y otros, como la deambulación vacilante y el habla pastosa, de su influencia negativa en las facultades físicas del conductor, poniendo sin duda con su conducta en riesgo la seguridad del tráfico, al tener un estado de alteración en sus facultades psico-físicas que impide asumir que se encontrara en las debidas condiciones para responder a los imprevistos que pueden surgir con motivo de la circulación, lo que permite tener por acreditados los elementos del delito del art. 379 del Código Penal.

Segundo.—Tampoco cabe admitir que se haya producido una indebida aplicación de los arts. 380 y 556 del Código Penal debido a una errónea apreciación de la prueba practicada.

(...)

En el supuesto de autos existió un requerimiento formal realizado por unos agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones al conductor de un vehículo para que realizase una prueba de alcoholemia tendente a determinar si conducía bajo la influencia de bebidas alcohólicas. A través de la prueba testifical y documental practicadas, queda constatado que el acusado fue informado de cómo se tenía que hacer la prueba, y de las consecuencias penales en que podía incurrir si no la realizaba.

El encartado mantuvo que sopló en el etilómetro tantas veces como le pidieron, pero lo cierto es que el aparato no arrojó resultado alguno, ni positivo ni negativo, al interrumpirse siempre las mediciones, lo que aconteció porque pese a que aquél aparentó soplar, no insufló la necesaria cantidad de aire, conclusión a la que se ha de llegar a la vista del testimonio prestado por el Guardia Civil NUM001 que declaró que el conductor “no ponía interés en hacer la prueba” y por el NUM000 según el cual esta persona “cortaba el soplido”, coincidiendo ambos agentes en apuntar que mientras lo hacía, su hermano, que estaba presente, le decía que no soplase porque lo que querían era una prueba para multarle. Puesto que no hay constancia alguna de que el etilómetro estuviera estropeado —de hecho uno de los agentes apuntó que el aparato funcionaba bien y se siguieron haciendo pruebas con él—, ni aparece acreditado que el acusado, pese a que manifestó tener problemas respiratorios padeciera alguna enfermedad o insuficiencia respiratoria que le impidiera o dificultara expulsar aire, no cabe duda de que lo que hizo fue simular soplar pero sin llegar a insuflar la cantidad de aire necesaria para hacer funcionar el etilómetro.

El término “someterse” que emplea el Legislador en el art. 380 del Código Penal implica que una persona tenga que soportar cierto comportamiento, de forma que la negativa se da tanto cuando el sujeto activo omite desde el inicio la actividad impuesta negándose de manera expresa y directa a su realización, como cuando la aborda pero de modo tal que mediante subterfugios o actitudes simuladoras efectúa una práctica defectuosa que evita su cumplimiento, caracterizándose ambos supuestos por la presencia de una voluntad rebelde frente al requerimiento legítimo del agente de la autoridad.

Sentencia 305/2003, AP VALENCIA, Sec. 2.ª, de 4 de junio de 2003

ASOCIACIÓN ENTRE EMPRESAS: ALZAMIENTO DE BIENES

Art. 257 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan José Zapater Ferrer**

SÍNTESIS

Acoge la Sala la argumentación del Fiscal en el sentido de que el alzamiento de bienes exige conceptualmente unas deudas líquidas y exigibles cuyo pago se trata de burlar maliciosamente por el deudor mediante el desapoderamiento de elementos de su activo patrimonial. En el presente supuesto se trata de un caso de asociación, unión o colaboración entre empresas tal como destaca el fundamento jurídico que seleccionamos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Octavo.—La acusación también estima que por parte de los querellados se ha cometido un delito de alzamiento de bienes. El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones absolutorias, hizo constar que no existía deuda líquida y exigible. Evidentemente la acusación discrepa porque cada una de las cantidades supuestamente cobradas por los acusados determina la existencia de una apropiación. Todo ello responde a la apreciación del querellante: si los acusados son empleados y todo lo que cobran deben entregarlo a su principal, de no hacerlo pueden cometer este delito, olvidando que se trata de una asociación, unión o colaboración de empresas con aportación de elementos productivos por parte de ambas, que habían desarrollado actividad durante dos años, y que causas imputables a una u otra o a ambas se ignora al final cómo quedaron las cuentas, como se reconoce por el querellante (50% de ganancias o pérdidas). Del delito de alzamiento de bienes se acusa únicamente a Ernesto. Éste soli-

citó expediente de suspensión de pagos, no de la empresa “Díaz-Grau” sino de Ernesto, para según interpreta la acusación “blindar su patrimonio”. El Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Sueca de 3 de junio de 1999, declara la suspensión de pagos provisional por ser el activo superior al pasivo. En la relación de acreedores (folio 882) no se encuentra al querellante. Es cierto que el convenio fue muy favorable, una quita del 90%, y además con anterioridad se habían producido cesiones de créditos por “Banca da” (el 50% a “Inmobiliaria de la Valldigna” por “Banco de Sabadell”, también por el mismo porcentaje a Miguel (hermano del acusado), así como también a “Taberagro”, sociedades pertenecientes a familiares del acusado, y que, por lo tanto, se convirtieron en acreedores. Todos ellos prestaron declaración y según la misma su finalidad fue ayudar al suspenso. La Acusación claramente denuncia una confabulación de muchas personas para “montar la suspensión de pagos”, y todo ello con el fin de defraudar a “Camilor”, que no es acreedor por deuda líquida y

exigible, y además no consta la insolvencia del deudor requisito del alzamiento de bienes. Los acreedores que pueden estimarse perjudicados por el expediente de suspensión de pagos están legitimados para ejercitar las acciones que crean oportunas, pero es

difícil de sostener en perjuicio que todo ello haya podido ocasionar al querellante si el patrimonio de uno de los socios de "Díaz-Grau" ha reducido sus deudas en un 90%. Los hechos tampoco son constitutivos del delito de alzamiento de bienes.

Sentencia 303/2003, AP MADRID, Sec. 4.ª, de 10 de junio de 2003

ACTUACIÓN DE LAS ASEGURADORAS EN LOS JUICIOS DE LESIONES POR IMPRUDENCIA

Art. 764.3 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Fabiá Mir**

SÍNTESIS

Se niega legitimación para recurrir la sentencia condenatoria a la Entidad Aseguradora por no poder entrar a valorar los pronunciamientos penales recogidos en ella.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido específicamente reconocido por el Tribunal Constitucional para las entidades aseguradoras del ramo del automóvil (vid. P. ej. SSTC 4/1982, 155/1994, 114/1996 o 48/2001), al establecer que, para condenar a una compañía aseguradora como responsable civil directa o subsidiaria, con base en la existencia de una póliza de seguro obligatorio o voluntario, es en todo caso necesaria la audiencia de la misma, salvo que no exista oposición alguna, aunque el alcance del derecho de contradicción puede ser limitado al peculiar objeto indemnizatorio o de resarcimiento.

Ahora bien, la STC 19/2002, de 28 de enero, recuerda que el derecho y el interés

de las compañías de seguros se limita a la obligación de pagar la indemnización y, por ello, a discutir tal obligación en relación con una regular vigencia del contrato de seguro, y que, en consecuencia, son ajenas a las compañías las cuestiones penales planteadas como objeto del juicio, e incluso la citada sentencia va más allá y añade que dentro de los límites cuantitativos del seguro obligatorio (56 millones de pesetas —336.366,78 euros— por daños corporales y 16 millones de pesetas —96.161,94 euros— por daños materiales) la actuación de las aseguradoras debe limitarse a lo previsto en el artículo 784.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En este caso, los límites cuantitativos arriba indicados no han sido superados en la resolución recurrida, y, de acuerdo con la

doctrina antes desarrollada, se debe negar legitimación a la compañía “Mapfre Mutua- lidad de Seguros” para recurrir los pronun- ciamientos (ya sean penales o civiles) de la

sentencia apelada y, consecuentemente, pro- cede desestimar el recurso formulado por dicha aseguradora, sin entrar a conocer del fondo de la impugnación.

Sentencia 150/2003, AP VALENCIA, Sec. 4.ª, de 10 de junio de 2003

EL PAGO EXTEMPORÁNEO Y FORZOSO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA NO EXTINGUE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR ABANDONO DE FAMILIA

Art. 227 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Megía Carmona**

SÍNTESIS

A la vista de los despachos de ejecución civil, la acusada, que venía obli- gada a pagar una pensión alimenticia a su hijo, acabó pagando la deuda. La sentencia del Juzgado de lo Penal, con fundamento en el carácter fragmenta- rio y residual del Derecho Penal, absolvió a la acusada. La Audiencia acuer- da que tal carácter debe ser ponderado por el Juzgador, revocando la senten- cia y condenando a la acusada por haber realizado la conducta típica.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Sintéticamente, el represen- tante del Ministerio Fiscal, a modo de coda de su recurso, se pregunta si... “el pago ab- solutamente extemporáneo y forzoso —a la vista de los despachos de ejecución civil— extingue la responsabilidad penal”.

Se han aceptado los hechos de la senten- cia, que por no atacados han devenido fir- mes, de los cuales resulta que, ineluctable- mente, la denunciada estuvo nueve meses sin pagar la pensión, a la que venía obligada por resolución judicial que conocía y, ade- más, conociendo que el juzgado civil le ha- bía denegado la solicitud de legitimar la sus- pensión, que unilateralmente había decidido

la acusada al marchar su hijo al servicio mi- litar, por medio de providencia en la que se le hacía saber que el único camino para la suspensión era el incidente de modificación de medidas, debiendo hacerse notar también que la obligación de pago de pensión fue dejada definitivamente sin efecto por la sec- ción décima de esta Audiencia el día 3 de febrero de 2002, por sentencia que confirmó otra anterior del Juzgado de Primera Instan- cia 3 de Torrent.

Comoquiera que, en parte de manera for- zosa por vía de apremio y en parte de mane- ra voluntaria, al día de la celebración la can- tidad debida estaba pagada, la sentencia, en- tendiendo que más que un impago estamos ante un retraso del pago al carácter fragmen-

tario y residual del Derecho penal, y con sobrada argumentación, absuelve a la denunciada del delito del artículo 227 del que venía acusada.

Que el Derecho penal es así, no cabe duda. Pero no puede dejar de afirmarse con rotundidad que también es un Derecho sancionador de conductas típicas. Y lo es dejar de pagar la pensión alimenticia, algo que viene impuesto por un Juez civil y se hace en interés de la familia y los hijos del obligado, que no precisa más que del conocimiento de la existencia de esa obligación, desde luego ejecutiva, para hacer todo cuanto esté en su mano para cumplirla sin necesidad de intimación, pues la obligación paterina de alimentar a sus hijos es la primera de la especie humana, sin que pueda usarse, en supuestos como el que nos ocupa y para negar la existencia del delito, el carácter residual del Derecho penal, concepto que está dirigido al legislador en evitación de la ab-

soluta criminalización de las conductas humanas, pero que no puede ser utilizado por los tribunales más que como elemento de interpretación, con absoluto cuidado en la búsqueda de encaje de la cuestión sometida en las varias especialidades de la jurisdicción, pero nunca como elemento decisorio para excluir de la incriminación típica una conducta que, de plano, rellena todas las previsiones de una disposición penal.

(...)

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Penal y la revocamos y dejamos sin efecto; y, por el contrario, declaramos que debemos condenar condenamos a María.

Sentencia 187/2003, AP VALENCIA, Sec. 4.ª, de 19 de junio de 2003

ABSOLUCIÓN POR ATROPELLO DE PEATÓN QUE CRUZA POR LUGAR NO PERMITIDO

Art. 621.3 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Megía Carmona

SÍNTESIS

Los hechos carecen de relevancia penal porque el peatón cruza la vía por lugar no permitido y no puede exigirse al conductor que extreme el deber de cuidado hasta el punto de prever lo imprevisible.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...) problema de los límites entre los que debe encuadrarse toda incrimi-

nación culposa, dada la gran relevancia político-criminal que implican las figuras de imprudencia. Existen al respecto dos posturas muy distintas; las de los que postulan la

incriminación genérica de toda imprudencia en base al primado de la tipicidad, y de la antijuridicidad, y las que, al partir de carácter fragmentario del Derecho penal, las delimitan basándose en la innecesariedad de la pena, en la posibilidad de buscar el remedio a un daño producido a través de vías más adecuadas, o en una concepción de la exigibilidad de la conducta más acorde con el principio de la responsabilidad por el hecho. Es en base a esta segunda postura que una condena por imprudencia exige, no sólo la posibilidad lógica de la incriminación, sino también la posibilidad jurídica derivada de, entre otras cosas, del necesario desvalor de la conducta realizada.

(...)

Cuarto.—Pues bien, de todo ello no puede dejar de extraerse la conclusión de que el conductor denunciado circula por una vía interurbana, de Oliva a Gandía a la altura de Guardamar, y, en un momento dado, y por donde no lo espera, por mucho que la vea al llegar a la mediana, surge una peatón que se detiene en una mediana o isleta allí existente y cuando el peatón piensa que se va a detener allí, reinicia el cruce, tal vez incitada por su marido que ya había cruzado y se interpone en la trayectoria del vehículo conducido por el denunciado, y en un lugar en que no existe paso de peatones, produciéndose un atropello que ocasionó lesiones a la peatón. Por mucho que se exarcebe el deber de cuidado, incluso hasta extremos absolutos, lo que en el derecho de circulación no puede conseguirse nunca por incidir en la circulación de vehículos también otros principios como son el de la confianza y de la seguri-

dad, que impiden lo absoluto, no puede entenderse como podía prever la recurrente lo que es imprevisible; no cabe pensar que la apelante podía esperar que por medio de una carretera, cuando va circulando, le va a salir alguien sin mirar, más aún cuando un momento antes se ha detenido en el centro de la carretera. Y como no lo puede prever no infringió deber de cuidado alguno por lo que no puede exigírsele por la vía de la imprudencia responsabilidad alguna, por lo que el recurso ha de desestimarse por cuanto en la búsqueda de la culpabilidad efectiva y adecuada para la producción del resultado dañoso no puede afirmarse que en el actuar del denunciado actuar penalmente relevante por el que debe responder, por lo que no cabe en esta jurisdicción otra sentencia que no sea la absolutoria que viene dada, lo que no supone en modo alguno que se esté afirmando ningún genero de culpa en el actuar de la lesionada pues no es éste el objetivo de un procedimiento penal; sólo se enjuicia la conducta del denunciado. Esto serán cuestiones a dilucidar en un futuro juicio civil de muy probable surgimiento.

Quinto.—En consecuencia y siendo la sentencia absolutoria y tratándose lo enjuiciado de un hecho derivado de la circulación de vehículos y a los efectos reparadores del hecho cubierto por el SOA, por el juez “a quo” deberá dictarse el auto de cuantía máxima que se establece en el artículo 10 de la Ley de RC y S en C de V de Motor estableciendo que como indemnización de daños y perjuicios pueden reclamar los perjudicados por las lesiones y daños sufridos por la víctima del accidente con cargo a la compañía aseguradora del vehículo por el denunciado.

Sentencia 59/2004, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 21 de mayo de 2004

ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO POR ANALOGÍA

Art. 21.4.º y 6.º Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Paz Redondo Gil**

SÍNTESIS

Recuerda la sentencia de la Audiencia la doctrina jurisprudencial de que la atenuante por analogía debe reunir, al menos, los requisitos básicos para ser estimada como atenuante. Aplica la resolución que seleccionamos esta idea a la confesión del delito cometido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Respecto a la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de atenuante por analogía, prevista en n.º 6 del artículo 21 del Código Penal que solicita la defensa se aplique como muy cualificada, alegando para ello que el acusado se reconoció autor de los disparos y colaboró con la justicia incluso aportando pruebas para el esclarecimiento de los hechos objeto de autos, no cabe su aplicación en el presente caso y ello en primer lugar porque habrá que entender que la analogía a la que se alude es con la atenuante prevista en el n.º 4 del artículo 21 de dicho texto punitivo, es decir la denominada atenuante de arrepentimiento espontáneo, admitiendo la jurisprudencia tal analogía, siempre que concurren los requisitos de la circunstancia que se aplica analógicamente pues nos dice la Sentencia de 3 de febrero de 1995 del alto Tribunal que “la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto en que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, lo que equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infrac-

ción de la norma”, y en cuanto a la atenuante de arrepentimiento espontáneo, que analógicamente se pretende aplicar al caso de autos, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS 26 de septiembre de 2002, 10 de junio de 2002 y 27 de mayo de 2002, entre otras) exige para la aplicación de tal circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal: 1.º que la confesión sea veraz; 2.º que sea hecha ante las autoridades competentes (las autoridades judiciales y los agentes de la policía judicial); 3.º normalmente ha de ser hecha personalmente; y 4.º ha de producirse antes de conocer el culpable que el procedimiento se dirige contra él.

Pues bien, en el presente caso el acusado tras realizar los disparos en la Calle (...) y refugiarse en la vivienda sita en el (...) piso del n.º (...) de dicha calle, fue detenido, junto con otras personas, por agentes de la policía y trasladado que fue a Comisaría se negó a declarar en las dependencias policiales (folio 40) realizando a presencia judicial una primera declaración en la que negaba conocer nada sobre los hechos que se le imputaban y por tanto ser autor de los mismos (Folio 79) y sólo tras prestar declaración a presencia judicial las otras personas que

fueron detenidas junto a él, manifestó su voluntad de realizar una segunda declaración a presencia judicial (folios 114 y 114 de las actuaciones) y ello cuando incluso ya se había realizado la comparecencia prevista en el artículo 505 de la LECrim., declaración esta en la que se reconoce autor de los disparos, exclusivamente, sin que aporte dato alguno ni para la identificación de las personas que presuntamente le agredieron, con anterioridad, con armas de fuego ni para proceder a la identificación de la persona que le proporcionó las armas de fuego y la munición, que era abundante, esto es la confesión del acusado se produce cuando ya se ha iniciado un procedimiento judicial contra él, conociendo tal circunstancia porque prestó dos declaraciones con asistencia de letrado y a presencia del Juez de Guardia una vez que se encontraba ya detenido, y porque poca utilidad tuvo que el acusado confesara lo ocurrido cuando ya había sido

detenido, debiendo calificarse su colaboración como mínima, puesto que el acusado cuando fue informado de todos y cada uno de los hechos que se le imputaban, sin que el mismo, como antes decíamos, facilitase información alguna respecto de datos que ayudasen a la investigación, pues como tal no puede considerarse la aportación por su letrada con posterioridad a ocurrir los hechos objeto de autos de una vaina y una bala, respecto de las cuales no resulta acreditado ni de dónde surgió ni cómo llegó a poder del acusado, y por otro lado habrá que tener en cuenta que en todo caso tras la prueba pericial de Kits de disparo que se le efectuó por la policía, no podría ocultarse que fue él el autor de los disparos efectuados contra los agentes de la policía nacional. De todo lo expuesto se desprende con toda claridad que no puede aplicarse al supuesto de autos la atenuante de arrepentimiento espontáneo con carácter analógico.

Sentencia 232/2004, AP MADRID, Sec. 15.ª, de 28 de mayo de 2004

LA UTILIZACIÓN DE OBJETOS PUNZANTES COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL DELITO DE VIOLACIÓN

Art. 180.5.º Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Pilar Oliván Lacasta**

SÍNTESIS

La sensación punzante de un objeto, relatada por la víctima e integrada en el relato de hechos probados de la sentencia, no es considerada suficiente por la Audiencia para integrar la agravación de hacer uso de medios peligrosos que recoge el art. 180.5 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

(...) A continuación, Khalid accionó los seguros de las puertas para que no pudiera

salir su acompañante y acto seguido le exigió que se desnudara, a lo que se negó C., por lo que el acusado le dijo que si no lo hacía iba a matar primero a su madre, des-

pués a su novio y que cuando se quedara sola la mataría a ella. Como quiera que Cristina seguía resistiéndose a cumplir sus deseos, Khalid sacó un objeto, no suficientemente identificado, y se lo colocó a la joven en el cuello, quién al notar lo en la piel creyó que era punzante, por lo que se desnudó, tras lo cual el acusado le introdujo el pene en la vagina, eyaculando posteriormente sobre el vientre de Cristina.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos que se declaran probados son constitutivos:

A) Un delito de violación comprendida en los artículos 178 y 179 del Código Penal.

En efecto, concurren todos los elementos integrantes de dicha figura delictiva. Así, el sujeto activo, para satisfacer su deseo sexual y lograr un acceso carnal con la víctima, la amenazó con atentar contra la vida de su madre, su novio y después contra la de ella misma, llegando incluso a utilizar un objeto, que a la joven le pareció punzante cuando se lo colocó en el cuello, con lo que consiguió vencer su oposición.

Por el contrario no puede ser acogida la pretensión de la acusación particular, encaminada a que se aplique el subtipo agravado contemplado en el art. 180 n.º 5 del C.P.

Tal y como se refleja en STS de 7-3-1998 y literalmente en la de 4-2-2000, aunque re-

feridas al delito del robo comprendido en el artículo 242.2 del C.P. “La inconcreción y la falta de taxatividad en cuanto al objeto empleado nos coloca ante una situación de incertidumbre que debe ser analizada para determinar si el subtipo agravado que se ha aplicado por la Sala sentenciadora puede ser imputado a la conducta del autor. Desde un punto de vista gramatical, punzante es todo aquello que sea capaz o sea susceptible de originar un “pinchazo”, por lo que dentro de su concepto se pueden integrar una serie de elementos que reuniendo estas características, no puedan ser calificados como instrumentos peligrosos (un bolígrafo, un lápiz, la punción dactilar, etc).”

En consecuencia, para aplicar la mencionada agravación sería preciso tener cumplido conocimiento de las características del objeto, que se deben describir literalmente, lo que no es predicable del presente caso, en el que solamente se ha acreditado que le produjo a la víctima una sensación punzante, lo cual, tal y como se menciona en la última de las resoluciones reseñadas, no implica que se utilizara efectivamente un objeto de semejantes características, solamente la sensación, que es algo psicológico pero no material; sin perjuicio, claro está, de que no cabe ninguna duda de que tuvo un efecto claramente intimidatorio o atemorizante para la víctima y suficiente para apreciar el tipo básico del delito de violación.

Sentencia 266/2004, AP MADRID, Sec. 3.ª, de 8 de junio de 2004

LA DETENCIÓN POR HECHOS QUE POSTERIORMENTE SON TIPIFICADOS COMO FALTA NO CONSTITUYE NECESARIAMENTE DETENCIÓN ILEGAL

Arts. 167 Código Penal; 495 LECrim.

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Pilar Abad Arroyo**

SÍNTESIS

Si bien es cierto que el art. 495 LECrim. impide detener por simples faltas, el funcionario policial que detiene por unos hechos que racionalmente tienen apariencia delictiva no comete delito de detención ilegal por la circunstancia de que la sentencia definitiva califique los hechos que motivaron la detención como falta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Primero.—El Juzgado de Instrucción (...) remitió oficio a la Dirección General de la policía a fin de que averiguase la identidad y domicilio de la cocinera y una camarera de la cafetería (...) sita en (...), aportando como datos que la primera era la esposa de Juan Luis G. M. y que la segunda se llamaba Loli y dando su domicilio.

Turnado dicho oficio a la Comisaría de Retiro, el acusado (...), funcionario del Cuerpo Nacional de Policía (...), se personó el citado establecimiento con el fin de cumplimentarlo, resultando que tanto la esposa de Juan Luis G. M., como la camarera Loli se negaron a identificarse, remitiéndose (...) al Juzgado de Instrucción (...), informe suscrita por el Comisario Jefe de la Comisaría (...) comunicando dichos extremos, lo que motivó que por el Juzgado de Instrucción (...) se dirigiera nuevo oficio la Comisaría (...), en la que se insistía en la necesidad de practicar tal diligencia.

Segundo.—A fin de cumplimentar el anterior oficio, (...), el acusado Agricio M. G., acompañado de los Policías Nacionales (...), se personó en el establecimiento (...), requiriendo a la esposa de José Luis G.M. y a la camarera del mismo —posteriormente identificadas como M.ª Dolores S. G. y M.ª Teresa L. B. —para que se identificaran a fin de poder dar cumplimiento a la orden del Juzgado de Instrucción, con indicación expresa de este hecho, negándose ambas de manera reiterada, adoptando una actitud jocosa que dio paso a insultos dirigidos a los funcionarios policiales actuales, así como a otros efectivos que comparecieron posteriormente requeridos por sus compañeros.

Transcurridos entre 20 y 45 minutos y como quiera que las señoras no se identificaban, se les comunicó la necesidad de que se trasladaran a comisaría para realizar tal diligencia, a lo que también se negaron, por lo que se procedió a su detención y traslado a comisaría tras vencer la resistencia que ellas opusieron.

Tercero.—(...) todos los funcionarios policiales actuantes comparecieron en la Comisaría (...) presentando a M.^a Dolores S. G. y M.^a Teresa L. B., ambas indocumentadas, como detenidas y manifestando los hechos ocurridos (...) en el establecimiento de hostelería (...), instruyéndose por tales hechos atestado (...), siendo Instructor del mismo el Policía Nacional (...), quien informó a las detenidas de sus derechos y acordó las diligencias que estimó precisas, recibiendo declaración a ambas con asistencia letrada y remitiendo el atestado al Juzgado de Guardia, poniendo a su disposición a ambas detenidas.

Recibidas las actuaciones en el Juzgado de Instrucción (...) se recibió declaración a las detenidas, acordando la libertad provisional de las mismas y declarando los hechos como constitutivos de falta habiéndose celebrado juicio y dictado sentencia (...), por la que se condenaba a M.^a Dolores S. G. y M.^a Teresa L. B. como autoras, cada a de ellas, de una falta de desobediencia a agentes de la autoridad y de una falta de respeto a agentes de la autoridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos declarados probados en esta sentencia no son legalmente constitutivos del delito de detención ilegal cometido por funcionario público, previsto y penado en el artículo 167 en relación con el artículo 163 del Código Penal, del que se acusa, exclusivamente, por la representación de la acusación particular ejercida por M.^a Dolores S. y M.^a Teresa L. a Agricio M.G.

Efectivamente, tal y como se ha expuesto en el relato fáctico de la resolución impugnada, el acusado, Policía Nacional en el ejercicio de su cargo, había acudido una primera vez al establecimiento (...) para dar cumplimiento al oficio remitido por el Juzgado de Instrucción (...), diligencia que resultó infructuosa ante la negativa de las hoy acusadoras a identificarse (...)

Fue el nuevo oficio remitido por dicho órgano judicial, conminando a su cumplimiento, con expresa referencia a las facultades legales que la ley concede para ello a los funcionarios policiales (...), lo que motivó que el acusado se personara nuevamente en el local, si bien esta vez acompañado de otros dos funcionarios policiales debidamente uniformados.

Lo ocurrido en el citado establecimiento, en los términos reflejados en los hechos probados de esta resolución, ha quedado acreditado (...)

(...)

Efectivamente, si bien el artículo 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que no es posible detener por simples faltas, lo esencial a los efectos del ilícito imputado es si el hecho que dio origen a la detención podía tener racionalmente apariencia delictiva y ello porque la calificación jurídica de lo sucedido necesariamente surge a posteriori de la detención y no tiene por qué ser conocido por el funcionario público cuando realiza la detención, quien únicamente debe calibrar la gravedad de la acción.

Trasladando la jurisprudencia antedicha al supuesto de autos, es indudable que la conducta de las querellantes negándose de forma constante y reiterada a identificarse ante los funcionarios policiales, a pesar de tener conocimiento pleno y cabal de que tal requerimiento de identificación tenía su causa en una orden judicial, insultando a los agentes de la autoridad y negándose a trasladarse a Comisaría tras ser requeridos por aquéllos, es razón suficiente que justifica su detención y ello aunque luego por la autoridad competente se califique los hechos de simple alta y si ello es así, la ausencia del elemento subjetivo del delito imputado es evidente, en tanto que en modo alguno cabría calificar tal detención como inmotivada, arbitraria o abusiva.

Por ello la detención de las señoras (...) fue legal y también lo fue el mantenimiento de las mismas en tal situación una vez identificadas, en tanto que no era su identificación, sino los hechos ocurridos, la causa de

tal medida, si bien hay que destacar que esta última decisión, esto es, el mantenimiento de la detención de las querellantes hasta su puesta a disposición de la autoridad judicial,

no es imputable al acusado sino al Instructor del atestado, como pusieron de manifiesto cuantos funcionarios depusieron en el plenario y es conocido por este Tribunal.

Sentencia 270/2004, AP MADRID, Sec. 3.ª, de 11 de junio de 2004

VIOLENCIA DOMÉSTICA: PLURALIDAD DE DELITOS

Arts. 153, 169.2º, 202.1.º y 468 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Adrián Varillas Gómez**

SÍNTESIS

La actitud de acoso del condenado frente a quien fue su compañera sentimental se manifestó en una serie de acciones que integran delitos de violencia psíquica, quebrantamiento de medida cautelar, amenazas y allanamiento de morada.

En particular, es destacable el pronunciamiento judicial de que la medida de alejamiento se quebranta (a los efectos de condena penal por este quebrantamiento) aun cuando la persona a la que se trata de proteger consienta en la compañía de aquel que debe alejarse.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

II. HECHOS PROBADOS

El acusado, (...) mayor de edad y sin antecedentes penales, de nacionalidad marroquí, que se encontraba en España a finales del año 2000 careciendo de permiso de residencia y de trabajo, inició una relación sentimental con Raquel D.A. en esas fechas, viviendo juntos en el piso que ésta había alquilado.

La expresada relación se fue deteriorando, a pesar de que Raquel se quedó embarazada teniendo a finales del mes de septiembre de 2001 un aborto espontáneo, negándose el acusado a darla por finalizada, haciendo caso omiso a los requerimientos

de Raquel en tal sentido, acudiendo reiteradamente al expresado domicilio.

En el curso de la relación sentimental mantenida, particularmente desde finales del mes de julio de 2001, el acusado vejó e insultó a Raquel, acosándola continuamente, produciendo en ésta una situación de angustia al negarse a acabarla y permitir que Raquel le dejara, por lo que, en varias ocasiones, la abuela de ésta, Pilar G.R., fue a la vivienda donde habitaba Raquel para dormir con ella.

En concreto se produjeron las situaciones fácticas que se relatan a continuación:

A) El día 30 de julio de 2001 dos policías nacionales destinados en la comisaría

de San Blas-Vicálvaro se personaron sobre las 8,45 horas en el expresado domicilio de la calle (...), tras avisar Raquel telefónicamente a la policía, encontrándose con ésta en la puerta de entrada y al penetrar en la vivienda encontraron al acusado durmiendo en el suelo del comedor, en calzoncillos, procediendo a su detención, tras intentar éste darse a la fuga.

En el citado centro policial, fue informado de sus derechos como detenido por allanamiento de morada, daños y amenazas y, tras prestar declaración Raquel, por agresión sexual, poniéndolo a disposición judicial, acordando el magistrado juez instructor de la causa, tras oírle en declaración y celebrar la preceptiva comparecencia, su libertad provisional y acordar como medida cautelar, la prohibición de aproximarse a menos de 700 metros de Raquel, en resolución de 31-7-2001, que fue debidamente notificada al acusado.

Al ser reconocida Raquel D.A. ese día por dos médicos forenses y el día anterior en el hospital de La Paz, los facultativos que la reconocieron no observaron que presentara lesión alguna externa sin ginecológica, procediendo a la recogida de muestras vaginales, detectando que se encontraba en estado de gestación.

B) A pesar de la medida de alejamiento acordada, el acusado en las fechas siguientes procedió a seguir a Raquel en varias ocasiones, accediendo, de forma reiterada, al domicilio de ésta en la calle (...).

C) Sin que se haya esclarecido si Raquel y el acusado reanudaron en el mes de agosto su relación sentimental, en la madrugada del día 10 de septiembre de 2001 el acusado, en la vivienda de la Calle (...), al discutir una vez más, por los mismos motivos, con Raquel, la escupió y amenazó de muerte con un cuchillo que le puso en el cuello.

D) En la madrugada del día 6 de octubre de 2001 el acusado penetró en el piso mencionado por una ventana, tras forzar los barrotes de protección en ella instalados, como había realizado en otra ocasión en que

dormía en él la abuela de Raquel con ésta, saliendo apresuradamente de la vivienda al encontrarse con ella, y permaneció en él varias horas, a pesar de que Raquel le requirió insistentemente para que lo abandonara, aprovechando para comer, ducharse y dormir.

E) El día 15 de abril de 2002, como quiera que el acusado, en su actitud de acoso a Raquel, no encontrara a ésta, dado que por la persecución a la que se venía sometida había ido a alojarse al domicilio de una amiga, se dirigió, ya en la madrugada del día siguiente, al domicilio de la abuela de Raquel, Pilar G.LL., sito en la calle (...), en donde había estado en otra ocasión, procediendo, sobre las 2,30 horas, a llamar repetidamente al telefonillo del portal.

Ante tal situación, a esa hora intempestiva, Pilar G. se asomó a la terraza de la vivienda, diciéndole al acusado que se marchase dado que Raquel no estaba en su casa, persistiendo éste en su actitud, de llamar por el telefonillo.

Como quiera que el hijo de Pilar, José Antonio A.G., se encontraba durmiendo en el piso, ocasionalmente, junto a su mujer Cristina O.M., y a un menor, nieto de Pilar, se despertó ante las llamadas efectuadas por el acusado, bajando al portal junto con su madre, ante la persistencia del acusado.

Cuando llegaron al portal el acusado no se encontraba allí, al haber procedido tras encaramarse a una farola de alumbrado público que había sido instalada en fechas inmediatas anteriores junto a la terraza de la citada vivienda, a acceder a ésta, oyendo Pilar y su hijo un ruido en la terraza, y retornando al piso al sospechar que había subido el mismo el acusado, en la forma relatada.

Ante los ruidos producidos también se despertó Cristina, observando cómo el acusado salía de la cocina de la vivienda, que da a la terraza, para introducirse en el cuarto de baño cuando retornaban su marido y su suegra, procediendo éstos a impedir que el acusado saliera del mismo, y a avisar a la policía.

Al intentar el acusado salir por la ventana del cuarto de baño, de reducidas dimensiones, a la terraza, e impedírselo los anteriores con el palo de una fregona, se fracturó uno de los cristales de aquélla, procediendo una dotación de la policía municipal, que se personó en la vivienda instantes después, a la detención del acusado.

Pilar G.Ll. no reclama por los daños causados en su vivienda, como tampoco reclama Raquel nada por los daños, en los barrotes de la ventana, de la que era arrendataria, ni por lo padecido.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos que se declaran probados en los párrafos segundo y tercero del apartado correspondiente de esta sentencia son legalmente constitutivos de un delito de maltrato familiar o de violencia psíquica sobre la persona que tenía una relación estable de afectividad, previsto y penado en el art. 153 del Código Penal, según redacción dada por L.O. 14/1999, de 9-6, vigente en el momento de comisión de aquéllos, y anterior a la reforma operada por L.O. 11/2003, de 29 de septiembre.

Según la exposición de motivos de la mencionada reforma de 1999, con el fin de otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas se introdujeron en el expresado tipo delictivo diversas reformas, entre ellas, ampliarlo a aquellos supuestos en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia “more uxorio” al tiempo de producirse la agresión, y la acción típica no sólo a la agresión física sino también a la psíquica. En la sentencia de la Sala 2.^a del T.S. de 24-6-2000 se enjuició un supuesto, vía casacional, en el que la sujeto pasivo quería cortar la relación, realizando el agente actos de violencia física y psíquica con habitualidad cronológica que constituyen un ataque contra la paz familiar, creando una situación de dominación y temor cuya traducción jurídico-penal es, precisamente, el

art. 153 del C.P., como acontece en los hechos enjuiciados en la presente causa.

Los hechos que se relatan en el apartado o letra B) como probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de quebrantamiento de medida de seguridad cautelar, previsto y penado en el art. 468 del C.P., en relación con el art. 74 del mismo cuerpo legal, al hacer caso omiso, de forma reiterada, en múltiples ocasiones al alejamiento acordado respecto a la denunciante en la mencionada resolución judicial que le fue notificada, sin que sea óbice para apreciar la culpabilidad del acusado el hecho, no acreditado, de que aquélla le permitiera estar con ella y acceder al domicilio, lo que, en todo caso no se prolongó el tiempo aducido por la defensa, procediendo la víctima a denunciarle, de nuevo, cuarenta días después, reiterando el acoso que sufría por el acusado y su propósito firme a no reanudar la relación sentimental con él mantenida.

Los relatados en la letra C) como probados son legalmente constitutivos de un delito de amenazas, previsto y penado en el art. 69.2 del C.P., al atemorizar a la víctima, privándola de su tranquilidad y sosiego, amenazándola con un mal injusto y futuro, dependiente de su voluntad (Sentencias Sala 2.^o T.S. de 26-2-1999 y 25-5-2001), como fue la muerte de aquélla, con un cuchillo que le puso en el cuello, sin que pueda entenderse, dada la intensidad del mal con que le amenazó y los medios empleados, así como los datos o circunstancias personales del sujeto activo con la víctima, antecedentes y posteriores (Sentencia Sala 2.^a T.S. de 23-7-2001), que, como sostiene la defensa, los expresados hechos sólo serían constitutivos de falta de amenazas.

Aunque no se estime probado que en numerosas ocasiones, entre ellas las imputadas respecto a hechos acaecidos el 30 de julio y el 10 de septiembre de 2001, cometió el acusado el ilícito penal de allanamiento de morada, sí se estima acreditada la comisión del tipo delictivo de art. 202.1 del CP en los hechos relatados en el apartado o letra C) como probados. Si el testimonio de la víctima es

impreciso al relatar las mencionadas acciones antijurídicas y se desprenden dudas sobre el efectivo cese de la convivencia sentimental en el domicilio de la misma, es coherente, preciso y reiterado al concretar los hechos que denunció el 8 de octubre de 2001 sobre la permanencia del acusado en su domicilio durante horas, con su expresa oposición, por lo que concurrió en éste el dolo genérico de mantenerse en la morada ajena contra la voluntad del morador (Sentencias Sala 2.ª T.S. de 9-2-1990 y 17-II-2000).

Por último los hechos del apartado E), que se declaran probados son, asimismo, legalmente constitutivos de un delito de allanamiento de morada, previsto y penado en el art. 202.1 del C.P., en el que se ha venido a reforzar, en relación a Códigos Penales anteriores, la protección penal de la inviolabilidad del domicilio, así como la intimidad personal y familiar, bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, en los dos primeros apartados del art. 18 de la C.E.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 9.ª, de 17 de junio de 2004

SENTENCIA CONDENATORIA BASADA EN DECLARACIONES SUMARIALES

Art. 714 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Gregorio M.ª Callejo Hernanz**

SÍNTESIS

Siendo cierto que la verdadera prueba es la que se practica en el ámbito del juicio oral, no lo es menos que, cuando, con base en el art. 714 LECrim. el presidente invita a un testigo a que explique la diferencia o contradicción entre lo manifestado en el sumario y lo contestado en el juicio oral, el tribunal, según las reglas de la sana crítica, es libre de formar, motivadamente, su convicción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que “Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique

la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”. De tal precepto ha manifestado el Tribunal Supremo que con base en el mismo el Tribunal puede tener en cuenta cualesquiera declaraciones, de modo total o parcial, para conformar con unas o con otras su relato de hechos probados, pudiendo utilizar el contenido de las declaraciones anteriores al juicio, siempre que éstas cumplan dos requisitos: 1. Que en las diligencias de instrucción correspon-

diente se hubieran observado las formalidades y requisitos exigidos por la Ley; 2. Que, de algún modo se incorpore al debate del plenario el contenido de las anteriores manifestaciones prestadas en el sumario o diligencias previas (así, SSTS de 11 de febrero y 4 de junio de 1992, 23 de abril de 1994).

Pues bien, en el plenario, la testigo, una vez que el acusado se acogiera a su derecho a no declarar, manifestó que actualmente vive con éste, que se van a casar en breve, y que no recordaba los hechos. Luego, manifestó recordar que el primer diente se le cayó por un golpe que se dio después de marearse y el segundo comiendo un filete. Aseguró que, desde luego, no perdió los dientes por causa de golpes de su futuro esposo. Invitada por el Presidente de la Sala a explicar las contradicciones existentes entre la declaración sumarial (y previo reconocimiento de su firma en tal declaración) y lo depuesto en el Juicio comenzó manifestando que no recordaba nada de los hechos del día 18 de agosto, posteriormente manifestó que no recuerda “si mintió” ante el instructor, que no recuerda si acudió a comisaría a denunciar (para posteriormente manifestar que sí lo recordaba pero que lo hizo “presionada por su padre”), para acabar manifestando que “mintió en el Juzgado de Instrucción” y no en la Sala en el acto del Juicio.

Alega la Letrada del acusado que ante esta declaración, ante el ejercicio de su derecho a no declarar por parte del acusado, y resultando verosímil que se hiciera la denuncia por presiones familiares, debe estimarse que no hay prueba de cargo y, en consecuencia, proceder a la absolución del Sr. C.

Difiere radicalmente la Sala de tal planteamiento. Partiendo de la base del citado artículo 714 LECr y ponderando lo declarado fase sumarial con lo expuesto por la testigo ante el Tribunal no puede sino colegirse que los hechos ocurrieron tal y como fueron narrados en comisaría y ante la Jueza de Instrucción. La coincidencia de fechas entre los partes de lesiones aportados y la denuncia presentada, el contundente contenido de la misma y de los documentos referidos, con-

trastan con la inverosímil versión dada por la testigo ante esta Sala, y ofrecida, lógicamente, con el fin de evitar una sanción para su futuro marido. Es obvio que el contradictorio ejercicio de “memoria-amnesia selectiva” ofrecido sin ningún pudor al Tribunal carece de la menor solidez en contraste con lo actuado en fase sumarial. Así, la declarante en un principio no recuerda en absoluto tres acontecimientos de difícil olvido para cualquier persona:

- a) Haber o no haber recibido golpes que le causan pérdida de dos dientes.
- b) Haber denunciado tales hechos.
- c) Haber mentido deliberadamente a un Juez sobre tales hechos.

Posteriormente (en un lapso de minutos) sí que recuerda:

- a) Haber perdido las piezas dentales por dos accidentes separados en el tiempo (un mareo que produce un golpe y una mala masticación de un filete).
- b) Haber denunciado por presiones de su padre.

Con respecto a este último punto, y frente a lo manifestado por la defensa, no es sino de todo punto lógico que el padre de la víctima intentase a toda costa que denunciase los hechos, sin que ello, unido al aplastante acervo documental del sumario, induzca a la menor duda sobre la veracidad de la denuncia.

Segundo.—El hecho de que la Sra. H. en el acto del Juicio exculpe a su marido, no significa, por lo expuesto anteriormente, que este Tribunal deba proceder a un pronunciamiento absolutorio. Antes bien, entendemos que han quedado absolutamente acreditados los hechos que declaramos probados. Y además de eso, consideramos como un mal entendimiento y una nefasta aplicación de los principios procesales que rigen en nuestro ordenamiento el no dar consideración probatoria alguna a lo instrui-

do frente a la pantomima que se ha representado ante la Sala en el día de ayer. Más bien, ha sido tal actuar en Juicio el que lleva a la convicción al Tribunal, valorando en conciencia las pruebas vertidas en el Plenario (artículo 741 LECr) de que los hechos ocurrieron tal y como se ha expuesto.

Por lo demás, el hecho de que la testigo intente, aún a costa de las negativas consecuencias que se derivan de ello, “tapar” los graves hechos ocurridos en día 18 de agosto de 2002, no altera en nada la posición que debe adoptar este Tribunal. Al mismo, no se le ocultan los móviles verdaderos que se esconden tras la declaración de la testigo. En primer lugar, el hecho de que la pareja se haya reconciliado y que, parece ser, vayan a contraer matrimonio próximamente, a lo que se puede añadir, el posible miedo a las consecuencias de una sentencia condenatoria. En puridad lo que parece que existe es un implícito perdón otorgado por la víctima. Tal perdón no tiene en la esfera penal, y en el ámbito del delito que se enjuicia, relevancia jurídica alguna por cuanto para que así fuese, tendría que estar así previsto específicamente, dado que de acuerdo con el artículo 130.4.º del Código, la responsabilidad criminal se extingue por el perdón del ofendido cuando la ley lo prevea y cuando se haya otorgado expresamente. No se establece para el delito enjuiciado tal previsión.

De este modo queremos decir igualmente que en términos generales en el proceso penal español no rige el llamado principio dispositivo, que permitiría a las partes renunciar al ejercicio de la acción entablada al impetrar un tutela jurisdiccional. Así, no

puede el Estado dejar de proceder frente a unos hechos como los aquí enjuiciados pese al interés de la víctima en que así se haga. Y ello es así debido a que no cabe disposición alguna sobre el ius puniendi del Estado fuera de los excepcionales casos que marca la ley, pudiendo en todo caso la víctima a renunciar exclusivamente a lo que es suyo (en este caso el ejercicio de la acción civil, cuestión que posteriormente se analizará), quedando siempre salvaguardado el interés público en virtud del cual el objeto del proceso no puede quedar supeditado al poder de disposición de las partes.

A todo esto se debe añadir una reflexión sobre determinados aspectos que rodean el fenómeno de la llamada violencia doméstica en su vertiente judicial, como es el hecho de que no sea infrecuente el fenómeno de las retiradas sorpresivas de denuncias, la falta de asistencia al acto del juicio por parte de la víctima o, como en este caso, la aparición conjunta de la pareja en el plenario con el sorprendente ofrecimiento por parte de la agredida de una versión de los hechos tan exculpatoria del agresor como inverosímil. La reconciliación de los mismos no puede ser nunca un impedimento para que los Tribunales condenen si entienden que han quedado probados los hechos denunciados, dado que los mismos trascienden del ámbito meramente privado de la pareja para adquirir, desde que se exteriorizaron, una indudable relevancia pública, resultando indiferentes las complejas y fluctuantes relaciones psicológicas que puedan jalonar la relación agresor-víctima y, con más razón, la situación de pánico que pueda sufrir la agredida.

CRÓNICA LEGISLATIVA

JULIO

- ❑ Decisión 2004/528/PESC del Consejo, de 28 de junio de 2004 (DOUE –L n.º 233, de 7 de julio), en aplicación de la Posición común 2004/293/PESC por la que se renuevan las medidas en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY).
 - ✓ Mediante esta norma se aplica la Posición común citada anteriormente tendente a impedir la entrada y tránsito en los Estados miembros de la Unión Europea de las personas citadas en el anexo de la presente norma.

- ❑ Real Decreto 1598/2004, de 2 de julio (BOE del 19), por el que se modifica el Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo.
 - ✓ Pretende incorporar las previsiones de la Directiva 91/439/CEE, no recogidas en su momento en el Reglamento General de Conductores; las novedades de la Directiva 2000/56/CE; y por otra parte, dar solución a determinados problemas prácticos surgidos con la aplicación del citado reglamento.
 - ✓ Se adopta el nuevo modelo de permiso de conducción, incluido en el anexo I bis de la Directiva 91/439/ CEE; se prevén medidas para su implantación progresiva, y aspectos relativos al canje de permisos de conducción extranjeros.
 - ✓ Se incluyen normas relativas a las pruebas de obtención de las diversas clases del permiso de conducción.
 - ✓ Intenta dar solución a diversos problemas de índole práctico, detectados a raíz de la propia aplicación del Reglamento, como por ejemplo: se revisa la vigencia de los permisos de conducción de personas afectadas de visión monocular; se contempla de manera más clara la excepción de tener que obtener un permiso en España a los titulares de países con los que no existe convenio a tal efecto; se modifican las denominaciones referentes a la declaración de nulidad o lesividad y pérdida de vigencia de las autorizaciones para conducir, etc.

AGOSTO

- ❑ Orden INT/2662/2004, de 29 de julio (BOE de 6 de agosto), por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal relativos a afectados por atentados terroristas cuya gestión corresponde al Ministerio del Interior.
 - ✓ Tiene por objeto crear un fichero común que integre los datos de los afectados por atentados terroristas de carácter masivo, para garantizar la actuación coordinada y coherente de todos los órganos con competencias en materia de asistencia a las víctimas del terrorismo.

- ❑ Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004 (DOUE L- n.º 261, de 6 de agosto), sobre indemnización a las víctimas de delitos.
 - ✓ Establece un sistema de cooperación para facilitar el acceso a la indemnización a las víctimas de delitos en situaciones transfronterizas, esto es, en aquellas situaciones en las que el delito haya sido cometido en un Estado miembro que no sea el de residencia habitual de la víctima. El solicitante de la indemnización podrá llevar a cabo los trámites en el Estado miembro donde tenga su residencia habitual.
 - ✓ Establece la necesidad de que se creen, en los Estados miembros, una “autoridad de asistencia”, responsable de tramitar la solicitud de la indemnización, y una “autoridad de decisión”, responsable de resolver dicha solicitud.
 - ✓ Regula un procedimiento con las mínimas formalidades administrativas, con un modelo de solicitud uniforme, con una posible audiencia del solicitante, sin trabas de carácter lingüístico y sin ningún límite en relación a la información sobre las posibilidades de solicitar una indemnización por todos los medios que los Estados consideren adecuados.
 - ✓ Trasposición de esta Directiva antes del 1 de enero de 2006, a excepción de la obligatoriedad del establecimiento de un régimen de indemnizaciones para las víctimas de delitos dolosos violentos, que tendrá que entrar en vigor antes del 1 de julio de 2005.

- Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004 (DOUE L- n.º 261, de 6 de agosto), relativa a la 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 permiso de residencia destinado a las víctimas de la trata de seres humanos o que hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, como incentivo para la cooperación con las autoridades competentes.
 - ✓ Prevé un procedimiento de expedición del permiso de residencia del que se pueden destacar claramente las siguientes fases: información por parte de las autoridades a los posibles beneficiarios de esta medida; se establece también un periodo de reflexión para que el posible beneficiario decida si colabora o no con las autoridades; se prevén, en tercer lugar, unas medidas para el periodo transitorio hasta la posible expedición del permiso de residencia (acceso a tratamiento médico, servicios de traducción, asistencia jurídica gratuita, etc...); expedición y renovación del permiso de residencia, y, por último, se extienden las medidas del periodo de reflexión al momento posterior a la expedición del permiso de residencia. También se contemplan normas específicas relativas para menores de edad, educación, formación profesional, etc.
 - ✓ Trasposición de esta Directiva antes del 6 de agosto de 2006.
- Decisión del Consejo, de 29 de abril de 2004 (DOUE L- n.º 261, de 6 de agosto), relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
 - ✓ Aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
 - ✓ Tiene por objeto promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, y más concretamente, penar los delitos de participación en grupo delictivo organizado, blanqueo del producto del delito, la corrupción en el ámbito de la función pública y la obstrucción de la justicia.
 - ✓ Define el concepto de delito transnacional, entendiéndolo por tal aquel que se comete en más de un Estado si se comete en un Estado, pero parte

de su planificación o dirección se realiza en otro Estado o implica la participación de un grupo delictivo organizado o tiene efectos sustanciales en otro Estado.

- Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio (BOE de 30 de agosto), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- ✓ Desarrolla parcialmente la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en tres materias concretas:
 - La actuación de la Policía Judicial en la investigación de los hechos punibles y del equipo técnico (integrado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales) en las actuaciones procesales posteriores. Por una parte, se presta especial atención a la intervención de la Policía Judicial relativa al modo de llevar a cabo la detención (bajo las órdenes del Ministerio Fiscal.) Prevé también la formación y funciones del equipo técnico que prestará asistencia profesional al menor desde su detención, que además llevará a cabo funciones de mediación entre el menor y la víctima.
 - Desarrolla la ejecución de las medidas a imponer a los menores por el Juez. Se establecen, primeramente, cuestiones como derechos de los menores durante la ejecución, competencia funcional de la ejecución, principios inspiradores de la ejecución, etc... para posteriormente abordar las reglas específicas de la ejecución de las medidas según la existencia o no de privación de libertad.
 - Se concreta el régimen disciplinario de los centros de internamiento de menores en desarrollo del artículo 60 de la Ley, enumerando los principios de la potestad disciplinaria; clasificación y enumeración de faltas y sanciones, y el procedimiento disciplinario a seguir ante la existencia de conductas sancionables.
- ✓ Entrará en vigor el 1 de marzo de 2005.

OCTUBRE

- ❑ El 1 de octubre de 2004 entró en vigor de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (BOE del 26).
 - ✓ Básicamente, esta reforma tiene por objeto el régimen de penas y su aplicación, también se pretende la adaptación de los tipos existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, además, se incluyen determinadas novedades técnicas como son: la inclusión de nuevas penas, la sustitución de las denominaciones de pesetas a euros, etc.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general. Tomo I. Introducción*, 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 2004.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 15.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, 6.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 3.^a ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004.

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal, parte especial*, 9.^a ed., Dykinson, Madrid, 2004.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

AA.VV., *Dogmática y ley penal. Homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2 vols., Marcial Pons, Madrid, 2004.

— *Un Derecho penal para Europa: Corpus iuris 2000*, Dykinson, Madrid, 2004.

CGPJ, *Constitución y garantías penales*, Madrid, 2004.

— *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Madrid, 2004.

— *Congreso “violencia doméstica”. Observatorio sobre violencia doméstica*, Madrid, 2004.

— *Encuentros violencia doméstica*, Madrid, 2004.

LOSANO/MUÑOZ CONDE (Coords.), *El Derecho penal ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

QUINTERO OLIVARES, G. *Adonde va el Derecho penal*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2004.

III. MONOGRAFÍAS DE LA PARTE GENERAL

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El principio non bis in idem*, Dykinson, Madrid, 2004.

RIVERO SÁNCHEZ, J.M., *Episteme y Derecho. Una exploración jurídico-penal*, Comares, Granada, 2004.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *El denominado "delito de propia mano"*, Dykinson, Madrid, 2004.

IV. MONOGRAFÍAS DE LA PARTE ESPECIAL

CABEZUDO BAJO, M.J., *La protección penal del domicilio*, UNED, Valencia, 2004.

MADARIAGA Y APELLÁNIZ, J.I., *La protección penal frente a los incendios forestales en España*, Dykinson, Madrid, 2004.

MAGRO SERVET, V. (Coord.), *Guía práctica de la casuística existente en los delitos contra la salud pública*, La Ley, Madrid, 2004.

PRIETO PINO, A.M.^a, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004.

RUEDA MARTÍN, M.A., *Protección penal de la intimidad personal e informática*, Atelier, Barcelona, 2004.

V. CRIMINOLOGÍA

GIL VILLA, F., *La delincuencia y su circunstancia. Sociología del crimen y la desviación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, 437 pp.

ASENCIO MELLADO, J.M.^a, *Derecho Procesal Penal*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 373 pp.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Navarra, 2004, 1.588 pp.

MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III (Proceso Penal)*, 13.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 646 pp.

II. MONOGRAFÍAS

BACIGALUPO, E., *Cuestiones actuales del jurado*, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, n.º 21, Dykinson, 2004, 98 pp.

DIEGO DÍEZ, L.A. de, *El llamado recurso de anulación en el procedimiento abreviado*, 2.^a ed., J.M. Bosch, Barcelona, 2004, 193 pp.

MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2.^a ed. revisada y ampliada, J.M. Bosch, Barcelona, 2004, 198 pp.

MITTERMAIER, C.J.A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, Reus, Madrid, 2004, 503 pp.

MORENO CATENA, V.; FLORES PRADA, I.; GONZÁLEZ CANO, M.I.; CASTILLEJO MANZANARES, R., *Los nuevos procesos penales*, 3 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 613 pp.

PAVÍA CARDELL, J., *Responsabilidad penal en el ejercicio de la función pública de jurado*, Comares, Granada, 2004, 288 pp.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *Los recursos en el proceso penal*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2004, 398 pp.

— *El proceso penal abreviado y los juicios rápidos*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2004, 561 pp.

SOSPEDRA NAVAS, F.J., *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios rápidos. Prisión provisional y orden de protección. El juicio de faltas*, Civitas, Madrid, 2004, 344 pp.

VALBUENA GONZÁLEZ, F., *Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, 544 pp.

III. OTROS

AA.VV. (Del Arco Torres, M.A., Coord.), *Diccionario básico jurídico*, 6.ª ed., Comares, Granada, 2004, 584 pp.

GIMENO SENDRA, V., y LÓPEZ COIG, C., *Los nuevos juicios rápidos y de faltas. Con doctrina, jurisprudencia y formularios*, 2.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, 488 pp.

SOSPEDRA NAVAS, F.J.; BELTRÁN MIRALLES, S., y otros, *Práctica del proceso penal, vol. I: Cuestiones generales*, Civitas, Madrid, 2004, 1.240 pp.