ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Intimidad e informática. *Susana Huerta Tocildo y Ana Cristina Andrés Domínguez* 11
- Líneas Básicas de la “Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado”. *Coral Arangüena Fanego* 73

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- Las declaraciones de los coimputados y las garantías del art. 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STEDH caso LUCÁ vs Italy, de 27 de mayo de 2001). *Manuel Miranda Estrampes* 107

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 123
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 131
- **Sentencia 202/2001 (Sala 2.ª, de 15 de octubre:** Intervención de las comunicaciones 131
- **Sentencia 221/2001 (Sala 1.ª, de 31 de octubre:** Ausencia de fundamentación del alcance de pena accesoria 133

	Página
— Sentencia 223/2001 (Sala 1.ª), de 5 de noviembre: Apelación adhesiva en juicio de faltas	135
— Sentencia 236/2001 (Sala 1.ª), de 18 de diciembre: Suspensión de la tramitación de recurso de apelación	138
— Sentencia 10/2002 (Pleno), de 17 de enero: Entrada y registro en habitaciones de hotel	140
TRIBUNAL SUPREMO	145
— Sentencia 1725/2001, de 3 de octubre: Delitos contra la integridad moral	145
— Sentencia 1772/2001, de 4 de octubre: Abandono de menores .	147
— Sentencia 1769/2001, de 5 de octubre: Indagatoria	148
— Sentencia 1806/2001, de 9 de octubre: Medición de la pena ..	150
— Sentencia 1629/2001, de 10 de octubre: Prescripción del delito fiscal	151
— Sentencia 1729/2001, de 15 de octubre: Pena de multa. Motivación	156
— Sentencia 1859/2001, de 15 de octubre: Declaraciones testificales previas al juicio	158
— Sentencia 1901/2001, de 15 de octubre: Sobreseimiento libre “ex officio”	159
— Sentencia 1825/2001, de 16 de octubre: Declaraciones sumariales y juicio con jurado	160
— Sentencia 1828/2001, de 16 de octubre: Atentado	162
— Sentencia 1835/2001, de 17 de octubre: Veredicto del jurado .	165
— Sentencia 1837/2001, de 19 de octubre: Concurso de delitos ..	168
— Sentencia 1953/2001, de 23 de octubre: Impedimento del ejercicio de derechos cívicos	169
— Sentencia 1962/2001, de 23 de octubre: Entrada y registro y asistencia letrada	171
— Sentencia 1912/2001, de 24 de octubre: Interrogatorio de testigo enfermo	172
— Sentencia 1949/2001, de 29 de octubre: Prueba indiciaria (huellas dactilares)	174

	Página
— Sentencia 2059/2001, de 29 de octubre: Cuestión prejudicial no devolutiva	176
— Sentencia 1807/2001, de 30 de octubre: Prescripción del delito fiscal	178
— Sentencia 2027/2001, de 6 de noviembre: Tráfico de drogas. Notoria importancia	181
— Sentencia 2052/2001, de 7 de noviembre: Cohecho	184
— Sentencia 2081/2001, de 9 de noviembre: Grabación de conversaciones con agentes encubiertos	186
— Sentencia 2107/2001, de 12 de noviembre: Medidas de seguridad.	188
— Sentencia 2066/2001, de 12 de noviembre: Intrusismo	190
— Sentencia 1574/2001, de 14 de noviembre: Sentencia en causa con Jurado	195
— Sentencia 2153/2001, de 15 de noviembre: Omisión de pronunciamiento del Jurado sobre proposición de indulto	198
— Sentencia 2184/2001, de 23 de noviembre: Diligencia policial y prueba preconstituida	200
— Sentencia 622/2001, de 26 de noviembre: Dilaciones indebidas	203
— Sentencia 2217/2001, de 26 de noviembre: Juicio con Jurado: impugnación de la inadecuación del procedimiento	204
— Sentencia 2220/2001, de 26 de noviembre: Competencia de la Audiencia Nacional y del Juzgado Central de Menores	207
— Sentencia 2227/2001, de 29 de noviembre: Delito relativo a la protección de la fauna	209
— Sentencia 2292/2001, de 29 de noviembre: Entrada y registro en buque mercante	211
— Sentencia 2347/2001, de 12 de diciembre: Prevaricación	212
— Sentencia 2471/2001, de 20 de diciembre: Tenencia ilícita de armas	213
— Sentencia 2187/2001, de 21 de diciembre: Delitos contra el medio ambiente	215
— Sentencia 2469/2001, de 26 de diciembre: Asesinato (ensañamiento)	217
— Sentencia 2470/2001, de 27 de diciembre: Delito provocado (inducción)	218

	Página
— Sentencia 2542/2001, de 28 de diciembre: Delito de expropiación ilegal	220
— Sentencia 2546/2002, de 2 de enero: Determinación de la pena	221
— Sentencia 2083/2001, de 10 de enero de 2002: Entrega vigilada .	222
— Sentencia 25/2002, de 18 de enero: Contrabando	223
— Sentencia 7/2002, de 19 de enero: Delitos contra el medio ambiente	225
— Sentencia 52/2002, de 21 de enero: Estafa, delito continuado .	229
— Sentencia 20/2001, de 22 de enero de 2002: Violencia doméstica .	232
— Sentencia 38/2001, de 22 de enero de 2002: Principio acusatorio. Circunstancias agravantes	237
— Sentencia 59/2002, de 25 de enero: Arrebató y obcecación . . .	239
— Sentencia 82/2002, de 28 de enero: Entrada y registro: falta de motivación	241
— Sentencia 75/2002, de 29 de enero: Falsificación de moneda . .	242
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	 245
— Sentencia 99/2001, de 14 de mayo (AP Sevilla): Requisitos del delito de tráfico ilegal de personas	245
— Auto 199/2001, de 30 de mayo (AP Vizcaya): Divergencia entre el título de imputación por el que se toma declaración a los inculpa- dos y el que se contiene en el auto de incoación de procedimiento .	246
— Sentencia de 28 de junio de 2001 (AP Barcelona): Tratamiento penal del simulacro concertado de accidente de automóvil para percibir indemnizaciones a través de un proceso judicial	248
— Sentencia 517/2001, de 11 de julio (AP Madrid): Delito de revelación de secretos y contra la propiedad intelectual	251
— Sentencia de 31 de julio de 2001 (AP Barcelona): Quiebra fraudu- lenta. Calificación civil de la insolvencia como dato indiciario .	253
— Auto de 10 de septiembre de 2001 (AP Madrid): Transmisión por televisión de las sesiones de la vista oral del llamado “caso fondos reservados”	254
— Sentencia 465/2001, de 12 de septiembre (AP Madrid): Bigamia. Carácter intencional del tipo	256

	Página
— Auto de 22 de septiembre de 2001 (AP Barcelona): Delegación en el juez de paz para recibir declaraciones a testigos	257
— Sentencia 497/2001, de 1 de octubre (AP Sevilla): Incumplimiento del régimen de visitas fijado en proceso matrimonial. Desobediencia	259
— Sentencia 520/2001, de 1 de octubre (AP Madrid): Absolución del delito de alcoholemia en control preventivo pese a la existencia de síntomas externos	260
— Sentencia 502/2001, de 3 de octubre (AP Sevilla): Responsabilidad civil de la Aseguradora y no del Consorcio de Compensación de Seguros en supuestos de rescisión unilateral del contrato	262
— Sentencia de 5 de octubre de 2001 (AP Barcelona): Interpretación de “con fines industriales o comerciales” en los delitos contra la propiedad industrial	264
— Sentencia 252/2001, de 8 de octubre (AP Valencia): Negociaciones prohibidas a los funcionarios. Error de prohibición. Dilaciones indebidas. Delito continuado	265
— Auto 1950/2001, de 12 de octubre (AP Madrid): Vigilancia penitenciaria. Comunicaciones con amigos	267
— Sentencia 224/2001, de 16 de octubre (AP Sevilla): Condena conjunta por conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas y por negativa a someterse a pruebas de alcoholemia	268
— Auto de 25 de octubre de 2001 (AP Barcelona): Intervención judicial de empresa en el marco de la instrucción penal	269
— Auto 291/2001, de 25 de octubre (AP Vizcaya): Autorización para tratamiento médico coactivo. Transfusión de sangre	271
— Sentencia de 5 de noviembre de 2001 (AP Barcelona): Extorsión. Requisitos del tipo	273
— Sentencia de 6 de noviembre de 2001 (AP Barcelona): Incomparecencia injustificada a la formación de la mesa. Delito electoral .	274
— Sentencia de 7 de noviembre de 2001 (AP Barcelona): La indemnización en accidente de tráfico se calcula según las tablas vigentes en el momento de ser juzgados los hechos	275
— Sentencia 276/2001, de 7 de noviembre (AP Valencia): Alzamiento de bienes: responsabilidad civil; carácter excepcional de la indemnización	277

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- Circular 3/2001. Actuación del Ministerio Fiscal en materia de ex-
tranjería 281

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Crónica Legislativa 310

BIBLIOGRAFÍA

- Derecho Penal 315
— Derecho Procesal Penal 319

ARTÍCULOS DOCTRINALES

INTIMIDAD E INFORMÁTICA

SUSANA HUERTA TOCILDO

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Burgos

ANA CRISTINA ANDRÉS DOMÍNGUEZ

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Cantabria

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ¿SON LA INTIMIDAD Y LA LIBERTAD INFORMÁTICA UN SOLO DERECHO FUNDAMENTAL O DOS DERECHOS FUNDAMENTALES DISTINTOS?
- III. ULTERIORES PRECISIONES ACERCA DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.
- IV. MODALIDADES INFORMÁTICAS DE ATAQUE AL DERECHO A LA INTIMIDAD.
 1. **Formas estáticas de ataque a la intimidad.**
 2. **Formas dinámicas de ataque a la intimidad, en especial a través de Internet.**

V. LA RESPUESTA SANCIONADORA A ESTAS CONDUCTAS.

1. Los antecedentes de la LO 15/1999.

2. Estudio comparativo de la LOPDP y de la LORTAD.

- A) Objetivos y ámbito de aplicación.
- B) Precisiones conceptuales.
- C) Principios generales reconocidos en la LOPDP.
- D) El repertorio de derechos contenido en la LOPDP.
- E) El régimen de los ficheros según sean de titularidad pública o privada.
- F) El catálogo de infracciones y sanciones.
- G) Valoración global de la LOPDP.

VI. LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD INFORMÁTICA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la informática constituye un fenómeno imparable que discurre en paralelo al de su progresiva utilización por capas cada vez más amplias de la población. Esto último se ve favorecido, sin lugar a dudas, por sus costes relativamente bajos y por las enormes posibilidades de intercomunicación que ofrece. A consecuencia de ello, la sociedad se informatiza a pasos agigantados al tiempo que surge una creciente necesidad de información tanto en el ámbito de la empresa pública como en el de la empresa privada e, incluso, en el terreno estrictamente doméstico.

Cada día que pasa se tiene, en efecto, un mayor conocimiento de las enormes posibilidades que ofrece el uso de la informática no ya sólo como medio de almacenamiento y organización de cantidades ingentes de información, sino también como método de comunicación más rápido que la correspondencia escrita y más barato que el teléfono. Poder visitar virtualmente una biblioteca de una Universidad cualquiera; asistir (sin estar presente) a un Congreso internacional que se celebra a miles de kilómetros e incluso participar en sus debates a través de los correspondientes “chats” o “conferencias”; ver (sin salir de casa) una exposición de pintura o entrar en las páginas “web” de los mejores museos del mundo; comprar a buen precio todo tipo de artículos sin sufrir el acoso propio de las rebajas en los grandes almacenes: éstas son tan sólo algunas de las múltiples facilidades que se nos abren a diario con el simple gesto de encender el ordenador y conectarnos a la red. Muchas de ellas tienden a simpli-

ficarnos algunas actividades diarias al eliminar ciertos obstáculos como colas, ventanillas o aglomeraciones diversas; otras enriquecen nuestros conocimientos sin necesidad de afrontar para ello grandes gastos. Sea como fuere, en poco tiempo todas ellas se han hecho imprescindibles e indisolubles de nuestras realidades cotidianas hasta el punto de que los ordenadores forman ya parte del paisaje habitual de oficinas y hogares.

La implantación generalizada de ordenadores personales se ha convertido así en un signo de nuestros tiempos del que dimanen una serie de indudables ventajas pero también, y es importante no olvidarlo, ciertos riesgos para el individuo tanto en lo relativo a su participación en la vida política, económica y social como en su esfera más privada ⁽¹⁾. Riesgos que, derivados de fenómenos tales como el de la acumulación ingente de información, el de la posibilidad de su almacenamiento en bancos de datos, el de su circulación a través de un sistema comunicativo escasamente regulado y vigilado, el de la facilidad de acceso a dicha información por parte de personas no autorizadas y el del consiguiente peligro de interceptación y manipulación de la misma, han hecho saltar todas las alarmas en lo tocante a la falta de seguridad que para ciertos bienes jurídicos (y en especial, aunque no exclusivamente, para la intimidad personal y familiar) representa la llamada revolución de las comunicaciones sobre todo a partir de la espectacular extensión de las mismas vía Internet.

Es un hecho incontrovertible que las actuales concepciones y relaciones sociales han ido mermando paulatinamente el reducto que antes era propio de la esfera privada. No es por ello de extrañar que las exigencias características de un modelo sociopolítico en el que se concede un margen cada vez mayor al intervencionismo estatal, unidas a las inherentes a un adecuado ejercicio de las libertades públicas en el marco del Estado social y democrático de Derecho, hayan traído a primer plano la necesidad de conferir legitimidad a la progresiva captación, por parte de la Administración, de datos sobre aspectos más o menos íntimos o reservados de los ciudadanos; todo ello con el objetivo de alcanzar mayor eficacia en el cumplimiento de sus funciones y en la prestación de sus servicios. Esta misma tendencia es también observable en el sector privado en el que la posesión de información, o la mera posibilidad de acceder a la misma, constituye un presupuesto necesario —o, mejor, un instrumento— para la realización con éxito de numerosas actividades, por más que no se ignore que ello puede tener un alto precio para algunos derechos individuales ⁽²⁾.

(1) Cfr. MORALES PRATS: *La tutela penal de la intimidad: Privacy e informática*, Barcelona, 1984, pp. 31 y ss.

(2) Cfr. ROMEO CASABONA: “Tendencias actuales sobre la forma de protección jurídica ante las nuevas tecnologías”, en *PJ (CGPJ)* n.º 31, 1993, p. 164.

A la hora de profundizar en esta relación conflictiva entre necesidad de información y vida privada, es preciso tener en cuenta que las amenazas para esta última no provienen única y exclusivamente de la posibilidad de disponer de infinidad de datos relativos a una persona, sino de la utilización que se haga de los mismos, de cómo se relacionen entre sí y de a quién y con qué finalidades se transmitan. Datos personales aparentemente inconexos o irrelevantes, y por ello mismo inocuos, pueden, en efecto, transformarse en informaciones trascendentales y fuertemente reveladoras de la personalidad de un individuo con tan sólo ponerse en contacto o entrelazarse con otros ⁽³⁾. En ello reside, precisamente, el principal peligro que para la intimidad de las personas representa la informática o, por expresarlo con mayor corrección, el mal uso de sus formidables capacidades de intercomunicación y de acceso a cantidades ingentes de información. De cómo hacerle frente, al objeto de conseguir que la sociedad informatizada sea una sociedad de garantías para el ciudadano y no una sociedad en la que los individuos se sientan amenazados por un creciente control de sus actividades más privadas, trataremos a continuación, no sin antes realizar algunas consideraciones acerca de ese bien jurídico tradicionalmente conocido como intimidad personal y familiar.

II. ¿SON LA INTIMIDAD Y LA LIBERTAD INFORMÁTICA UN SOLO DERECHO FUNDAMENTAL O DOS DERECHOS FUNDAMENTALES DISTINTOS?

El derecho a la intimidad goza en nuestro ordenamiento jurídico de un alto grado de protección merced a su elevación al rango de derecho fundamental reclamable en amparo por el artículo 18 de la Constitución, dignidad y ubicación que comparte con los derechos al honor, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones orales y escritas. Se encuentra, además, consagrado en el artículo 8 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (en lo sucesivo: CEPDHLF) en los siguiente términos: “1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.* 2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*”.

(3) Cfr. HERRÁN ORTIZ, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Madrid, 1999, p. 75.

Estamos, pese a ello, ante un derecho que se ha caracterizado siempre por su carácter eminentemente relativo. Ello explica que la elaboración teórica del estatuto jurídico de la intimidad haya sido y sea conflictiva y que las facultades que de él dimanaban se caractericen por su gran mutabilidad. Desde luego que ningún derecho, por muy fundamental que sea, es absoluto en el sentido de no verse afectado por el ejercicio de otros derechos igualmente fundamentales o por el contexto histórico y social en el que pretende desenvolverse; pero esta afirmación de carácter general cobra singular relieve cuando de lo que se trata es del derecho a la intimidad personal y familiar.

Su misma definición ha experimentado ciertas mutaciones. Tradicionalmente solía ser definido, en un sentido puramente negativo, como un derecho al aislamiento, a estar solo, a guardar u ocultar secretos lejos de la mirada indiscreta de terceros; es decir: como una libertad límite que únicamente confería facultades de exclusión (teoría de las esferas de secreto o soledad) y en torno a la que se articulaban las entonces escasas fórmulas de protección jurídica⁽⁴⁾. Pero la aparición de nuevos y sofisticados métodos electrónicos y audiovisuales de vigilancia y control pronto habría de traducirse en un cambio en esa concepción de la intimidad como libertad límite o derecho negativo, al traer consigo la necesidad de introducir nuevas formas de protección de la misma en sustitución de las hasta entonces existentes, a las que esos nuevos y sofisticados medios habían convertido en ineficaces y caducas.

La intimidad personal y familiar dejó así de concebirse como un mero derecho al aislamiento y pasó a ser entendida como una manifestación más de la libertad personal⁽⁵⁾. El derecho a guardar secretos sigue siendo, desde luego, uno de sus principales componentes, pero no es ya el único merecedor y necesitado de tutela jurídica. Junto a esta faceta negativa —en tanto en cuanto supone el ejercicio de un derecho de exclusión—, aparece una vertiente positiva que permite un control del individuo sobre su propia existencia y relaciones. La intimidad adquiere así un contenido que entronca con la idea de libertad personal⁽⁶⁾, pasando a configurarse a partir de una doble perspectiva, positiva y negativa, que respectivamente se traducen en la atribución a su titular de facultades de control y seguimiento de la información que le concierne y en la posibilidad de ejercer un poder de exclusión del conocimiento ajeno de todo

(4) Cfr. MORALES PRATS, en *Comentarios al nuevo Código Penal*, dirigidos por Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, 1996, pp. 939-940.

(5) MORALES PRATS: *La tutela penal de la intimidad...*, cit., pp. 121 y ss.

(6) Vid., en este sentido, MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad...*, cit., p. 120: “En la sociedad tecnológica el derecho a la intimidad no puede desligarse del valor que asume la libertad personal...”.

aquello que se refiere a la propia persona, siendo, por lo demás, ambos aspectos complementarios⁽⁷⁾. La intimidad o *privacy*⁽⁸⁾ adquiere de esta suerte una dimensión jurídica y social, en tanto en cuanto se configura como una esfera de libertad proyectada hacia el exterior, como un derecho que a su vez es presupuesto indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales y libertades públicas⁽⁹⁾.

El impacto que, para el concepto de intimidad, supuso en su día el empleo de esos nuevos métodos de vigilancia audiovisual a los que antes nos referíamos se ha visto claramente acrecentado tras la aparición y posterior universalización del ordenador personal. La eclosión del fenómeno informático ha obligado, en efecto, a un replanteamiento del contenido del derecho a la intimidad⁽¹⁰⁾ en virtud del cual las facultades positivas que de él dimanaban se han reconvertido en un derecho a controlar el manejo y la circulación de datos personales a través de los sistemas informáticos⁽¹¹⁾. De este modo, se ha afianzado aún más el aspecto positivo del derecho a la intimidad, entendido como derecho a controlar la información de carácter personal. Paralelamente, se han ido introduciendo cambios significativos en las facultades de exclusión o aspecto negativo del derecho a la intimidad, motivados por la necesidad de blindarlo frente a toda posibilidad de tratamiento automatizado de las informaciones que afectan a los datos personales más sensibles o pertenecientes al núcleo duro de la *privacy*⁽¹²⁾.

Esta nueva faceta informática de la intimidad la hace aparecer como un derecho a la autodeterminación informativa o, si se prefiere expresarlo así,

(7) Cfr. HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 22.

(8) Para algunos autores, estos dos términos han de considerarse sinónimos: vid., en este sentido, entre otros: MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad...*, cit., p. 134. En contra de la identificación de ambos se manifiesta, en cambio, ROMEO CASABONA en "Tendencias actuales sobre la forma de protección jurídica...", cit., p. 164: "De la intimidad hay que distinguir la privacidad...".

(9) MORALES PRATS, en *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., p. 940.

(10) Cfr. MORALES PRATS: *La tutela penal de la intimidad...*, cit., p. 124: "El desarrollo informático obliga a reciclar el ligamen entre libertad personal e intimidad (...) la configuración de la intimidad en la sociedad contemporánea debe distinguir las fases preinformática e informática..."; en el mismo sentido HERRÁN ORTIZ, *La violación de la intimidad...*, cit., p. 23.

(11) HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., pp. 91-92: "Derecho a perseguir los datos personales, a conocer el camino que seguirán para vigilar la utilización correcta y lícita de los mismos en relación con los fines para los que se obtuvieron...".

(12) Cfr. MORALES PRATS: *La tutela penal de la intimidad...*, cit., p. 125.

como una verdadera libertad informática⁽¹³⁾ o derecho del individuo a controlar esos datos personales que circulan a través de los sistemas informáticos; derecho que se manifiesta y se ejercita a través de lo que se ha venido en denominar el *habeas data* (expresión representativa del conjunto de prerrogativas que permiten el ejercicio de esa facultad: derechos de información, de acceso, de rectificación y de cancelación de datos personales)⁽¹⁴⁾.

Así parece reconocerse, entre otras, en las SSTC 11/1998 y 30/1999, al declararse en ellas que el art. 18.4 CE “consagra un derecho autónomo dirigido a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona, *pertenececan o no al ámbito más estricto de la intimidad*, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos, evitando que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios, como el que se ha producido (...) en este caso, al haberse utilizado el dato afiliativo sindical con una finalidad radicalmente distinta de aquélla para la que fue suministrado” (se trataba de un asunto de retención de salarios a ciertos trabajadores, por motivo de una huelga, utilizándose para ello el dato informatizado de su afiliación sindical).

No obstante, esta configuración de la intimidad informática como derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática no deja de plantear algunos problemas derivados de su entendimiento, por un cierto sector doctrinal, como un bien jurídico distinto al consagrado en el artículo 18.1 de la CE.

Se afirma en dicho sentido que, por un lado, existe un derecho a la intimidad informática (que abarcaría todo lo relativo a la reserva de datos) y, por otro lado, un derecho a la libertad o identidad informática (referido exclusivamente al control de los datos personales). De acuerdo con ello, estaríamos en presencia de dos distintos intereses merecedores de protección jurídica, por más que en ocasiones pudieran mostrarse confluyentes⁽¹⁵⁾: uno de carácter genérico, repre-

(13) Ambos términos se consideran, por lo general, sinónimos; no obstante, no han faltado autores que entienden que se trata de realidades perfectamente diferenciadas; desde este punto de vista, la autodeterminación informativa se identificaría con la facultad de decisión respecto al cuándo y hasta dónde se revela al conocimiento ajeno experiencias y vivencias ajenas, en tanto que la libertad informática vendría a ser la facultad de controlar los datos personales incluso cuando éstos han salido de la esfera de la persona para integrarse en un proceso automatizado. Para un desarrollo más amplio de esta idea vid. HERRÁN ORTIZ, *La violación de la intimidad...*, cit., pp. 78 y ss.

(14) Cfr. MORALES PRATS, “Problemática jurídico penal de las libertades informáticas en España tras diez años de vigencia de la Constitución de 1978”, en *EPC*, Santiago de Compostela, 1991, p. 309; vid. también, del mismo autor: *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., p. 940.

(15) ROMEO CASABONA: “Tendencias actuales sobre la forma de protección jurídica...”, cit., p. 170.

sentado por la libertad informática, y otro de carácter más específico, constituido por la intimidad informática⁽¹⁶⁾.

El derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática sería, desde este punto de vista, un nuevo derecho fundamental cuyo reconocimiento se habría hecho necesario ante la insuficiencia protectora de los mecanismos jurídicos propios del tradicional derecho a la intimidad. Su consagración constitucional, en el último inciso del artículo 18.4 de la CE⁽¹⁷⁾, mostraría su originaria vinculación con el derecho a la intimidad y, al propio tiempo, su autonomía respecto de él en tanto en cuanto su contenido ya no vendría negativamente configurado sino que estaría integrado por el conjunto de facultades que posibilitan el control y vigilancia de la utilización de la información personal que concierne al sujeto en los distintos momentos del tratamiento automatizado de la información⁽¹⁸⁾.

Como hemos visto, el propio Tribunal Constitucional parece avalar esta tesis diferenciadora al considerar que la llamada “libertad informática” es un “derecho autónomo” (SSTC 11/1998 y 30/1999) dirigido a controlar el flujo de informaciones relativas a uno mismo aunque no pertenezcan al ámbito más estricto de la intimidad; o cuando dice que esa misma “libertad informática” (art. 18.4) garantiza los derechos al honor y a la intimidad (SSTC 254/1993 y 94/1998, f.j. 4.º). Sin embargo, no dejan de apreciarse ciertas contradicciones en esta aparente admisión de una dualidad de derechos fundamentales, manifestadas en otras resoluciones en las que se afirma que “la garantía de la intimidad adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona” (STC 94/1998, f.j. 4.º); pues dicho entendimiento obviamente ha de partir del reconocimiento de un aspecto negativo y de otro positivo del derecho a la intimidad, lo cual presupone, en definitiva, la existencia de un único derecho fundamental por más que se proteja desde dos perspectivas distintas.

(16) Cfr. SOLA RECHE: “La protección penal de la intimidad informática”, en *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna*, n.º 11, 1991, p. 196.

(17) Vid., en este sentido, entre otros ROMEO CASABONA: “Tendencias actuales sobre la forma de protección jurídica...”, cit., pp. 170-171; HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 90: “El derecho a la autodeterminación informativa coincide y puede identificarse con el derecho a la intimidad por quienes desconocen el nacimiento de un nuevo derecho al amparo de las nuevas tecnologías...”; PÉREZ LUÑO: “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en *Libertad informática y leyes de protección de datos. Cuadernos y debates*, n.º 1, 1990 p. 159; MURILLO DE LA CUEVA: “La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el derecho español”, en *Estudios de Jurisprudencia*, n.º 3, 1992, p. 17.

(18) HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 153.

A nuestro modo de ver, ni el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) ni la libertad informática (art. 18.4 CE) constituyen derechos autónomos y distintos del derecho a la intimidad personal y familiar, sino que no son otra cosa que manifestaciones concretas del mismo (así se declara, respecto del primero, en la STC 141/1999, f.j. 2.º). El derecho a la intimidad sería, pues, la *ratio* común a los artículos 18.1, 18.3 y 18.4 de la Constitución, aun cuando su reconocimiento constitucional vaya distinguiendo en dichos preceptos los distintos aspectos que su tutela jurídica requiere: 1) un primer aspecto genérico y de naturaleza positiva, al que se alude con el nombre de “libertad informática”, consistente en el derecho de todo individuo a gestionar libremente los datos relativos a su persona controlando su circulación, almacenamiento, modificación y cancelación, aunque tales datos hubieran sido voluntariamente aportados a un organismo público o a una empresa privada y, en consecuencia, no fueran ni secretos ni reservados; 2) un segundo aspecto más específico y de carácter negativo consistente en el derecho de ese mismo sujeto a que determinadas informaciones relativas a su esfera privada no sean conocidas por terceros; y 3) un derecho a mantener un circuito cerrado de comunicación oral o escrita inaccesible a todo aquel que no sea receptor de esas informaciones o manifestaciones. Por otra parte, el derecho a la intimidad tendría también otras manifestaciones no estrictamente ligadas a la manipulación o difusión de datos personales, tales como, por ejemplo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE).

En nuestra opinión, toda injerencia indebida en la vida privada de una persona (ya consista en un tratamiento automatizado de sus datos personales, ya en la interceptación de sus sistemas comunicativos, ya en la invasión de su principal ámbito de privacidad o domicilio, ya en el descubrimiento y revelación de sus secretos más íntimos) constituye un atentado contra un único derecho a la intimidad personal y familiar. Es este, en definitiva, un único bien jurídico con diversos aspectos que son objeto de protección por el ordenamiento jurídico-penal. Así se desprende, por lo demás, de la incorporación del artículo 197.2 del Código Penal, relativo a la manipulación de datos de carácter personal, al ámbito de protección del derecho a la intimidad; de suerte que junto a su faceta negativa, que es objeto de tutela en el artículo 197.1 (descubrimiento y revelación de secretos), también se considera expresamente comprendido en el mismo el conglomerado de facultades de control de los propios datos personales o aspecto positivo del derecho a la intimidad⁽¹⁹⁾.

(19) En este sentido de afirmar la existencia de un único bien jurídico, la intimidad, comprensivo a su vez de diversos aspectos se manifiestan, entre otros, MORALES PRATS (*Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., pp. 952 y ss.) y CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC (*Comentarios al C.P. de 1995*, Vol. I, Coordinados por T.S. Vives Antón, Valencia, 1996, p. 991).

III. ULTERIORES PRECISIONES ACERCA DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

En distintas resoluciones, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando el alcance de esa doble faceta, positiva y negativa, del derecho a la intimidad personal y familiar. Un análisis de las mismas permite destacar algunas conclusiones que juzgamos de singular interés para el desarrollo del tema objeto de este trabajo y que, sin pretensión alguna de exhaustividad, pasamos a exponer: 1) el derecho a la intimidad se deriva de la idea de dignidad humana y está, por consiguiente, estrictamente vinculado a la personalidad, por lo que en principio no pueden ser titulares del mismo las personas jurídicas (ATC 257/1985); 2) es un derecho disponible, lo que significa que cada persona puede establecer libremente el ámbito de su propia intimidad⁽²⁰⁾ de forma que “quien por su propia voluntad da a conocer a la luz pública unos determinados hechos concernientes a su vida familiar los excluye de su esfera de intimidad” (STC 197/1991, f.j. 4.º); 3) en la medida en que necesariamente ha de darse una conexión entre “el derecho en cuestión y la esfera reservada para sí por el individuo, en los más básicos aspectos de su autodeterminación como persona (...) resulta, por lo menos, cuestionable que en abstracto pueda entenderse vulnerada su intimidad por la exigencia de transmitir información sobre actividades desenvueltas en el tráfico económico y negocial (...) en el ámbito de una relación con terceros (...) sometidas a fórmulas específicas de publicidad, en aras de la seguridad jurídica y de la transparencia en el tráfico económico” (STC 143/1994, f.j. 6.º, conocida como “Sentencia del NIF”); 4) el derecho a la intimidad se desenvuelve en un terreno distinto y más amplio que el que es propio del derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.2 de la CE, pues mientras que éste último no es oponible frente a los demás interlocutores o receptores (dado que para ellos no hay una comunicación “secreta”), sí cabe, en cambio, esperar de ellos la debida reserva en la medida en que lo “comunicado” pertenezca a la esfera íntima del comunicante (STC 114/1984, f.j. 7.º); 5) el derecho a la intimidad no puede hacerse valer en contra de la investigación por la Administración tributaria de los datos relativos a las cuentas bancarias de los contribuyentes, si bien cabe imponer a las personas autorizadas para ello un especial deber de sigilo (STC 110/1984, f.j. 3.º y AATC 642/1986 y 877/1987); y 6) el derecho a la intimidad puede colisionar con el derecho a comunicar libremente información, en cuyo caso este último goza, atendidas ciertas exigencias de “veracidad” e “interés público” de la noticia, de la misma prioridad o apreciación preferente que se le

(20) PARDO FALCÓN: “Los derechos del art. 18 CE en la jurisprudencia del TC”, en *REDC*, n.º 34, 1992, p. 159.

reconoce en su confrontación con el derecho al honor (SSTC 231/1988 y 197/1990).

Tales consideraciones merecen algún comentario. En primer lugar, debe recordarse que no sólo el derecho a la intimidad sino la práctica totalidad de los derechos fundamentales se derivan del principio rector del respeto a la dignidad humana, consagrado en el art. 10 CE. Ello hace perder peso al argumento según el cual las personas jurídicas no ostentarían un derecho a la intimidad por ser éste un derecho personalísimo derivado de la dignidad humana, pues también los derechos al honor y a la inviolabilidad del domicilio tienen ese mismo carácter sin que ello haya impedido el reconocimiento, por parte de la jurisprudencia constitucional, de tales derechos en relación con las personas jurídicas. El rechazo a otorgarles un derecho a la intimidad en sus dos vertientes, positiva y negativa, no puede, por consiguiente, razonarse en esos términos sino en los, probablemente más drásticos, de negarles un ámbito de privacidad dada su vocación de actuar hacia fuera. Pero ello supondría al propio tiempo negarles todo derecho a ejercer las facultades de control de los propios datos que son inherentes al ejercicio del derecho a la intimidad en su faceta de libertad informática, lo que no parece razonable. Pensamos, por ello, que también las personas jurídicas son titulares de un derecho a la intimidad si bien, como sucede respecto de sus derechos al honor y a la inviolabilidad del domicilio, su alcance no puede ser el mismo que cuando se trata de un ser humano.

Por lo que se refiere a los datos relativos a actividades de carácter económico, a los datos bancarios y, en definitiva, a todos aquellos que resulta necesario conocer a efectos tributarios, es evidente que el derecho a la intimidad personal y familiar no puede invocarse para impedir su puesta a disposición de las autoridades competentes. Mantener otra cosa sería tanto como frustrar toda función investigadora o recaudatoria por parte de los órganos del Estado. Cosa distinta es que esos datos no deban estar blindados frente a la curiosidad del público en general o frente a todo uso de los mismos con finalidades distintas a las enunciadas. Por decirlo de otra manera: son datos cuyo carácter reservado no puede oponerse ante la Hacienda pública pero sí ante terceros. Sobre el deber de guardar sigilo en relación con estos datos volveremos más adelante, concretamente al versar sobre los aspectos más significativos de la protección administrativa de los datos reservados.

Que el derecho a la intimidad es, por otra parte, un derecho disponible por su titular es algo que se desprende de su propia esencia, pues no cabe duda de que todas aquellas informaciones de carácter personal que voluntariamente damos a conocer a otros, sin limitación alguna, ya no nos pertenecen en exclusiva al haber salido del ámbito restringido de nuestra esfera privada. Ello tiene singular importancia en el caso de los personajes públicos o famosos, sobre todo en el terreno de sus relaciones con los medios de comunicación: lo a ellos revelado deja de ser íntimo y, por consiguiente, de ser jurídicamente protegible

en tanto que tal. Salvo, claro está, que se trate de revelaciones que afecten a la esfera privada de terceros o a la de sujetos menores de edad, en cuyo caso el derecho a la intimidad de unos y otros seguirá estando necesitado y siendo merecedor de protección jurídica⁽²¹⁾.

IV. MODALIDADES INFORMÁTICAS DE ATAQUE AL DERECHO A LA INTIMIDAD

Hechas las anteriores precisiones, consideramos llegado el momento de dedicar alguna atención a las posibles formas de atentar contra la intimidad personal y familiar a través del uso de la informática. A cuyo efecto, hemos creído conveniente, en aras de una mayor claridad expositiva y sin ulteriores pretensiones de alcance metodológico, establecer una división inicial entre formas estáticas y formas dinámicas de ataque a la intimidad, según el objeto del mismo sea preexistente al momento de la actuación o esté en pleno proceso de conformación; en el entendimiento de que las primeras se refieren a todas aquellas conductas que afectan a los bancos de datos personales, en tanto que las segundas inciden fundamentalmente sobre aquellos datos de ese carácter que, sea cual fuere el motivo para ello, se encuentran circulando por la red en el momento en que son interceptados.

(21) De manera diáfana se declara, en la STC 134/1999 (f.j. 7.º) o segunda Sentencia “Sara Montiel”, que “el riesgo asumido por el personaje con notoriedad pública no implica aminoración de su derecho a la intimidad (...) cuya eficacia sigue siendo la misma que la de cualquier otro individuo. Tan sólo significa que no pueden imponer el silencio a quienes únicamente divulgan, comentan o critican lo que ellos mismos han revelado, sin perjuicio de que la disposición sobre una información hecha pública por su fuente no justifique el empleo de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias, ni la revelación de otros datos no divulgados con antelación por el tercero o que no posean una evidente y directa conexión con aquello que fue revelado”, salvo que se trate de informaciones relativas a menores de edad que con ellos conviven, en cuyo caso “ni la revelación de información por dichos padres (...), ni el ser éstos personajes con notoriedad pública, ni el conocimiento o difusión que esa aludida información pudo haber tenido con antelación, ni que su fuente haya sido uno de sus protagonistas, que dice ser la madre biológica de uno de los menores, justifican semejante menoscabo del art. 18.1 CE, ya que los datos revelados no sólo se refieren a las personas de los padres adoptivos o de la supuesta madre biológica (...), sino a aquellos eventos de la vida de ambos menores que ya hemos calificado propios de su intimidad personal o familiar, y que legítimamente deben quedar al abrigo de la curiosidad ajena mientras los citados menores adoptados no puedan ejercer su poder de disposición sobre esa información”. Vid., en el mismo sentido, STC 197/1991.

1. Formas estáticas de ataque a la intimidad

Son varios los datos de carácter personal que, por diversos motivos y con distintas finalidades, obran en ficheros públicos (como los del DNI, de la Administración tributaria, de la Seguridad Social, del Registro Civil, etc.) o privados (como los establecidos por empresas, bancos, partidos políticos, sindicatos, colegios, confesiones religiosas, etc.). Y, desde luego, es un hecho comprobado que tales datos pueden ser objeto de un uso desviado de aquella finalidad para la que fueron recopilados; y que, de ser ello así, estaríamos en presencia de una intromisión inaceptable en la esfera privada de los ciudadanos afectados.

La necesidad de restringir la posibilidad de recabar datos personales y de proteger los ya almacenados en ficheros públicos y privados dio lugar a la promulgación, primero, de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y, más tarde, a la de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. En ambas leyes, aunque de manera más desarrollada en la segunda de ellas, se incluye un extenso repertorio de principios y derechos que configuran lo que ha venido en denominarse libertad informática o facultad de control individual sobre los propios datos. De su simple lectura se infieren, por otra parte, las posibles modalidades de ataque al referido derecho. Sobre unos y otras volveremos al analizar las respuestas sancionadoras a través de las que actualmente se brinda protección jurídica a la intimidad informática. Baste ahora con advertir que la aportación voluntaria de datos personales a esos ficheros públicos o privados, motivada por la necesidad de contar con ellos para el cumplimiento de distintas finalidades, en modo alguno representa su puesta a la libre disposición de cualquiera ni que puedan ser utilizados con fines distintos a aquellos para los que fueron recabados. Dicho de otra manera: esa libre cesión de los datos personales a organismos públicos o entidades privadas no supone que dejen de ser datos de carácter íntimo ni, en consecuencia, que el titular de los mismos haya renunciado a su derecho a mantenerlos alejados de la mirada indiscreta de terceros. Pues, de la misma manera que quien escribe una carta y la envía a su destinatario en un sobre cerrado aspira a que su contenido sea exclusivamente conocido por este último, quien da cuenta de sus datos personales a una instancia pública o privada debe poder confiar en que los mismos no pasen a ser de dominio público. De ahí que una adecuada protección jurídica de la intimidad personal y familiar exija la imposición de estrictos deberes de reserva y sigilo en la gestión de los bancos de datos públicos y privados, así como importantes limitaciones en relación con la utilización de la información que en ellos se almacena.

Es cierto que, tal y como se desprende del art. 3.j) de la Ley Orgánica 15/1999 (en lo sucesivo: LOPDP), algunos de esos ficheros son de acceso público, esto es, pueden ser objeto de consulta por cualquier persona sin otra

exigencia, en su caso, que el abono de una contraprestación económica. Tal es el caso del censo promocional; de los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica; de las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo; de los diarios y boletines oficiales y de la información contenida en los medios de comunicación. Pero, fuera de estos supuestos legalmente tasados, toda comunicación a terceros de los datos personales contenidos en un fichero automatizado, o en cualquier otro tipo de soporte, constituye un comportamiento lesivo del derecho a la intimidad del titular de los mismos que, como habrá de verse más adelante, incluso ha sido elevado a la categoría de delito por el artículo 197 del Código Penal. Y no sólo esa revelación, difusión o cesión de los datos personales obrantes en ficheros u otros soportes automáticos constituye una conducta de ataque a la intimidad personal. También lo son las consistentes en: 1) utilizarlos para fines distintos de aquellos para los que fueron recabados; 2) acceder en forma no autorizada a los mismos; y 3) modificarlos en perjuicio de terceros.

Por lo que se refiere al uso de los datos objeto de tratamiento, la LOPDP lo prohíbe cuando se dirija a “finalidades incompatibles” con aquellas que motivaron su recogida⁽²²⁾, lo que supone un cambio notable frente a la regulación contenida en la anterior Ley Orgánica 5/1992 (en lo sucesivo: LORTAD), en la que se establecía esa misma prohibición siempre que se tratara de “finalidades distintas”. La nueva ley parece así conceder una cierta mayor flexibilidad en el objetivo de la recogida de datos, puesto que no basta con que exista una simple diferencia entre el fin de la recogida y aquél al que se aplican los datos, sino que es necesario que ambos resulten incompatibles⁽²³⁾. Ello habrá de ser tenido en cuenta a la hora de interpretar el alcance de la modalidad de conducta típica recogida en el artículo 197.2 del Código Penal.

2. Formas dinámicas de ataque a la intimidad, en especial a través de Internet

Asistimos actualmente a un doble fenómeno: de un lado, a la extensión, día a día aumentada, del uso de Internet por un número creciente de ciudadanos; de otro, a la no menos creciente preocupación por la ausencia de una

(22) Según su art. 4.2, no se consideran incompatibles los fines históricos, estadísticos o científicos.

(23) ROCA JUNYENT/TORRALBA MENDIOLA: “La ley de protección de datos”, en *La Ley* de 16 de marzo de 2000, p. 2.

protección eficaz de la intimidad y del *habeas data* en la red y, de manera más general, por la carencia de unos niveles de seguridad de los datos en circulación que puedan estimarse satisfactorios. Los relativamente frecuentes sucesos de penetración indebida en reductos de la misma considerados impenetrables, de sabotaje de ciertas páginas *web* especialmente visitadas o de transmisión de virus por vía de correo electrónico no son sino otros tantos exponentes de la fragilidad y de los riesgos a que están expuestas las informaciones que circulan por la red, así como de la inevitable tensión existente entre una de sus principales características —la de su accesibilidad a cualquiera que se conecte a ella— y la legítima aspiración de los particulares a que los datos suministrados a través de Internet tengan la misma protección que los aportados por cualquier otro medio.

Desgraciadamente, son muchas y muy variadas las formas posibles de ataque a la intimidad personal y familiar de los usuarios de este formidable instrumento de comunicación. Una de las más conocidas es el llamado *hacking* o intrusismo informático, definido como “conjunto de comportamientos de acceso o interferencia no autorizados, de forma subrepticia, a un sistema informático o red de comunicación electrónica de datos y utilización de los mismos sin autorización o más allá de lo autorizado”⁽²⁴⁾. Este tipo de conducta puede venir inspirada, desde un principio, por un ánimo de descubrir y, en su caso, de revelar los secretos de otro. Pero también puede obedecer a un simple afán de curiosidad o a un deseo de penetrar en los entresijos de los sistemas informáticos. De ser este último el supuesto, estaremos, por regla general, ante una actuación propia de un experto en informática que viene motivada, en gran número de ocasiones, por el deseo de enfrentarse con éxito al reto que le supone adentrarse en determinados sistemas informáticos ya sea por simple afán de superación, ya para demostrar su pericia (aunque no puedan descartarse otras finalidades adicionales).

En el primer caso, existe acuerdo doctrinal acerca de la inclusión de dicha conducta entre los delitos contra la intimidad (art. 197.1 y 197.2 CP), como *modus operandi* específico de realización de dichos tipos penales; mientras que, por el contrario, las simples conductas de acceso o permanencia no autorizados no estarían, a juicio de algún autor, penalmente incriminadas si no vienen acompañadas de alguna otra finalidad añadida⁽²⁵⁾.

(24) MORÓN LERMA: *Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Pamplona, 1999, p. 42.

(25) ORTS BERENGUER/ROIG TORRES: *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia, 2001, p. 35; MORÓN LERMA: *Internet y Derecho penal...*, cit., pp. 45 y ss.

No compartimos, desde luego, esta última opinión ya que, a nuestro juicio, no debe olvidarse en ningún momento que la actuación que lleva a cabo ese “cotilla” o “husmeador” informático —pretendidamente impune— consiste en vulnerar claves secretas, contraseñas o *passwords* para acceder indebidamente a datos confidenciales. A la vista de ello, ¿cómo negar que tales accesos están guiados por el propósito de penetrar en la esfera íntima del titular de los datos? Pero, por si quedara alguna duda a este respecto, no está de más recordar que “la mera acción de usar una red de telecomunicación lleva aparejada la noción de secreto” (26). El usuario de Internet tiene, por consiguiente, derecho al anonimato (27), a recibir información sin que se conozcan sus datos personales más que por el proveedor del servicio, y ello tan solo respecto de aquéllos que sean esenciales para la contratación del mismo. Toda vulneración o intromisión en ese derecho a no ser identificado, a que no se conozcan sus datos personales, deberá por ello mismo considerarse que está guiada por el propósito de descubrir los secretos de otro y, en consecuencia, calificarse de conducta penalmente típica en virtud de lo dispuesto en el artículo 197.1 del Código Penal. Sobre ello también tendremos ocasión de volver al referirnos, más en concreto, a los elementos constitutivos de los distintos tipos penales de ataque a la intimidad.

El derecho al anonimato no impide, sin embargo, que pueda trazarse un perfil del internauta a través del rastreo de los “sitios” o “portales” que acostumbra visitar con mayor frecuencia en la red. En este sentido, no cabe duda de que también pueden resultar peligrosos para la intimidad los llamados “cookies” o señales informáticas que el servidor de información introduce en el ordenador del internauta para poderlo identificar cada vez que accede a sus páginas *web*, lo que le permite elaborar su “perfil personal” y lanzarle nuevos mensajes adaptados a sus gustos.

Otra posible modalidad de ataque a la intimidad del internauta es la favorecida por ciertos programas informáticos denominados “rastreadores” o *sniffers*, especialmente configurados para penetrar en los ordenadores conectados a la red en busca de información, pudiendo incluso llegar a controlar los mensajes de correo electrónico. Lanzado al espacio cibernético, el *sniffer* no sólo tiene capacidad para recoger los *e-mails* que por él circulan sino también para leerlos; supuestos ambos que, por supuesto, tienen cabida en el delito contemplado en el

(26) Cfr. MORÓN LERMA: *Internet y Derecho penal...*, cit., pp. 51 y 127.

(27) Ese mismo derecho al anonimato es el que, visto desde el prisma de sus efectos negativos, permite que los “intrusos” de referencia actúen en muchos casos sin dejar rastros.

artículo 197.1 CP ⁽²⁸⁾; no así, en cambio, la forma de invasión de la privacidad o intimidad conocida como *spamming*, o envío inconsentido de mensajes publicitarios por la red previo establecimiento del perfil del usuario a través de la monitorización de sus visitas a determinadas páginas *web*, conducta que, al no encajar en ninguna de las descripciones de los comportamientos constitutivos de delitos contra la intimidad, ha de considerarse penalmente atípica ⁽²⁹⁾.

Debe finalmente recordarse que la propia transmisión voluntaria de datos sensibles con fines comerciales no está exenta de problemas, dada la facilidad con que tales datos pueden ser interceptados y conocidos por terceros no autorizados.

V. LA RESPUESTA SANCIONADORA A ESTAS CONDUCTAS

Una vez examinadas brevemente las distintas modalidades de ataque a la intimidad que pueden perpetrarse a través del uso de medios informáticos, procede ya entrar en el examen de los instrumentos jurídicos de que actualmente se dispone para hacerles frente y conseguir que la protección de ese bien jurídico sea real y no meramente virtual.

Ni que decir tiene que, en este como en otros terrenos, el recurso al Derecho penal se constituye en el instrumento de protección por excelencia. Pero, dados los principios de intervención mínima, fragmentariedad, subsidiariedad y última *ratio* que rigen en esta rama del ordenamiento jurídico, parece obligado atender en primer lugar a otras formas menos severas de protección eficaz del interés en cuestión. Lo que se traduce en una necesidad de examinar en detalle el contenido de la LOPDP, no sólo en lo relativo a su catálogo de infracciones y sanciones, sino también en relación con distintos conceptos aportados por ella que serán determinantes a la hora de interpretar los tipos delictivos contenidos en los artículos 197 y siguientes del Código Penal.

1. Los antecedentes de la Ley Orgánica 15/1999

En el ámbito europeo, la cuestión de la protección jurídica de los datos personales —y, más en general, la relativa a la incidencia de la informática en los derechos y libertades de la persona— fue pronto objeto de atención, plasmándose, ya en 1973, en una *Comunicación* de la Comisión a través de la cual

(28) Vid., en el mismo sentido, ORTS BERENGUER/ROIG TORRES: *Delitos informáticos y delitos comunes...*, cit., p. 36.

(29) Vid., en el mismo sentido, MORÓN LERMA, ob. cit., p. 127.

se instaba al logro de un consenso político que permitiera la instauración de una base común hacia la que se dirigieran las diversas legislaciones; y, al año siguiente, en una *Directiva* europea de protección de datos. Unos años después, concretamente en 1979, el Parlamento Europeo aprobó una *Resolución* en la que se establecía ya una extensa serie de *recomendaciones*. Todas estas iniciativas cristalizaron en el *Convenio 108/1981 para la protección de las personas físicas frente al tratamiento automatizado de datos*, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 22 de septiembre de 1980, cuyas disposiciones fueron objeto de ampliación por la *Directiva 95/46/CE*⁽³⁰⁾. Tanto el *Convenio* como la *Directiva* citados informan el ordenamiento jurídico español en esta compleja materia de la protección de los datos de carácter personal.

Las disposiciones del *Convenio 108/1981* constituían una regulación de mínimos sujeta a desarrollo a través de las normas de derecho interno que cada Estado adoptase tras su ratificación. España lo ratificó en 1984⁽³¹⁾, pero hasta 1992 —año en que fue aprobada la *Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos personales* (Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre⁽³²⁾, desarrollada por el *Real Decreto 1332/1994*, de 20 de junio)— no se procedió a colmar el vacío legislativo existente a este respecto.

En efecto: la Ley Orgánica 5/1992 (LORTAD) vino a dar cumplimiento, con ocho años de retraso, tanto al mandato constitucional del art. 18.4 CE como al compromiso adquirido por España tras la ratificación del *Convenio*⁽³³⁾. Sirvió, además, para poner orden en la dispersión normativa existente en nuestro país en torno a la protección de los datos personales, por más que el resultado final no fuera tan satisfactorio como se esperaba. Esta ley constituiría el marco extrapenal aplicable a la protección de la intimidad informática hasta el 14 de enero de 2000, fecha en la que entró en vigor la Ley Orgánica de protección de datos personales (LOPDP) que había sido aprobada el 13 de diciembre de 1999⁽³⁴⁾.

(30) Para un desarrollo de la normativa europea anterior al Convenio y la Directiva cfr. HEREDERO HIGUERAS: *La Directiva comunitaria de protección de datos de carácter personal*, Madrid, 1997, pp. 17 y ss.

(31) BOE de 15 de noviembre de 1985.

(32) BOE n.º 262, de 31 de octubre de 1992.

(33) Art. 4 Convenio 108/1981: “1.º Cada parte adoptará en su derecho interno las medidas necesarias para dar cumplimiento a los principios fundamentales de protección de datos previstos en el presente capítulo. 2.º Tales medidas deberán ser adoptadas lo más tarde en el momento en que el presente convenio entrare en vigor con respecto a la parte”.

(34) BOE n.º 298, de 14 de diciembre de 1999.

La LOPDP carece de una Exposición de Motivos que explique las razones que motivaron su adopción apenas siete años después de la aprobación de la LORTAD (y a pocos meses de la promulgación de su reglamento por el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio); de sus trabajos preparatorios puede extraerse, sin embargo, la conclusión de que la ley de protección de datos de 1999 tuvo por objeto la adaptación de la normativa española a la Directiva 95/46/CE ⁽³⁵⁾. En cualquier caso, hemos creído oportuno incorporar al análisis de la normativa vigente ciertos datos procedentes de la derogada, a fin de calibrar si la LOPDP constituye una mera actualización de la LORTAD o, por el contrario, ha venido a modificarla de manera significativa.

2. Estudio comparativo de la LOPDP y de la LORTAD

A) Objetivos y ámbito de aplicación

La finalidad primordial de la LORTAD era limitar el uso de la informática para garantizar los derechos de la persona ante los riesgos derivados del mismo ⁽³⁶⁾. Se trataba, en definitiva, de asegurar con ella que la garantía de los derechos fundamentales y, en concreto, del derecho a la intimidad no resultase vulnerada por el desarrollo y aplicación de las nuevas tecnologías.

La LOPDP declara en cambio, en su art. 1, que es objeto de la misma “garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, especialmente su honor e intimidad personal y familiar”. Ello ciertamente supone un cambio de orientación, pues mientras que en la LORTAD se hacía hincapié en el objetivo de limitar el uso de la informática, la LOPDP se centra en la

(35) ROCA JUNYENT/TORRALBA MENDIOLA: “La ley de protección de datos...” cit., nota a pie de página n.º 1: “Por ejemplo, el publicado en el BO de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, el 31 de diciembre de 1998, cuando aún se denominaba proyecto de reforma; los proyectos iniciales solo se proponían reformar la LORTAD pero finalmente se optó por su sustitución por una ley nueva. El cambio de orientación se produce en el informe de la ponencia publicado el 14 de septiembre de 1999. Su justificación es que, como consecuencia de las enmiendas presentadas, se estaban alejando mucho del texto de la LORTAD lo que podía crear confusión respecto de la parte de la ley originaria que persistía...”.

(36) HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 204: “El principio general que preside la regulación española se articula en torno a la libertad del tratamiento informatizado de datos personales siempre que éste discorra por los cauces jurídicos establecidos en la LORTAD”.

defensa de ciertos derechos careciendo de todo objetivo limitador en dicho sentido. Y es un cambio de orientación que cabe valorar positivamente, por más que no deba ignorarse que para la defensa de los indicados derechos se hará necesario, en ocasiones, limitar el uso de los medios informáticos⁽³⁷⁾.

El ámbito de aplicación establecido por la LORTAD también ha sido objeto de ampliación. Mientras que el artículo 2.1 de la misma limitaba su aplicación a los datos de carácter personal registrados en ficheros automatizados, el correlativo precepto de la LOPDP extiende su radio de acción a todos los datos de carácter personal registrados en cualquier soporte físico siempre que sean susceptibles de tratamiento. Por otra parte, las excepciones a la aplicación de la ley han sido asimismo objeto de ampliación, puesto que, a diferencia de la LORTAD, la LOPDP es de aplicación: 1) a los ficheros automatizados de titularidad pública cuyo objeto, legalmente establecido, sea el almacenamiento de datos para su publicación con carácter general; y 2) a los ficheros de información tecnológica o comercial que reproduzcan datos ya publicados en boletines, diarios o repertorios oficiales. Únicamente quedan fuera de su alcance —art. 2.2, letras a), b) y c)— los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materia clasificada y los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada.

B) Precisiones conceptuales

Como acaba de indicarse, el ámbito de aplicación de la LOPDP viene determinado por el concepto de *datos personales*, entendiéndose que dicho concepto comprende “cualquier información concerniente a las personas físicas identificadas o identificables”⁽³⁸⁾. Este entendimiento ha de completarse acu-

(37) ROCA JUNYENT/TORRALBA MENDIOLA: “La ley de protección de datos...”, cit., p. 1: “No obstante, lo que puede parecer una actitud más liberal del legislador frente a la informática y las nuevas tecnologías (...) corre el peligro de convertirse en un mero principio programático. En efecto, el articulado de la ley, con alguna excepción, no ha pasado a ser menos proteccionista que el texto de la LORTAD dando la impresión de que el dejar de hacer hincapié en la limitación del uso de la informática no se debe a una voluntad de no convertir la ley en un elemento coactivo, sino a la de extender las limitaciones a otras formas de almacenar datos (...) Sería deseable que las autoridades encargadas de la aplicación de la ley velaran por el respeto de un principio de proporcionalidad en que las limitaciones al uso de los medios informáticos y al tratamiento de los datos fueran las estrictamente necesarias para la protección de los derechos de los individuos...”.

(38) Art. 3.a) LO 15/1999.

diendo a lo establecido en el art. 1.4 del Real Decreto 1332/1994 ⁽³⁹⁾, a cuyo tenor *dato personal* es “cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona identificada o identificable”. Con este amplio concepto de dato personal, el legislador ha dejado la puerta abierta a cualquier avance que en el futuro pueda producirse en relación con las técnicas de identificación ⁽⁴⁰⁾.

Junto al concepto de dato personal la LOPDP introduce, en su Título I, toda una serie de precisiones conceptuales estimadas necesarias para la ordenación y estructuración del sistema de protección de datos, distanciándose con ellas de las formulaciones contenidas a ese mismo respecto en la LORTAD. Así, mientras que esta última definía el *fichero de datos* como aquel “conjunto organizado de datos que pueden ser tratados automáticamente” [art. 3.b)], la LOPDP lo define sin limitarlo a los automatizados, lo que es consecuencia directa de la extensión de su ámbito de aplicación a cualquier tipo de ficheros ⁽⁴¹⁾. El concepto de *tratamiento de datos* sigue, en cambio, siendo el mismo que establecía la LORTAD; se trata de “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias” ⁽⁴²⁾.

Se mantienen, igualmente, los conceptos de *responsable del fichero* [art. 3.d): “persona física o jurídica de naturaleza pública o privada u órgano administrativo que decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”], de *afectado* o interesado [art. 3.e): “persona física titular de los datos que sean objeto de tratamiento”], y de *procedimiento de disociación* [art. 3.f): “tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse con persona identificada o identificable”]; si bien, a diferencia de la LORTAD, la LOPDP alude indistintamente al responsable del fichero o tratamiento y al afectado o interesado, lo que permite basar su aprobación en la

(39) Real Decreto que, en virtud de la Disposición transitoria 3.ª de la LO 15/1999, se mantiene en vigor.

(40) HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 212.

(41) Art. 3.b) LO 15/1999: Fichero es “todo conjunto organizado de datos de carácter personal cualquiera que fuere la forma de creación, almacenamiento, organización y acceso”.

(42) Art. 3.c) LO 15/1999.

necesidad de adaptar la legislación española a la *Directiva 95/46/CE* que, fundamentalmente, se basa en el concepto de tratamiento ⁽⁴³⁾.

Junto a estas definiciones, la LOPDP introduce otras que no figuraban en la LORTAD, como la de *encargado del tratamiento* [art. 3.g): “persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento” ⁽⁴⁴⁾], la de *consentimiento del interesado* [art. 3.h): “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consiente el tratamiento de datos personales que le conciernen”], la de *cesión o comunicación de datos* [art. 3.i): “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”] y, por último, la de *fuentes accesibles al público* [art. 3.j): “aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación”], atribuyendo dicho carácter exclusivamente al censo promocional, a los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica, a las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo, y a los diarios, boletines oficiales y medios de comunicación. Todas estas definiciones deberán ser tenidas en cuenta a la hora de precisar los diversos elementos normativos y términos que ha empleado el legislador penal al tipificar los distintos ataques a la intimidad informática ⁽⁴⁵⁾.

C) Principios generales reconocidos en la LOPDP

La LORTAD dedicaba sus Títulos II y III a los principios generales y derechos reconocidos a las personas. Sin embargo, cada principio y cada reconocimiento de derechos iba acompañado de una serie de excepciones que limitaban el ejercicio de las libertades informáticas, rebajando incluso los mínimos establecidos por el *Convenio 108/1981*. Ello dio pie a que en su día se cuestionara su constitucionalidad a través de los recursos interpuestos a tal efecto por el Consejo de la Generalitat, el Parlamento de Cataluña, el Defensor del Pueblo

(43) HEREDERO HIGUERAS: *La Directiva Comunitaria de protección de datos...*, cit., p. 81: “...hecho que en modo alguno altera la noción ofrecida por el Convenio 108 que gira en torno al concepto de fichero y no de tratamiento...”.

(44) Este concepto figura en la *Directiva 95/46/CE*.

(45) MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., pp. 953 y ss.

y cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular⁽⁴⁶⁾; recursos resueltos finalmente, con varios años de retraso, por la STC 290/2000⁽⁴⁷⁾, en la que se declara la pérdida sobrevenida del objeto de los recursos interpuestos por los Diputados del Grupo Parlamentario Popular y por el Defensor del Pueblo y se desestiman los interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Parlamento de Cataluña.

La LOPDP mantiene a este respecto, en general, la estructura de la LORTAD y también dedica sus Títulos II y III al enunciado de los distintos principios y derechos, pero no sin antes proceder a realizar importantes modificaciones respecto de dicho precedente que tienden a mejorarlo y a evitar algunos de sus defectos más groseros. No obstante, el Defensor del Pueblo interpuso recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la misma el 14 de marzo de 2000⁽⁴⁸⁾, igualmente resuelto por la STC 292/2000⁽⁴⁹⁾ en el sentido que más adelante indicaremos.

Tales principios o derechos son los siguientes:

a) *Principio de calidad de los datos personales.*

La calidad de los datos personales representa una obligación de ineludible cumplimiento para la licitud del tratamiento, obligación que comprende todos los momentos de la utilización, esto es, desde que se obtienen hasta que se almacenan, registran, tratan o ceden⁽⁵⁰⁾. La LOPDP mantiene, en este punto, la misma regulación que la LORTAD, con la única salvedad de que no limita su alcance al tratamiento automatizado de dichos datos⁽⁵¹⁾.

(46) Recursos admitidos a trámite por providencia de 9 de febrero de 1993. Cfr. MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., p. 954; HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 372: "...la LORTAD constituye un lastre antes que un mecanismo o instrumento jurídico para la protección de la persona frente al tratamiento automatizado de datos...".

(47) BOE de 4 de enero de 2001. Voto particular del Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

(48) Admitidos a trámite por providencia de 28 de marzo de 2000.

(49) BOE de 4 de enero de 2001.

(50) HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 246.

(51) Según el art. 4.1 LOPDP, sólo se podrán recoger datos de carácter personal "para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido".

b) *Principio de transparencia.*

Constituye el pilar sobre el que se asienta una de los derechos fundamentales del *habeas data*: el derecho a la información, en virtud del cual los afectados deberán ser informados sobre el tratamiento y utilización de los datos que se pretende registrar, información que debe tener carácter previo y ser expresa, precisa e inequívoca.

La LORTAD regulaba este principio en su artículo 5, cuyo tercer párrafo introducía una excepción que reducía la virtualidad y obligatoriedad del mismo al establecer que: “no será necesaria la información a que se refiere el apartado 1.º si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban”⁽⁵²⁾; excepción que, a su vez, se completaba con las previstas, con carácter general, respecto de los ficheros de titularidad pública.

En efecto, la LORTAD preveía un régimen jurídico distinto según se tratase de ficheros de titularidad pública (Título IV, Capítulo I, arts. 18 a 22) o de titularidad privada (Capítulo II, arts. 23 a 31), estableciendo normas más favorables para los primeros. En el ámbito de los ficheros de titularidad pública, los principios y derechos que reconocía la ley iban acompañados de una serie de excepciones que aumentaban las ya previstas en los Títulos II y III y anulaban su operatividad, lo que dio lugar a que se planteara la inconstitucionalidad de los correspondientes preceptos (arts. 21 y 22) por vía de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo⁽⁵³⁾.

Por lo que se refiere, en concreto, a este principio de información reconocido en su artículo 5, el artículo 22.1 de la LORTAD disponía que el mismo no tendría lugar cuando la información “impidiera o dificultase gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones públicas o cuando afectase a la defensa nacional o la Seguridad pública o a la persecución de las infracciones penales o administrativas”. A raíz de ello, se

(52) MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., p. 954: “Se trata de una cláusula general indeterminada asentada en criterios vagos...”.

(53) Expresivas son las declaraciones de HERRÁN ORTIZ (*La violación de la intimidad...*, cit., p. 309): “No responde a un capricho presentar en el ámbito de los ficheros de titularidad pública un epígrafe específico dedicado al análisis de las excepciones que respecto a los derechos de los afectados se establecen por la LORTAD (...) La introducción por el legislador de un conjunto de excepciones que facilitan en el ámbito del sector público la obstaculización cuando no el impedimento del ejercicio de los derechos por parte de los interesados constituye uno de los aspectos más discutidos y polémicos de la LORTAD (...) No han dudado algunos autores en calificar de ‘euforia de excepciones’ el sistema que introduce la LORTAD...”.

cuestionó la oportunidad y conveniencia de introducir conceptos como “funciones de control y verificación de la Administración” y “persecución de las infracciones administrativas” como causas de excepción, toda vez que conferirían a la Administración una gran flexibilidad para su apreciación y valoración en tanto que conceptos jurídicos indeterminados cuyos contenido y significación quedaban en manos de aquélla. Se dijo, además, que se trataba de excepciones que ampliaban las previstas en el artículo 9 del *Convenio 108/1981*, norma que recoge como únicos supuestos de excepción la defensa nacional, la seguridad pública o la persecución de infracciones penales. En estos o parecidos términos se manifestó el Defensor del Pueblo al interponer el ya mencionado recurso de inconstitucionalidad contra el indicado precepto⁽⁵⁴⁾.

La LOPDP mantiene la distinción entre *ficheros de titularidad pública* y *ficheros de titularidad privada* (a los que se alude en su Título IV, Capítulo I, arts. 20-24 y Capítulo II, arts. 25-32, respectivamente) pese a haber sido ésta objeto de múltiples críticas y, además, carecer de paralelo en la *Directiva 95/46/CE* lo que, incluso, permite sostener que su mantenimiento supone una incorrecta transposición de ésta⁽⁵⁵⁾. En cuanto al principio de información, su artículo 5.3 conserva la regulación establecida a este respecto por la LORTAD, de suerte que le son de aplicación las mismas críticas anteriormente efectuadas; e igualmente mantiene, en su artículo 24.1, el mismo texto privilegiante de los archivos de titularidad pública del artículo 22.1 de la LORTAD, lo que llevó al Defensor del Pueblo a interponer nuevamente un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 24.1 de la LOPDP, recurso que ha sido resuelto por la STC 292/2000 en el sentido de declarar contrarios a la Constitución y nulos los incisos “impide o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas” y “o administrativas” del apartado 1 del citado artículo 24 LOPDP⁽⁵⁶⁾.

Como novedad, la LOPDP prevé una solución para los supuestos en los que el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la UE y, sin embargo, utilice en el tratamiento de los datos medios situados en España (art.

(54) Cfr. HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., pp. 310-311: “La argumentación del Defensor del Pueblo descansa sobre la determinación del contenido esencial del derecho a la intimidad en el ámbito informático y, destacando la significación del Convenio 108 del Consejo de Europa, no duda en definir el contenido esencial del derecho a la autodeterminación informativa a partir de las facultades que en el art. 8 del Convenio se reconocen al afectado...”.

(55) ROCA JUNYENT/TORRALBA MENDIOLA: “La ley de protección de datos...”, cit., p. 2.

(56) BOE de 4 de enero de 2001.

5.1, inciso final ⁽⁵⁷⁾; y, principalmente, para aquellos casos en que los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado. En estos supuestos, se exige que el titular de los datos sea informado expresa, precisa e inequívocamente, en el plazo de tres meses desde el registro de los mismos: 1) de su pertinencia así como de la existencia del fichero, de su finalidad y de quiénes son los destinatarios de la información; 2) de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; y 3) de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o de su representante. Todo ello salvo que una ley prevea otra cosa; o que el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos; o que la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la Agencia de Protección de Datos, en consideración al número de interesados, la antigüedad de los datos y las posibles medidas compensatorias; o que los datos procedan de fuentes accesibles al público o se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial ⁽⁵⁸⁾.

c) *Principio de seguridad de los datos.*

Puede definirse este principio como aquel “conjunto de garantías y actuaciones que se establecen en la ley para asegurar la correcta utilización de los datos personales, prevenir o detectar cualquier error o irregularidad en relación con los mismos y corregir dichas disfuncionalidades” ⁽⁵⁹⁾. Su regulación es idéntica a la establecida en la LORTAD, con la salvedad de que la LOPDP se refiere también al *encargado del tratamiento* y no sólo al responsable del mismo ⁽⁶⁰⁾.

Los apartados segundo y tercero de su artículo 9 remiten a la vía reglamentaria el establecimiento de las citadas medidas de seguridad así como los requi-

⁽⁵⁷⁾ “Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento”.

⁽⁵⁸⁾ Art. 5.4 y 5 LOPDP.

⁽⁵⁹⁾ En este sentido, HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 251.

⁽⁶⁰⁾ Art. 9.1.º LO 15/1999: “El responsable del fichero o en su caso el encargado deberá adoptar las medidas de indole técnicas y organizativas que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten la alteración, pérdida, tratamiento y acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural”.

sitos que han de reunir los ficheros de tratamiento de los denominados datos sensibles (art. 7) que, como veremos, merecen una regulación especial de la que nos ocuparemos al analizar el régimen de dichos datos.

d) *Principio de consentimiento o autodeterminación.*

Este principio otorga al titular de los datos la facultad de determinar el nivel de protección de los mismos que estime pertinente ⁽⁶¹⁾. A efectos del consentimiento, la ley distingue entre el momento de la recogida de datos (momento en el que dicha exigencia adquiere mayor significación) y el del posterior tratamiento. La LORTAD omitía cualquier referencia a los requisitos que el consentimiento debía reunir para ser estimado válido ⁽⁶²⁾, no obstante lo cual se afirmó por la doctrina que, teniendo en cuenta que el espíritu de la ley no era otro que el de facilitar al interesado un seguimiento de la utilización de sus datos, el consentimiento debía considerarse prestado exclusivamente para un concreto tratamiento o cesión, con su finalidad y características propias, no admitiéndose un apoderamiento general; si bien también se señalaba que hubiera sido un acierto que la ley introdujera determinadas y concretas formalidades ganando así en seguridad jurídica ⁽⁶³⁾. La LOPDP exige, por el contrario, que el consentimiento sea inequívoco (art. 6.1).

Por otra parte, en la regulación que establecía la LORTAD este principio quedaba desvirtuado por las muchas excepciones previstas en su artículo 6: no ya sólo porque el primer apartado del citado precepto, tras declarar la exigencia del consentimiento, establecía que ello será así “salvo que la ley disponga otra cosa” (excepción de tal magnitud que impedía, incluso, la aplicación de las garantías recogidas en la LORTAD) sino, principalmente, por las previstas en su segundo apartado a cuyo tenor podía prescindirse del consentimiento cuando “los datos se recogieran en fuentes accesibles al público, para el ejercicio de las funciones propias de la Administración en el ámbito de sus competencias o se refirieran a personas vinculadas por una relación negocial, laboral, administrativa, contractual y fuesen necesarios para el mantenimiento de la relación o el cumplimiento del contrato”. Dicho segundo apartado del artículo 6 de la LORTAD también fue objeto, en su día, de recurso de inconstitucionalidad ⁽⁶⁴⁾.

(61) En estos términos se refería la Exposición de Motivos de la LORTAD al principio de consentimiento.

(62) Salvo respecto de los datos sensibles del art. 7.

(63) HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., pp. 255-256.

(64) Resuelto por STC 290/2000 que declara, como se ha indicado, la pérdida sobrevenida del objeto del recurso.

A decir verdad, no se comprendía muy bien el fundamento de las citadas excepciones; en primer lugar, porque aunque pareciera lógico que si los datos figuraban en fuentes públicas no se exigiera el consentimiento, ello no justificaba en modo alguno su no exigencia en lo relativo al posterior tratamiento de los mismos; pues, como es evidente, una cosa es la publicidad del dato en sí misma considerada y otra, muy distinta, su registro y tratamiento automatizado sin consentimiento y ni tan siquiera conocimiento del afectado ⁽⁶⁵⁾. Y, en segundo lugar, porque la ley no mencionaba ni, por lo tanto, tenía en cuenta la fuente de la cual la Administración había obtenido los datos, sino que se limitaba a exigir que su recogida obedeciera a necesidades derivadas del cumplimiento de sus funciones, lo que nuevamente otorgaba amplios márgenes de maniobra y de cobertura a la Administración.

Estas excepciones a la garantía del consentimiento no se reducían, en la anterior regulación, al momento del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, sino que se extendían también al momento de su cesión. Así, mientras que el artículo 11.1 de la LORTAD establecía que la cesión de datos de carácter personal solo podía tener lugar para el cumplimiento de los fines “relacionados con las funciones legítimas del cedente y cesionario con el previo consentimiento del interesado”, su apartado segundo recogía un amplio abanico de excepciones ⁽⁶⁶⁾, y el tercero disponía la nulidad del consentimiento cuando “no recayera sobre un cesionario determinado o determinable o no constase con claridad la finalidad de la cesión consentida”.

Especial mención merecía la excepción contenida en el apartado e) del art. 11.2 de la LORTAD, por la que se eximía del consentimiento cuando la cesión tuviera lugar entre Administraciones Públicas, lo que de nuevo venía a confirmar el trato favorable que la ley otorgaba a los ficheros públicos. Su artículo 19 (al que el precepto citado en primer lugar se remitía) disponía, por otra parte, que los datos personales recogidos por las Administraciones Públicas para el desempeño de sus atribuciones “no serían cedidos a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que

(65) HERRÁN ORTIZ, ob. cit., p. 256.

(66) Art. 11.2 LORTAD: “...a) Cuando una ley prevea otra cosa. b) Cuando se trate de datos recogidos en fuentes accesibles al público. c) Cuando el establecimiento del fichero responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente su conexión con ficheros de terceros. d) Cuando el destinatario de la cesión sea el Defensor del pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales en el ejercicio de sus funciones. e) Cuando se produzca entre las Administraciones Públicas en los supuestos del art. 19. f) Cuando se trate de datos relativos a la salud y su cesión sea necesaria para realizar una urgencia o realizar estudios epidemiológicos en los términos establecidos por el art. 8 de la L. 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.”

versaren sobre materias distintas, salvo cuando la cesión hubiese sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o disposición posterior de igual o superior rango que regulase su uso”. En virtud de este último precepto, en materia de cesión de datos entre Administraciones la regla general era, pues, la autorización, salvo que el fin de la cesión fuese el ejercicio de competencias distintas o competencias sobre materias diferentes; esta excepción a la regla general era, a su vez, objeto de una nueva excepción: aun versando en competencias o sobre materias distintas, la cesión era lícita si así lo disponía la disposición general creadora del fichero o, incluso, una norma posterior de igual o superior rango que regulase su uso.

En resumidas cuentas, no se requería el consentimiento del interesado cuando los datos fueran obtenidos por la Administración en el ámbito de sus competencias (art. 6.2) ni en el supuesto de cesión entre Administraciones, aun cuando dicha cesión tuviera por objeto el ejercicio de competencias distintas o que versaren sobre materias diferentes, si así lo había dispuesto una norma que ni siquiera requería rango de ley (art. 11.2 en relación con el art. 19.1.2). En consecuencia, la garantía del consentimiento del afectado quedaba reducida a su mínima expresión⁽⁶⁷⁾, vulnerándose además la garantía de reserva de ley orgánica exigible en todo supuesto de limitación de derechos fundamentales; datos ambos que el Defensor del pueblo tomó en consideración al interponer recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 19.1 de la LORTAD⁽⁶⁸⁾. La única interpretación constitucional posible del artículo 19.1, en relación con el 11.2, ambos de la LORTAD, era que el consentimiento del interesado resultaba imprescindible para la cesión de datos entre las Administraciones públicas, salvo que se ofrecieran garantías y, en concreto, que fuera una Ley la que autorizase y previese la excepción al requisito del consentimiento⁽⁶⁹⁾.

La LOPDP ha introducido algunas importantes modificaciones en la regulación del principio de consentimiento tanto en lo referente al tratamiento como

(67) MORALES PRATS, en *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., p. 954.

(68) Motivo 1.º del recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo respecto al art. 19 de la LORTAD: “...todos los datos personales, excepto los relativos al origen racial, vida sexual y salud, que recojan las Administraciones Públicas, sean sensibles o no. Afecten en mayor o menor medida a la intimidad de sus titulares o permitan conocer aspectos de su vida personal que el titular quiera mantener ocultos, mediante su cruce con otros datos, pueden ser cedidos con el único requisito de que la norma de creación o modificación del fichero público —que en muchos casos será de rango reglamentario— así lo establezca. Esta posibilidad que surge del art. 19.1.º de la LO 5/1992 convierte a este precepto en inconstitucional por no respetar el principio de reserva de ley establecido en el art. 53.1.º CE...”.

(69) En este sentido, HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 307.

a la cesión de los datos. Modificaciones que, no obstante, deben ser objeto de una prudente valoración.

Tras imponer la exigencia de un consentimiento inequívoco del afectado, la nueva ley mantiene en su art. 6.1 la excepción contenida en la expresión “salvo que la ley disponga otra cosa”. En consecuencia, sigue siendo válida la objeción anteriormente dirigida a la LORTAD de que, en cierto sentido, tal disposición impide la aplicación de las garantías que la propia ley reconoce. Por otra parte, en relación con los supuestos en los que no es necesario el consentimiento (art. 6.2), permanece la excepción relativa a los datos recogidos para el ejercicio de las funciones propias de la Administración en el ámbito de sus competencias, cuando tales datos se refieran a las partes de un contrato o precontrato, relación negocial, laboral y administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. En cuanto a la excepción referida al tratamiento de los datos recogidos en fuentes accesibles al público, se añade la exigencia de que dicho tratamiento sea necesario para satisfacer un interés legítimo del responsable o del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre y cuando no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado; por consiguiente, la cuestión ahora es que resulta necesario comprobar si realmente existe ese interés legítimo. Igualmente, se introduce como excepción la de que el tratamiento de los datos tenga como fin proteger un interés vital del interesado, en los términos en que lo define el art. 7.6.º (interés de carácter médico sanitario).

Dicho esto, la novedad más importante que introduce la LOPDP es la siguiente: en virtud de su art. 6.4, en los supuestos que constituyen una excepción a la exigencia de consentimiento el interesado puede oponerse siempre que existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. Estamos, pues, ante una importante garantía para los derechos del interesado; garantía que, no obstante, tendrá escasa aplicación en la medida en que el ejercicio de este derecho de oposición en estos supuestos concretos queda una vez más condicionado a que “una ley no disponga lo contrario”. Al igual que hiciera la LORTAD, la LOPDP procede, a través de este tipo de cláusulas, a desvirtuar las garantías que ella misma establece.

Por lo que se refiere a la exigencia de consentimiento para los supuestos de cesión o comunicación de datos a terceros y a las excepciones al mismo, puede decirse que la LOPDP mejora la regulación contenida en la LORTAD. En efecto, no sólo se suprime en aquélla la remisión que el art. 11.e) de la LORTAD hacía a su artículo 19 en materia de cesión de datos entre Administraciones Públicas sino que, con la nueva regulación, sólo se excluye el consentimiento en esta modalidad de cesión de datos cuando la misma tenga por objeto el tratamiento de los mismos con fines históricos, estadísticos o científicos [art. 11.2.e) LOPDP], con lo que se eliminan los problemas de constitucionalidad que dicha remisión planteaba. E igualmente en relación con supuestos de cesión de datos entre Administraciones públicas, el artículo 21 de la LOPDP mejora la

redacción del artículo 19 de la LORTAD, lo que permite la desaparición de algunos de los reproches dirigidos contra este último precepto; pues mientras que, con arreglo al mismo, no se requería el consentimiento del interesado en la cesión de datos entre Administraciones —aunque tuviera por objeto competencias distintas o versare sobre materias distintas— si así lo autorizaba la norma de creación del fichero u otra de igual o superior rango (lo que vulneraba el principio de reserva de ley orgánica), el artículo 21.1 de la LOPDP exige en cambio, de manera expresa, que la norma sea de superior rango (lo que hace desaparecer la objeción anteriormente señalada) y añade una nueva exigencia a la cesión entre Administraciones en los indicados supuestos: que la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

En definitiva, con la supresión de la remisión que el artículo 11.2.e) de la LORTAD efectuaba a su artículo 19.1, y con la mejor redacción que ambos preceptos reciben en la LOPDP [arts. 11.2.e) y 21.1, respectivamente] parecen desaparecer los motivos que condujeron a la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 19.1 LORTAD por infracción del principio de reserva de ley. Sin embargo no lo entendió así el Defensor del Pueblo, que interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el inciso “o por disposiciones de superior rango” del apartado 1 del artículo 21 de la LOPDP, al entender que este precepto permitía que por normas reglamentarias se determinaran “sin límites y concreciones previas establecidas en la ley habilitante los supuestos en los que proceda la cesión interadministrativa de datos personales sin conocimiento ni consentimiento previo de sus titulares”⁽⁷⁰⁾. Motivo de inconstitucionalidad que ha sido estimado por la STC 292/2000 al declararse en ella contrario a la Constitución —y, por consiguiente, nulo— no solo el citado inciso sino el más amplio que incluye tanto las disposiciones relativas a la creación del fichero como el contenido literal del impugnado; esto es, el inciso expresado en los siguientes términos: “cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso” así como la conjunción disyuntiva “o”. Esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad “se fundamenta en que la LOPDP no ha fijado por sí misma, como le impone el artículo 53.1 CE, los límites al derecho a consentir la cesión de datos personales entre Administraciones Públicas para fines distintos a los que motivaron su recogida, sino que sólo ha identificado la norma que puede hacerlo en su lugar”⁽⁷¹⁾.

(70) Fundamento jurídico n.º 13 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre, BOE de 4 de enero de 2001.

(71) Fundamento jurídico n.º 19 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre, BOE de 4 de enero de 2001.

Por lo que se refiere a los supuestos de nulidad del consentimiento en la cesión o comunicación de datos a terceros, el artículo 11.3 de la LOPDP niega tal efecto en el caso de que el cesionario no fuese determinado o determinable⁽⁷²⁾, limitándolo a aquél en que la información no permite conocer la finalidad a que se destinan los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de archivo de aquél a quien se pretenden comunicar. Y como última novedad digna de mención cabría señalar, finalmente, que la LOPDP regula además los supuestos de acceso a los datos por cuenta de terceros, negándoles expresamente la calificación de comunicación o cesión cuando dicho acceso “sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento”⁽⁷³⁾.

e) *Principio de especial protección de los datos sensibles.*

El estudio de los principios generales se cierra con el del régimen previsto para aquellos datos de carácter personal que constituyen una categoría especial; régimen de protección reforzado tanto por motivo de la proximidad de estos datos a la esfera interior de la persona como por constituir la esencia misma de ésta como individuo y el fundamento de su desarrollo personal⁽⁷⁴⁾. Se trata de los datos previstos en el artículo 7 de la LOPDP.

Estos datos personales especialmente protegidos⁽⁷⁵⁾ pueden dividirse en dos categorías; de un lado, estarían los referidos a informaciones relacionadas con la libertad ideológica y religiosa, que son objeto de un régimen aún más reforzado, principalmente en lo relativo a la exigencia de consentimiento; de otro lado, los referidos a informaciones de carácter material, como el origen racial, la vida sexual o la salud. La existencia de ambas categorías de datos sensibles se deducía ya, por lo demás, de la propia Exposición de Motivos de la LORTAD, por lo que no es de extrañar que, pese al silencio observado al respecto en las principales disposiciones europeas —ni en el *Convenio 108/1981*

(72) Supuesto previsto en el art. 11.3.º de la LORTAD.

(73) Art. 12.1: “No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento”.

(74) HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 264.

(75) MORALES PRATS los denomina “datos relativos al núcleo duro de la privacy”.

ni en la *Directiva 95/46* se hace distinción alguna en relación con estos datos ⁽⁷⁶⁾—, la LOPDP haya mantenido esta distinción.

El artículo 6 del *Convenio 108/1981* arranca de la prohibición de informatización de los datos sensibles salvo que el ordenamiento interno de cada Estado firmante garantice un régimen redoblado de tutela. No parece que sea este el caso del ordenamiento jurídico español, puesto que ni antes en la LORTAD, ni ahora en la LOPDP, se establecen especiales y contundentes garantías para proceder a su informatización; es más, como veremos a continuación, podría decirse que lo que sucede es todo lo contrario.

Para los denominados *datos especialmente sensibles* (ideología y creencias religiosas) la LOPDP —como, en su momento, hizo la LORTAD— se limita a exigir que se advierta al interesado de su derecho a no prestar información (en consonancia con el art. 16.1 CE), así como que el consentimiento que en su caso preste sea expreso y por escrito (art. 7.2). Para proceder a la solicitud, tratamiento o cesión de *datos sensibles* (origen racial, vida sexual y salud) basta con que existan razones de interés general y así lo disponga una ley; garantía que no puede considerarse suficiente pues, como indica MORALES PRATS ⁽⁷⁷⁾, el único interés que podría hacerse valer para la informatización de estos datos sería de tipo estadístico, para lo cual no se necesitaría la identificación del titular de los mismos, por lo que la Ley debería haber previsto como garantía su previa disociación para que dicho titular no pudiera ser identificado.

En estrecha conexión con el régimen especial previsto para esta clase de datos el artículo 9 de la LOPDP (relativo al ya aludido principio de seguridad) establece en su tercer párrafo (de redacción idéntica a su correlativo de la LORTAD) que la determinación de los requisitos que deben reunir las personas que procedan a su tratamiento, así como las condiciones de los ficheros relativos a los mismos, se hará por vía reglamentaria. A la vista de ello, no deja de extrañar que sea un reglamento el encargado de regular las condiciones para la automatización de unos datos cuyo principio general es precisamente su no informatización, salvo garantías reforzadas. Pues, ¿cómo admitir que un simple reglamento pueda desarrollar un régimen reforzado de garantías respecto de lo que, en

⁽⁷⁶⁾ Lo que motivó las críticas de la doctrina especializada; vid., por todos: HERRÁN ORTIZ, *La violación de la intimidad...*, cit., p. 265 y en especial nota a pie de página n.º 86. La LORTAD aludía además a una tercera categoría de datos sensibles, los relativos a antecedentes penales y administrativos (art. 7.5); sobre estos datos y los de carácter médico recogidos en el art. 8 véase HEREDERO HIGUERAS, *La L.O. 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Comentario y texto*, Madrid, 1996, pp. 100 y ss.; y HERRÁN ORTIZ, ob. cit., pp. 268 y ss. Dicha regulación se mantiene en los arts. 7.5 y 8 de la LO 15/1999.

⁽⁷⁷⁾ En *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., p. 956.

definitiva, son derechos fundamentales de las personas, sin con ello quebrar, a su vez, la garantía de reserva de ley para todo lo relacionado con el desarrollo de tales derechos? ⁽⁷⁸⁾.

D) El repertorio de derechos contenido en la LOPDP

El Título III de la LOPDP recoge, por su parte, toda una serie de derechos que se configuran como auténticos derechos subjetivos dirigidos a hacer operativos los principios generales enumerados en su Título II ⁽⁷⁹⁾. Pero una vez más hay que señalar que, junto a la consagración formal de los mismos, la propia ley señala importantes excepciones que, en la mayoría de los casos, los dejan vacíos de contenido. Veamos, en cualquier caso, cuáles son esos derechos reconocidos a las personas respecto al tratamiento de sus datos y qué alcance real tienen.

a) *Derecho a la impugnación.*

Este derecho permite al interesado hacer frente a la amenaza derivada de las conclusiones que, respecto de su personalidad, puedan obtenerse a través del tratamiento de unos datos que, ciertamente, podrían llegar a perjudicarle en el desarrollo y ejercicio de sus actividades si de los mismos se extrajera una impresión desfavorable ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁸⁾ En este sentido y en relación a la LORTAD, pero asimismo de plena aplicación a la LO 15/1999, vid. MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., p. 955: "...ni tan siquiera se establece que el desarrollo reglamentario deba efectuarlo la Agencia de Protección de Datos..."

⁽⁷⁹⁾ Así se decía en la Exposición de Motivos de la LORTAD. En opinión de ROMEO CASABONA ("Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica...", cit., p. 172), el reconocimiento de estos derechos junto con el de los principios de calidad, información, seguridad y cesión va referido a la protección de la identidad y libertad informática; por el contrario el reconocimiento del carácter reservado de los datos se encuentra en estrecha conexión con la protección de la intimidad, lo que demuestra que la ley ha tenido en cuenta la existencia de dos bienes jurídicos distintos: la intimidad informática, por un lado, y la libertad e identidad informática, por otro. Sobre la polémica en torno a la existencia de dos bienes jurídicos o uno solo vid. *supra* apartado I.

⁽⁸⁰⁾ HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 277: "...en ningún momento debe interpretarse este precepto como una prohibición de los tratamientos automatizados de datos que ofrecen perfiles y valoraciones respecto de la personalidad del individuo; únicamente se afirma que las decisiones fundadas exclusivamente en los mismos serán susceptibles de impugnación..."

La LORTAD lo regulaba en su artículo 12, limitándose a establecer la facultad del afectado de impugnar toda decisión privada o acto administrativo que implicase una valoración de su comportamiento y cuyo único fundamento fuese un tratamiento de datos que ofreciera una definición de sus características o personalidad. El artículo 13 de la LOPDP viene a complementar dicha facultad a partir de la premisa de que todo ciudadano tiene derecho a no verse sometido a una decisión con efectos jurídicos sobre él o que le afecte de manera significativa, si esa decisión se basa exclusivamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar su personalidad ⁽⁸¹⁾. En consecuencia, la LOPDP reconoce a los afectados facultad para impugnar dicha decisión, así como el derecho a obtener información sobre cuáles han sido los criterios de valoración y cuál el programa utilizado en el tratamiento que permitió adoptar la decisión; e incluso se ha previsto que la valoración basada en un tratamiento de datos pueda tener efecto exclusivamente probatorio, pero únicamente si así lo solicita el interesado o afectado.

b) *Derecho de información.*

El titular de los datos sometidos a tratamiento informatizado tiene obviamente un derecho a conocer la existencia de los ficheros y sus fines, aunque no lo tenga a recibir información concreta sobre aspectos propios del tratamiento. Este derecho a la información, que estaba ya contemplado en el artículo 13 de la LORTAD ⁽⁸²⁾ y se mantiene —con idéntica redacción— en el artículo 14 de la LOPDP ⁽⁸³⁾, se complementa con el *derecho de acceso* previsto en el art. 14

(81) Con esta declaración se da cumplimiento al art. 15 de la Directiva 95/46/CE: “Los Estados miembros reconocerán a las personas el derecho a no verse sometidas a una decisión con efecto jurídico sobre ellas o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad...”. Se trata en definitiva de proscribir decisiones fundadas en un tratamiento de datos; cfr. HEREDERO HIGUERAS: *La Directiva comunitaria de protección de datos...*, cit., p. 157.

(82) HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 282: “...si el interesado no puede conocer qué datos personales que le conciernen están registrados, ni las posibles cesiones, poca utilidad posee para él este derecho de información...”.

(83) Art. 14 LOPDP: “Cualquier persona podrá conocer, recabando a tal fin la información oportuna del Registro General de Protección de Datos, la existencia de tratamiento de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del tratamiento. El Registro General será de consulta pública y gratuita”.

LORTAD⁽⁸⁴⁾, cuya regulación ha sido objeto de ampliación por el artículo 15 de la LOPDP al no limitarlo ya a una simple obtención de información acerca de los datos objeto de tratamiento —como ocurría en la regulación anterior—, sino que se amplía a la información relativa al propio origen de los datos y a las comunicaciones realizadas o previstas. El ejercicio del derecho de acceso es gratuito y habrá de llevarse a cabo mediante petición al responsable del fichero, velando la Agencia de Protección de Datos por su efectivo cumplimiento⁽⁸⁵⁾. Se trata de un derecho más amplio en su alcance y objeto que el derecho a la información, de manera que en la práctica puede llegar a dejarlo vacío de contenido.

c) *Derechos de rectificación, cancelación y bloqueo.*

A los dos primeros de estos derechos se refiere el artículo 16 de la LOPDP (art. 15 de la LORTAD) en tanto que el derecho de bloqueo figura en el artículo 16 del Real Decreto 1332/1994⁽⁸⁶⁾. La rectificación tendrá lugar cuando el tratamiento de los datos no se ajuste a la ley y cuando los mismos resulten incompletos o inexactos, mientras que la cancelación se producirá cuando no sean adecuados ni necesarios para la finalidad del fichero o excedan de la misma. Ambos son derechos gratuitos del interesado; además, por expresa disposición legal (art. 16.3), la cancelación dará lugar al bloqueo⁽⁸⁷⁾, conservándose los datos a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales para poder atender las posibles responsabilidades derivadas del tratamiento.

La LORTAD no preveía un plazo determinado para el ejercicio de estos derechos, sino que se remitía a la vía reglamentaria. La LOPDP señala, por el contrario, que el plazo para el ejercicio de los mismos será de 10 días (art. 16.1).

(84) Art. 14: “El afectado tendrá derecho a solicitar y obtener información de sus datos de carácter personal incluidos en los ficheros automatizados”. HEREDERO HIGUERAS: *La LO 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de datos...*, cit., p. 60: “El derecho de acceso se debe definir como *habeas data* en tanto que representa una modalidad de acción exhibitoria análoga a la del *habeas corpus*...”.

(85) Art. 12.1 del Real Decreto 1332/1994 y art. 37.a) de la LO 15/1999.

(86) El derecho de bloqueo aparece como alternativa al de cancelación en la Directiva 95/46/CE.

(87) A tenor del art. 16 Real Decreto 1332/1994, el bloqueo es una opción del responsable del tratamiento que procede cuando la cancelación no puede ser llevada a cabo y es necesario evitar la utilización o el tratamiento de la información; cfr. HERRÁN ORTIZ, *La violación de la intimidad...*, cit., p. 293: “Es una forma de cancelación en la que los datos no se borran o destruyen sino que se inutilizan...”.

Pero lo que sobre todo interesa analizar son las excepciones que la LORTAD imponía a estos derechos en el párrafo cuarto de su artículo 15⁽⁸⁸⁾ (y, en relación con los ficheros de titularidad pública, en sus artículos 21 y 22.2, objeto ambos, como se ha indicado, de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en su día por el Defensor del Pueblo), comparándolas con las que a ese mismo respecto establece la LOPDP.

El artículo 21.1 de la LORTAD legitimaba a los responsables de los ficheros policiales para denegar los derechos de acceso, rectificación y cancelación en función de los peligros que pudieran derivarse “para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de la investigación que se esté realizando”; términos todos ellos muy amplios que, además, vulneraban las garantías establecidas en el Convenio 108/1981 cuyo artículo 9.2 señala, como únicas excepciones, “la Seguridad Pública o del Estado, los derechos o libertades de terceros y la represión de las infracciones penales”. En consecuencia, la expresión “necesidades de la investigación” no podía ser interpretada sino en el sentido del indicado Convenio, esto es, como necesidades de la investigación de concretas infracciones penales⁽⁸⁹⁾.

Por su parte, el artículo 22.2 de la LORTAD permitía la no aplicación de esos mismos derechos de acceso, rectificación y cancelación “cuando concurrieran razones de interés público o intereses de terceros más dignos de protección”. Una vez más la LORTAD acudía a términos vagos e indeterminados⁽⁹⁰⁾ que posibilitaban la arbitrariedad frente al ejercicio del *habeas data*, eliminando incluso la efectividad de los derechos que la propia ley reconocía; se vulneraba, en consecuencia, lo dispuesto en el Convenio 108/1981 y en la propia Constitución. Así lo entendió, por lo demás, el Defensor del Pueblo al interponer recurso de inconstitucionalidad contra este precepto⁽⁹¹⁾.

(88) “La cancelación no procederá cuando pudiese causar un perjuicio a intereses legítimos del afectado o de terceros o cuando existiese una obligación de conservar los datos”.

(89) En este sentido: MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., pp. 955-956.

(90) Cfr. supra el comentario al apartado 1 de este art. 22 LORTAD relativo a los supuestos previstos como excepciones al principio de información o transparencia.

(91) “La primera de las ideas —interés público— tiene un alcance que no resulta fácil de precisar. Desde luego, por contraposición a la idea de interés privado, interés público sería aquel en el que coincide la mayoría o la totalidad de la colectividad o aquél que resulta ser objetivo de la sociedad para el logro de condiciones idóneas de existencia.

Esta situación se mantuvo en el texto original de la LOPDP. Pues si bien se procedía en él a suprimir la excepción al derecho de cancelación que la LORTAD preveía en su art. 15.4 (art. 16 de la LOPDP) —supresión lógica dado que en la actualidad el efecto de la cancelación es únicamente el bloqueo de los datos—, se conservaba, en cambio, la redacción de los artículos 21.1 y 22.2 de la LORTAD (arts. 23.1 y 24.2, respectivamente, de la LOPDP). Ello llevó al Defensor del Pueblo a interponer recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 24.2 LOPDP, siendo dicho recurso resuelto por la STC 292/2000 en el sentido de declarar contrario a la Constitución — y, por consiguiente, nulo— todo el apartado 2 del citado artículo 24 ⁽⁹²⁾.

d) Derechos de reclamación e indemnización.

El artículo 17 de la LORTAD reconocía a los interesados el derecho a reclamar ante la Agencia de Protección de Datos en la forma que reglamentariamente se determinase, así como a ser indemnizados si, a consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la misma, el afectado sufría un daño o lesión en sus derechos. Ambos derechos (indemnización y reclamación) se mantienen en la LOPDP, pero reciben en ella un mejor tratamiento en la medida en que cada uno es objeto de una regulación independiente: su artículo 18 reconoce, en efecto, a los interesados el derecho a reclamar ante la Agencia de Protección de Datos frente a las actuaciones contrarias a la ley, remitiendo el procedimiento para su ejercicio a la vía reglamentaria (si bien, la propia ley prevé ahora un plazo máximo de seis meses para que la Agencia dicte resolución expresa contra la que cabrá imponer recurso contencioso administrativo); en tanto que el

Pero, claro, una idea tan amplia elimina el contenido de los derechos que la ley reconoce porque en prácticamente todas las actuaciones de las distintas Administraciones públicas habrá que entender comprendido el interés público, en tanto en cuanto la Administración Pública por imperativo constitucional, sirve a los intereses generales (...) En lo que se refiere a la segunda idea, esto es, 'intereses de terceros más dignos de protección' cabría interpretarla como referida a derechos y libertades de otras personas más dignos de protección como supuesto en que hubieran de excepcionarse los derechos de acceso, rectificación y cancelación..." Extracto del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo al art. 22.1 y 22.2 LORTAD.

⁽⁹²⁾ Fundamento jurídico n.º 18 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre, BOE de 4 de enero de 2001: "Resulta evidente que a la vista de que este inciso permite al responsable del fichero público negar a un interesado el acceso, rectificación y cancelación de sus datos personales, y al margen de que esos intereses puedan identificarse con los derechos fundamentales de ese tercero o con cualquier otro interés que pudiese esgrimirse, semejante negativa conlleva abandonar a la decisión administrativa la fijación de un límite al derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal sin ni siquiera establecer cuáles puedan ser esos intereses ni las circunstancias en las que quepa hacerlos valer para restringir de esa forma este derecho fundamental...".

derecho de indemnización figura en su artículo 19 cuya redacción es, por lo demás, idéntica a la del artículo 17 de la LORTAD.

E) El régimen de los ficheros según sean de titularidad pública o privada

Como ya se ha indicado, la LORTAD regulaba la creación, modificación y utilización de los ficheros de datos en función de la titularidad privada o pública de los mismos, siendo la normativa relativa a estos últimos de naturaleza más favorable. Hasta el punto de que podía afirmarse que los particulares se encontraban en una situación de indefensión respecto al tratamiento automatizado de datos por parte de la Administración pública, toda vez que los derechos que la propia Ley reconocía quedaban reducidos a una mera proclamación formal sin verdadero contenido material.

El régimen de los ficheros de titularidad privada se caracterizaba en la LORTAD por la existencia de una serie de normas comunes (arts. 23 a 25) y de disposiciones específicas para aquéllos que respondieran a concretas finalidades como publicidad, encuestas, investigaciones o información sobre solvencia patrimonial y crédito de las personas (arts. 28 a 30). Destacaba, igualmente, la regulación que el art. 31 efectuaba de los denominados *Códigos-tipo* o normas deontológicas (posteriormente completada por el art. 9 del Real Decreto 1332/1994); esto es, de ciertas reglas constitutivas de principios complementarios cuyo valor de recomendación orienta a quienes pertenecen al grupo que las ha adoptado⁽⁹³⁾.

La LOPDP conserva esta regulación en los Capítulos I (ficheros de titularidad pública) y II (ficheros de titularidad privada) de su Título IV, siendo también en ella más favorable el régimen jurídico previsto para los ficheros de titularidad pública que el de los de titularidad privada. Respecto de estos últimos, se mantiene la estructura que en su momento estableció la LORTAD; de modo que, tras una serie de disposiciones comunes (arts. 25 a 27) que conservan la redacción anterior, en los artículos 28 a 31⁽⁹⁴⁾ se contienen disposiciones específicas para aquellos ficheros que correspondan a concretas finalidades. El

(93) HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 341; MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., p. 952: “La experiencia en otros países indica que los Códigos tipo han proporcionado un resultado insuficiente a los efectos de garantizar el cumplimiento del régimen de garantías contemplado por las leyes de datos personales...”.

(94) Precepto éste último que regula expresamente, y como novedad, los datos del censo electoral. Vid. al respecto ROCA JUNYENT/TORRALBA MENDIOLA, “La ley de protección de datos... cit., p. 2: “...se recoge una solución acorde con lo previsto en el art. 41 de la Ley de Régimen Electoral General...”.

capítulo relativo a los ficheros de titularidad privada concluye con el artículo 32, precepto en el que los llamados *Código-tipo* apenas sufren variación respecto de su regulación anterior.

F) El catálogo de infracciones y sanciones

Al igual que la LORTAD, la LOPDP cierra la regulación del tratamiento de los datos de carácter personal con el establecimiento de una serie de garantías institucionales (como lo es la Agencia de Protección de Datos o autoridad de control ⁽⁹⁵⁾) y con el establecimiento de un régimen de sanciones.

A) La *Agencia de Protección de Datos* (en lo sucesivo APD) ya figuraba en la LORTAD como un ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública o privada, siendo su objetivo el de garantizar el cumplimiento y aplicación de la misma en el desempeño de sus funciones. En virtud del artículo 34 de dicha ley, gozaba de plena independencia con respecto a la Administración. No obstante, se trataba de una independencia más aparente que real por cuanto en el nombramiento de los miembros de su Consejo Consultivo y de su Director intervenía directamente el Gobierno ⁽⁹⁶⁾. Por otra parte, la Ley reconocía igualmente a las Comunidades Autónomas el derecho a crear y mantener sus propios órganos de control ⁽⁹⁷⁾. Esta misma regulación se mantiene en los artículos 35 y siguientes de la LOPDP.

B) Por lo que se refiere al régimen sancionatorio, los artículos 42 y siguientes de la LORTAD describían ya una serie de infracciones administrativas que, consideradas en su conjunto, resultaban más taxativas y ajustadas que las que más adelante serían incorporadas al Código Penal de 1995 como infracciones de naturaleza penal ⁽⁹⁸⁾. Dichas infracciones administrativas, calificadas legalmente de leves, graves o muy graves, se encuentran ahora contenidas en el

⁽⁹⁵⁾ Art. 35 LO 15/1999. Su estatuto fue aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, todavía en vigor en virtud de la disposición transitoria 3.ª LO 15/1999.

⁽⁹⁶⁾ HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 346.

⁽⁹⁷⁾ Arts. 40 y 41 LORTAD. El art. 40 fue objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento y la Generalitat de Cataluña por estimar que el mismo vulneraba la distribución competencial establecida en la CE; recursos desestimados por el TC en Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre, BOE de 4 de enero de 2001.

⁽⁹⁸⁾ MORALES PRATS, en *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., p. 960: "Si se intenta hallar algún criterio de selección entre las conductas incriminadas en el Código Penal y las que han sido ubicadas como merecedoras de sanción en sede administrativa se observará la imposibilidad de dar con un criterio mínimo de reparto de funciones entre infracción penal e infracción administrativa...".

artículo 44 de la LOPDP y pueden ser agrupadas con arreglo a los siguientes criterios ⁽⁹⁹⁾: 1) vulneración de principios generales; 2) vulneración de derechos; 3) vulneración de las funciones y competencias legalmente atribuidas a la Agencia de protección de datos; 4) incumplimiento de los requisitos establecidos para la creación de ficheros de titularidad pública o privada; y 5) movimientos transfronterizos de datos o cesión a paraísos informáticos sin autorización del Director de la Agencia.

1. Como infracciones consistentes en la vulneración de principios generales pueden mencionarse, entre otras, las siguientes conductas:

a) En relación con el *principio de calidad de los datos* reconocido en el art. 10, el art. 44.3.f) de la LOPDP califica de infracción *grave* la consistente en mantener en los ficheros datos inexactos de carácter personal.

b) En relación con el *principio de transparencia*, el art. 44.2.d) considera infracción *leve* la recogida de datos de carácter personal de manos de los propios afectados sin que se les haya proporcionado la información previa legalmente requerida. Esta misma conducta se transforma en infracción *muy grave* del art. 44.4.i) cuando se desatiende sistemáticamente el deber legal de notificación de la inclusión en un fichero de datos de carácter personal.

c) En relación con el *principio de consentimiento*, el art. 44.3.c) incluye entre las infracciones *graves* la recogida de datos de carácter personal sin recabar el consentimiento expreso de las personas afectadas, en los casos en que el mismo fuera exigible. Cabría, asimismo, incluir en este apartado el comportamiento consistente en recoger los datos en forma engañosa y fraudulenta, previsto como infracción *muy grave* en el art. 44.4.a).

d) En relación con el *principio de seguridad de los datos*, el art. 44.2.e) sanciona como infracción *leve* el incumplimiento de los deberes de secreto y de custodia establecidos en su art. 10, salvo que constituya infracción *grave* del art. 44.3.g) por tratarse de datos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales, Hacienda Pública, servicios financieros, prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito o de datos suficientes para obtener una evaluación de la personalidad del individuo. En este mismo apartado debe incluirse la infracción descrita como *grave* en el art. 44.3.h): mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen.

e) En relación con el *principio de especial protección de los datos sensibles*, el art. 44.4.c) describe como infracción *muy grave* la conducta consistente

(99) En este sentido, ROMEO CASABONA: “Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica...”, cit., p. 175.

en recabar y tratar los datos de carácter personal a que se refiere el artículo 7.2 de la LOPDP (ideología, afiliación sindical, religión y creencias) sin consentimiento expreso del afectado, así como los referidos en el artículo 7.3 (origen racial, salud y vida sexual) cuando no lo disponga una ley o el afectado no haya consentido expresamente. También constituye infracción *muy grave* el incumplimiento de la prohibición de crear ficheros con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico o vida sexual. En cuanto a la vulneración del deber de secreto, el art. 44.4.g) la transforma en infracción *muy grave* cuando se trata de datos sensibles.

2. Serían, en cambio, infracciones consistentes en la vulneración de los derechos reconocidos en el Título III de la LOPDP, entre otras, las siguientes:

a) Relativas a los *derechos de información y acceso*: el art. 44.3.e) califica de infracción *grave* la consistente en impedir u obstaculizar el ejercicio de los derechos de oposición y acceso o en negarse a facilitar la información que sea solicitada. Si la negación u obstaculización del derecho de acceso es de naturaleza sistemática, constituirá una infracción *muy grave* del art. 44.4.h).

b) Relativas a los *derechos de rectificación y cancelación*: el art. 44.2.a) valora como infracción *leve* la conducta consistente en no atender, por motivos formales, la solicitud del interesado de rectificación o cancelación de los datos personales objeto de tratamiento cuando legalmente proceda. De ser de carácter sistemático, dicha conducta pasa a ser una infracción *muy grave* del art. 44.4.h).

3. Entre las infracciones que afectan a *las funciones y competencias de la Agencia de protección de datos* cabe citar las siguientes:

a) No proporcionar la información que solicite en relación con aspectos no sustantivos de la protección de datos [art. 44.2.b)]: infracción *leve*.

b) No solicitar la inscripción del fichero de datos de carácter personal en el Registro General de Protección de Datos [art. 44.2.c)]: infracción *leve*, salvo que constituya infracción *grave* del art. 44.3.k).

c) No remitir a la Agencia las notificaciones legal o reglamentariamente previstas y no proporcionarle en plazo cuantos documentos e informaciones deba recibir o requiera [art. 44.3.i): infracción *grave*].

4. Constituyen, por su parte, infracción de los *requisitos de creación de ficheros de titularidad pública o privada* las siguientes conductas:

a) Proceder a la creación de ficheros de titularidad pública o iniciar la recogida de datos de carácter personal para los mismos sin autorización de disposición general [art. 44.3.a): infracción *grave*].

b) Proceder a la creación de ficheros de titularidad privada o iniciar la recogida de datos de carácter personal para los mismos con finalidades distintas de las que constituyen el objeto legítimo de la empresa o entidad [art. 44.3.b): infracción grave].

5. Finalmente, el art. 44.4.e) califica de infracción *muy grave* la transferencia temporal o definitiva, sin autorización del Director de la Agencia de Protección de Datos, de aquellos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o que hayan sido recogidos a tal efecto, con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable.

G) Valoración global de la LOPDP

En conclusión podemos decir que si bien ya con la LORTAD se había conseguido terminar con el caos legislativo existente en materia de protección de los datos personales automatizados, dándose así cumplimiento a lo previsto en el art. 18.4 de la CE y en el *Convenio* europeo, en modo alguno podía verse en ella una garantía plena para la intimidad personal, ya que los derechos del *habeas data* que reconocía pronto quedaban vacíos de contenido ante las excepciones a su ejercicio previstas en la propia ley, sobre todo en relación con los ficheros de titularidad pública (ámbito este en el que los particulares quedaban totalmente desprotegidos frente a las amplias facultades que se concedían a la Administración pública).

El texto original de la nueva Ley de protección de datos personales (LOPDP), nacida con el fin de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 95/46/CE, tampoco lograba cumplir plenamente ese objetivo garantizador. En ciertos aspectos, esa nueva regulación era más clara y precisa que la LORTAD al otorgar a la protección de los datos personales una nueva orientación, ampliar su ámbito de aplicación a cualquier tipo de registro o soporte y regular en forma más detallada los derechos de las personas. Sin embargo, y esta sería la principal objeción que cabía dirigirle, la LOPDP conservaba, en general, los aspectos más conflictivos de la LORTAD, como son las excepciones que, en la mayoría de las ocasiones, hacían inoperantes los derechos reconocidos a las personas en relación, sobre todo, con los ficheros de titularidad pública cuyo tratamiento, por otra parte —y ello constituye también un serio motivo de crítica—, sigue siendo distinto y más favorable que el reservado a los ficheros de titularidad privada⁽¹⁰⁰⁾.

(100) Cfr. ROCA JUNYENTTORRALBA MENDIOLA: “La ley de protección de datos...”, cit., p. 3, que tras valorar positivamente (pensamos que en exceso) la nueva ley, señalan como únicos inconvenientes el mantenimiento de la citada distinción y la regulación de la Agencia de Protección de Datos.

Puede, en consecuencia, afirmarse que si bien la Ley de Protección de Datos Personales de 1999 supuso un cierto avance respecto de la regulación anterior en concretos y determinados aspectos, persistían en ella, sin embargo, algunos de los graves defectos e inconvenientes que en su momento se atribuyeron a la LORTAD, como así lo estimó el Defensor del Pueblo al interponer contra ella un recurso de inconstitucionalidad que fue resuelto por la STC 292/2000 en el sentido de declarar contrarios a la Constitución —y consiguientemente nulos— el inciso “cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso o” del artículo 21.1; los incisos “impide o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones públicas” y “o” del apartado 1 del artículo 24 y todo el apartado 2 del citado artículo de la LOPDP⁽¹⁰¹⁾. Correcciones con las que ha quedado definitivamente dirimida toda tacha de inconstitucionalidad referida a la mencionada Ley, aun cuando persistan en ella algunos de los defectos anteriormente señalados en punto al trato de favor que dispensa a los ficheros de titularidad pública.

VI. LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD INFORMÁTICA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

1. Al carácter relativo y cambiante del propio concepto y contenido del derecho a la intimidad se suma el no menos movedizo y variable de los criterios que presiden su protección jurídico-penal; mutabilidad que se explica en parte porque la protección de la intimidad se ha insertado, tradicionalmente, en la otorgada a otros bienes jurídicos como la libertad y el honor, adquiriendo concreción únicamente a la hora de incriminar las distintas formas de agresión⁽¹⁰²⁾.

Dicha opción a favor de proteger la intimidad en función de las modalidades de ataque a la misma, y no como bien jurídico merecedor de una protección penal autónoma, ha dado lugar históricamente a una continua labor de complementación legislativa al compás de las nuevas modalidades de ataque de las que podía ser objeto⁽¹⁰³⁾. Pero, una vez detectado el peligro que para la intimidad representaban las nuevas técnicas de control audiovisual clandestino, surgió la necesidad de incorporar específicamente estas nuevas formas de ataque al Código Penal, incorporación que tuvo lugar por vía de la Ley Orgánica 7/1984, en la que se tipificaba la colocación de escuchas telefónicas. Igualmente, el conocimiento del peligro que el uso abusivo de los medios informáticos tenía para la

(101) BOE de 4 de enero de 2001.

(102) SOLA RECHE: “Protección penal de la intimidad informática...”, cit., p. 186.

(103) MORALES PRATS: *La tutela penal de la intimidad...*, cit., p. 326.

intimidad motivó la demanda de su incriminación⁽¹⁰⁴⁾, hecho que no ha tenido lugar hasta el Código Penal de 1995, no obstante su previsión en los sucesivos y fallidos Proyectos de 1980⁽¹⁰⁵⁾, 1983⁽¹⁰⁶⁾ y 1992⁽¹⁰⁷⁾.

La incorporación de los ilícitos informáticos al Código Penal pone de manifiesto que han primado las razones de prevención general sobre las de seguridad jurídica. En efecto: su previsión en una ley especial, opción seguida por la mayoría de las legislaciones europeas⁽¹⁰⁸⁾, habría tenido como principal ventaja la de facilitar la interpretación y determinación de la esfera de lo punible garantizando, al propio tiempo, los principios de legalidad y seguridad jurídica, aunque en última instancia podría repercutir en la eficacia preventiva de las normas penales; extremo éste último que, en cambio, ha sido fundamentalmente tenido en cuenta por el legislador penal de 1995⁽¹⁰⁹⁾.

(104) ROMEO CASABONA: “Técnicas actuales sobre las formas de protección jurídica...”, cit., p. 177: “Es deseable e inevitable la incorporación al Código Penal de algún delito sobre esta materia...”.

(105) PCP 1980, Título II, “De los delitos contra la libertad y seguridad”, Cap. IV: “Del descubrimiento y revelación de secretos”, art. 199: “El que faltando a las prescripciones legales sobre el uso de la informática, grabare datos relativos al honor o a la intimidad personal o familiar de terceros o en perjuicio de los mismos manipulare la información legítima o ilegítimamente procesada será castigado con la pena de arresto de 12 a 24 fines de semana y multa de 6 a 12 meses, siempre que el hecho no constituya delito más grave”.

(106) PANCP 1983, Título VII, “De los delitos contra la intimidad”, Capítulo I, “Delitos contra la intimidad personal y familiar”, art. 189: “El que con infracción de las prescripciones legales sobre el uso de la informática, grabare datos relativos al honor o a la intimidad personal o familiar de terceros o en perjuicio de los mismos manipulare la información legítima o ilegítimamente procesada será castigado con la pena de arresto de 12 a 24 fines de semana y multa de 6 a 12 meses, siempre que el hecho no constituya delito más grave”.

(107) PCP 1992, art. 198.2: “El que sin estar autorizado se apodere de datos reservados de carácter personal o familiar de otros registrados en ficheros, soportes informáticos o cualquier otro tipo de archivos o registro público o privado...”.

(108) En opinión de MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad...*, cit., p. 347, la solución técnico-legislativa más adecuada.

(109) MORALES PRATS: “Problemática jurídico penal de las libertades informáticas...”, cit., p. 333. En la Exposición de Motivos de la LORTAD el propio legislador justificaba la no inclusión en la misma de conductas delictivas: “...la ley no consagra nuevos tipos delictivos ni define supuestos de responsabilidad para la eventualidad de su incumplimiento; ello obedece a que se entiende que la sede lógica para tales menesteres no es esta ley sino el CP...”.

Semejante decisión legislativa conlleva, no obstante, la necesidad de acudir constantemente a la regulación extrapenal existente en materia de bancos de datos y de circulación de los mismos, ya que, como es evidente, nos encontramos ante una materia constituida por supuestos de hecho que presentan connotaciones técnicas cuya concreción no puede ser realizada en los estrechos márgenes de un tipo penal.

Ha de reconocerse, sin embargo, que el artículo 197.2 CP, al evitar una remisión en bloque a la legislación extrapenal, ha mejorado en forma notable la regulación llevada a cabo por el Proyecto de 1980 (art. 199) y la Propuesta de 1983 (art. 189). En ambos precedentes se exigía que los hechos que en ellos se incriminaban tuvieran lugar con infracción de las prescripciones existentes sobre el uso de la informática, lo que suponía una elevación a la categoría de delito de lo que no eran sino simples ilícitos administrativos; sin olvidar que en el momento en que ambos textos se redactaron no existía un marco legal de referencia (puesto que la LORTAD se aprobó en 1992) desconociéndose, en consecuencia, todo lo relativo al contenido y rango concretos de dichas prescripciones administrativas⁽¹¹⁰⁾.

El artículo 197.2 CP mejora, igualmente, el catálogo de conductas incriminadas⁽¹¹¹⁾ aunque, como veremos, no por ello queda libre de críticas. En dicho precepto, ubicado en el Capítulo I del Título X del Código —dedicado a los “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”— se recogen, junto a la conducta consistente en la manipulación de datos automatizados de carácter personal⁽¹¹²⁾, una serie de circunstancias agra-

(110) MORALES PRATS: *La tutela penal de la intimidad...*, cit., p. 344: “...se configuraba un delito formal o de mera desobediencia en contradicción con el principio de sustancialidad de las acciones penalmente relevantes, expresado en la propia Exposición de Motivos del PCP 80...”. Con posterioridad el PCP 92 mejora este aspecto si bien, en opinión de ROMEO CASABONA (“Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica...”, cit., p. 177), “persiste una remisión implícita a la LORTAD cuando se alude “...al que sin estar autorizado...”.

(111) ROMEO CASABONA: “Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica...”, cit., p. 179, con relación al PCP 1992; SOLA RECHE: “La protección penal de la intimidad...”, cit., pp. 186-187, y MORALES PRATS: “Problemática jurídico penal de las libertades informáticas...” cit., p. 347 respecto al PCP 80 y PANCP 83.

(112) Art. 197.2: “Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”.

vantes (apartados 3.º, 4.º, 5.º y 6.º) y, a continuación, unos supuestos específicos (arts. 198, 199 y 200). Se otorga, con ello una amplia protección penal al derecho a la intimidad que se concibe como un bien jurídico que es presupuesto del ejercicio de otros derechos y libertades, comprendiendo tanto facultades de exclusión de terceros como de control sobre los propios datos⁽¹¹³⁾. En concreto, el bien jurídico protegido en este precepto es la intimidad informática o derecho de control que corresponde a todo sujeto en relación con sus datos personales cuando éstos circulan por los sistemas informáticos⁽¹¹⁴⁾. Ciertamente que, a la vista del alcance real de este bien jurídico, podría objetarse que las modalidades de ataque contra el mismo hayan sido incluidas en el capítulo relativo al descubrimiento y revelación de secretos; lo que, en cierto sentido, vendría a ratificar que, a pesar de la rúbrica que preside el Título X del Código Penal, el legislador sigue anclado al tradicional concepto negativo del derecho a la intimidad que lo reduce a la facultad de exclusión de terceros⁽¹¹⁵⁾. Quizás hubiera sido más apropiado, por ello, ubicar estas figuras en un capítulo por completo independiente⁽¹¹⁶⁾.

2. El objeto material de la modalidad de ataque descrita en el artículo 197.2 CP se encuentra constituido por los datos personales ya registrados; lo que significa que la intervención penal se produce únicamente a partir de ese momento y que, por consiguiente, son atípicas las conductas anteriores al mismo por mucho que pudieran poner en peligro el bien jurídico intimidad informática. Tales conductas —entre las que pueden citarse, por ejemplo, la recogida ilícita de datos o la creación clandestina de ficheros— siguen siendo, no obstante, infracciones administrativas sancionadas como tales por la Ley Orgánica 15/1999⁽¹¹⁷⁾.

(113) CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC en *Comentarios al CP de 1995...*, cit., p. 991: "...se introduce una tutela global de la intimidad y no solo de una esfera de la misma..."

(114) MORALES PRATS, en *Comentarios al Nuevo Código Penal...*, cit., pp. 950 y ss.

(115) En este sentido, y con relación al PCP 80, MORALES PRATS: *La tutela penal de la intimidad...*, cit., p. 290: "El legislador del PCP parece partir de premisas metodológicas imprecisas respecto al contenido del bien jurídico intimidad aludiendo a las facultades absolutas de exclusión de terceros (secretos) de acuerdo a la tradición penal española desconocedora de una tutela penal moderna de la privacy..."

(116) MORALES PRATS en *Comentarios al nuevo Código Penal...* cit., p. 957.

(117) MORALES PRATS, en *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., p. 958: "Desde luego, es cuestión absolutamente opinable la conveniencia de anticipar la tutela penal a estas fases operativas; esta es la opción de la Datalagen en Suecia y, a mi juicio, es postulable ya en estos casos la intervención penal..."; opinión ya manifestada por este autor al comentar los PCP 80 y PANCP 83; Cfr. "Problemática jurídico penal de las libertades informáticas...", cit., pp. 345-347.

El art. 197.2 alude expresamente, por otra parte, a los datos *reservados de carácter personal y familiar*; expresión que plantea ciertos problemas de interpretación⁽¹¹⁸⁾. En principio, parece que lo más lógico sería identificar tales datos reservados con los datos sensibles, especialmente sensibles o pertenecientes al núcleo duro de la *privacy*, esto es, con los relativos a la ideología, creencias, religión, salud, origen racial o vida sexual; pero esta interpretación ha de decaer a la vista de que tales datos⁽¹¹⁹⁾ son objeto de la conducta constitutiva del tipo agravado previsto en el apartado quinto de este mismo precepto⁽¹²⁰⁾, lo que excluye que puedan serlo también del tipo básico contemplado en su primer apartado.

Para proceder a una interpretación correcta de este precepto es preciso tener presente la relación que existe entre el bien jurídico objeto de protección, en este caso la intimidad informática o libertad informática, y el objeto material, los datos personales informatizados, conceptos que, en modo alguno, pueden superponerse⁽¹²¹⁾. Igualmente, no debe olvidarse que la amenaza que implica el tratamiento informatizado de datos no deriva del almacenamiento ilimitado de los mismos sino, fundamentalmente, de las posibilidades que ofrece su tratamiento, interrelación, cesión o manipulación. Datos, en principio, inocuos,

(118) MATA Y MARTÍN, *Delincuencia informática y Derecho penal*, Madrid, 2001, p. 133. Al respecto, y con relación al PCP 92, ROMEO CASABONA: “Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica...”, cit., p. 179: “...el PCP contrae la protección a la intimidad personal o familiar en cuanto que la acción ha de recaer sobre datos reservados habiendo renunciado a otras manifestaciones de la protección de los datos como son las ya aludidas identidad informática que garantiza —como bien instrumental— no solo la libertad informática sino el libre ejercicio de otros derechos y libertades públicas de los individuos...”. En sentido análogo, y como propuesta *de lege ferenda*, SOLA RECHE: “La protección penal de la intimidad...”, cit., p. 192 y ss.: “Las conductas dirigidas a su vulneración tendrían como objetivo los secretos de las personas y las informaciones a ellas referidas con una amplitud de conocimiento limitado o reservado con soporte informático tutelados por el propio titular o por terceros debidamente autorizados (estableciendo la equivalencia con los papeles o cartas...). En definitiva ambos autores entienden que el derecho penal debe limitar su protección a la intimidad y no a la libertad informática pues se trata de bienes jurídicos distintos. Vid. *supra* apartado primero de este trabajo.

(119) Datos a los que, como ha quedado dicho *supra*, la LOPDP otorga un régimen especial. Vid. *supra* apartado IV.B).3.e) de este trabajo.

(120) “Cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual (...) se impondrán las penas previstas en su mitad superior”.

(121) MORALES PRATS: “Problemática jurídico penal de las libertades informáticas...”, cit., p. 337.

cuando se almacenan y se combinan pueden dar lugar a una información sensible e incluso a un perfil informático de la persona. El peligro no radica, pues, tanto en la naturaleza íntima (o reservada, por utilizar el mismo término que emplea el CP) de la información, sino en el tratamiento que puede llegar a transformar datos en principio intrascendentes para la vida privada o íntima de las personas ⁽¹²²⁾. De manera que objeto material del delito sancionado en el artículo 197.2 CP podrá serlo, en definitiva, cualquier dato personal registrado (a excepción de los sensibles, que darán lugar a la aplicación del tipo agravado) ⁽¹²³⁾, para cuya interpretación será preciso acudir a la normativa extrapenal vigente en la materia [art. 3.a) de la LOPDP, art. 1.4 del Real Decreto 1332/1994 y art. 2.a) de la Directiva 95/46/CE ⁽¹²⁴⁾], a cuyo tenor integra este concepto toda información relativa a una persona física identificada o identificable; es decir, a toda persona cuya identidad puede determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.

En realidad, y como ya se ha indicado al tratar de la ubicación del precepto en el capítulo relativo al descubrimiento y revelación de secretos, la alusión al carácter reservado de los datos (que asimismo guarda relación con el término secretos que emplea el primer apartado del art. 197 ⁽¹²⁵⁾) es indicativa de que el legislador sigue unido al concepto tradicional de intimidad que la configura como una libertad límite, como un derecho negativo que concede únicamente facultades de exclusión de terceros del conocimiento de determinados hechos

(122) HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 211.

(123) CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC en *Comentarios al Código Penal de 1995...*, cit., p. 1000: "...por tal hay que entender todo conocimiento que afecta a cualquier extremo de la vida personal o familiar...". De otra opinión, ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes...*, cit., pp. 32-33: "...el calificativo de 'reservados' encuentra su sentido en la exclusión de esta norma de aquellas acciones recayentes sobre datos individuales que, aun siendo personales, no puedan considerarse reflejo de la intimidad más estricta..."

(124) Pues si bien la LO 15/1999 se ha dictado con el fin de adaptar la regulación española a la Directiva, en algunos aspectos es preciso acudir a ésta última.

(125) Al respecto, y teniendo en cuenta que en el mismo se utilizan alternativamente las expresiones "para descubrir los secretos de otro o vulnerar la intimidad", entiende MORALES PRATS (en *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., p. 945) que "debería haberse optado por suprimir la referencia a los mismos (secretos) pues basta la referencia a la intimidad (...) por secretos se debe entender secretos personales, expresión equivalente y redundante de intimidad".

relativos a la vida personal e íntima. La intimidad, sin embargo, es algo más que eso y comprende además una facultad de controlar los datos que ya han salido al exterior lo que, en la nueva sociedad tecnológica, implica la existencia de un derecho de control sobre los datos personales que circulan a través de las redes informáticas. Estamos, en resumidas cuentas, ante un derecho con proyección social; ante un derecho que es expresión de la libertad personal, que es presupuesto del ejercicio de otros derechos y al que, por todo ello, extiende su manto protector el ordenamiento jurídico penal.

Esos datos de carácter personal a que se refiere el artículo 197.2 CP (el precepto añade al dato el calificativo de “familiar”, adición que no nos parece correcta y que, desde luego, no aparece ni en la LORTAD, ni en la LOPDP, ni en la Directiva comunitaria⁽¹²⁶⁾) deben encontrarse registrados en “ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”; esta última referencia permite extender la protección penal a los ficheros convencionales⁽¹²⁷⁾, extensión tenida en cuenta tanto por la Directiva 95/46/CE⁽¹²⁸⁾ como por la LOPDP⁽¹²⁹⁾. Se ha

(126) A juicio de MORALES PRATS (*Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., p. 961), “...parece que aquí el legislador no ha podido desprenderse de la ‘muletilla’ expresiva que le proporciona el art. 18.1 CE al reconocer el derecho a la intimidad personal o familiar...”.

(127) Cfr. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC (*Comentarios al Código Penal de 1995...*, cit., p. 1001): “Se pretende de este modo que la protección de datos se extiende a cualquier lugar u objeto susceptible de contener un conjunto informatizado de documentos, es decir, de información almacenada...”.

(128) *Considerando 27*: la protección de las personas debe aplicarse tanto al tratamiento de datos como al manual; y art. 3.1: “El ámbito de aplicación de la Directiva es el tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como el no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero”. Vid. también HEREDERO HIGUERAS (*La Directiva comunitaria de protección de datos...*, cit., p. 89): “...la Directiva se aplica a todo tratamiento automatizado de datos estén o no contenidos en ficheros y a todo tratamiento no automatizado de datos contenidos en ficheros...”.

(129) La LORTAD no había previsto esta extensión; sin embargo, en virtud de la Disposición Final Primera, el Gobierno, previo informe del Director de la Agencia de Protección de Datos, podía extender el ámbito de aplicación de la ley a los ficheros convencionales; se relegaba, pues, al ejecutivo esta decisión para que, de forma reglamentaria, determinase o no la ampliación del ámbito de la ley. Esta disposición dio lugar a numerosas críticas de la doctrina especializada; cfr. HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., pp. 223-224, en especial notas a pie de página n.ºs 50 y 51.

tomado en consideración, de esta manera, que los riesgos que ofrecen los tratamientos convencionales son los mismos que derivan de los ficheros automatizados⁽¹³⁰⁾.

En cualquier caso, para determinar el significado de los términos fichero, tratamiento o soporte, en tanto que elementos normativos del tipo⁽¹³¹⁾, habrá que acudir nuevamente a la normativa extrapenal, principalmente al artículo 3.b) de la LOPDP y al Real Decreto 1332/1994.

3. Cualquiera puede ser, en principio, sujeto activo de este delito, salvo los encargados o responsables del fichero; pues, en este caso, estaríamos ante el tipo agravado previsto en el artículo 197.4⁽¹³²⁾. Tampoco podrán serlo los funcionarios públicos que actúan fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito, al haber sido expresamente recogido este supuesto en el artículo 199 CP⁽¹³³⁾.

Los términos *encargado o responsable* del fichero también plantean problemas de interpretación, siendo una vez más necesario acudir a la normativa extrapenal. Y en dicha sede nos encontramos con que si bien la LORTAD únicamente definía la figura del responsable del fichero sin mencionar en nin-

(130) MORALES PRATS, en *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., p. 961: “No hay nada que objetar al hecho de que el CP extienda su tutela a este tipo de ficheros pero ello requiere reflexionar sobre las conductas que deben quedar incriminadas, pues el ciclo operativo de ficheros es diverso al de los ficheros automatizados. Además también las penas deberían ser menores pues el medio empleado es menos insidioso para el bien jurídico...”.

(131) CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC: en *Comentarios al Código Penal de 1995...*, cit., p. 1001: “El legislador con una dudosa técnica parece querer aludir con ‘fichero’ al ‘disco duro’ y con ‘soporte’ al ‘diskette’...” No pensamos, sin embargo, que sea ésta la interpretación que debe darse a los indicados términos. Sino que pensamos que se trata de sinónimos del término archivo (folder).

(132) “Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros se impondrá la penal de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior”.

(133) “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años”.

gún momento al encargado ⁽¹³⁴⁾, la Ley de Protección de Datos Personales de 1999, siguiendo en ello a la Directiva 95/46/CE [art. 2.d)], se refiere tanto al responsable como al encargado [art. 3.d) y g)] en los siguientes términos: es *responsable* la persona física que ostenta las facultades de decisión sobre la finalidad del archivo o fichero, su contenido y usos del tratamiento; y es *encargado* la persona física que procede al tratamiento de los datos personales por cuenta del responsable.

Fundamento de la indicada agravación es el mayor contenido de injusto que cabe apreciar en la conducta típica cuando quien la lleva a cabo es el responsable o el encargado del fichero, ya que a la vulneración de la intimidad del titular de los datos se añade el *plus* representado por la infracción de los deberes de custodia, confidencialidad y sigilo que obligan a esta clase de profesionales ⁽¹³⁵⁾.

Sujeto activo del tipo básico previsto en el artículo 197.2 CP es, pues, el simple operario que carece de las indicadas competencias, el experto informático y conocedor de las bases de datos o un tercero ajeno al mismo ⁽¹³⁶⁾.

Si el autor, encargado o no, responsable o no, fuera un funcionario público que actúa fuera de los casos establecidos legalmente y sin mediar causa por delito pero abusando de su cargo, ya hemos dicho que será de aplicación el artículo 198 CP. Ahora bien, llegados a este punto debemos advertir que existe una laguna legal en el ámbito de los ataques a la intimidad informática llevados a cabo por funcionarios públicos. En efecto: si el funcionario actúa como un

⁽¹³⁴⁾ Problema análogo se planteaba con relación al PCP 1980. Cfr. ROMEO CASABONA, “Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica...”, cit., p. 177: “responsable sería el que lo sea jurídicamente y encargado el que asume las mismas funciones material o fácticamente; en ambos casos con competencia para acceder, manejar, copiar o ceder los datos y los ficheros...”. Vid, en sentido opuesto, y con referencia al CP actual, la opinión de CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC en *Comentarios al Código Penal de 1995...*, cit., p. 1004: “...dicha noción debe interpretarse muy restrictivamente y en sentido análogo al utilizado en la comisión por omisión, esto es, solo aquéllos que en virtud de una disposición legal o contractual poseen esta condición (...) se trata de una condición de naturaleza normativa y no basta un mero encargo de hecho...”.

⁽¹³⁵⁾ En el mismo sentido CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al CP de 1995...*, cit., p. 1004: “...se castiga un abuso cualificado, esto es, del garante de la intimidad que tiene una especial obligación de preservar su invulnerabilidad...”; MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo CP...*, cit., p. 964.

⁽¹³⁶⁾ El art. 2.f) de la Directiva 95/46/CE define al tercero como “la persona física distinta del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado y de las personas autorizadas para tratar los datos”. Por el contrario, la LO 15/1999 únicamente alude al afectado o interesado. Sobre esta expresión volveremos al referirnos al sujeto pasivo.

particular (con los requisitos previstos en el art. 198, esto es, fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa por delito y con abuso del cargo), ya recaiga la conducta sobre documentos, ya sobre datos automatizados, será de aplicación el citado artículo 198 CP; si, por el contrario, el funcionario actúa como tal, esto es mediando causa por delito pero vulnerando las garantías constitucionales, habrá de entrar en aplicación el artículo 535 —o el 536 (Título XXI, Capítulo V, Sección 2.^a)— siempre y cuando la conducta consista en interceptar la correspondencia privada, postal o telegráfica, o las telecomunicaciones, o en emplear artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, imagen o cualquier señal de comunicación (únicos supuestos recogidos en los citados preceptos); pero tales tipos penales no serán de aplicación cuando la conducta recaiga sobre datos personales automatizados dado que la misma no se encuentra legalmente prevista en dicho lugar. Una solución posible para evitar esta laguna sería eludir la severa penalidad contenida en el artículo 198 acudiendo al tipo básico del artículo 197.2⁽¹³⁷⁾; sin embargo, lo más aconsejable sería la previsión concreta de este supuesto en el ámbito de los delitos cometidos por los funcionarios públicos, junto a los artículos 535 y 536 antes citados. Con ello se evitaría incurrir en interpretaciones insatisfactorias respetándose así los principios de legalidad y de seguridad jurídica⁽¹³⁸⁾.

El sujeto activo ha de actuar “sin estar autorizado”, esto es, en forma ilegal; o, lo que es lo mismo, contradiciendo las previsiones de tutela establecidas en la Ley de Protección de Datos Personales⁽¹³⁹⁾. Igualmente, es preciso que la con-

(137) MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código...*, cit., p. 969.

(138) MORALES PRATS (“Problemática jurídico penal de las libertades informáticas...”, cit., pp. 326 y ss.) al comentar la regulación del PCP 80 y PANCP 83, proponía un planteamiento sistemático tridimensional diferenciando tres ámbitos: infracciones informáticas contra la privacy perpetradas por particulares, infracciones perpetradas por funcionarios públicos (“tutela de este bien jurídico en cuanto garantía jurídico política en el plano de las relaciones individuo-Estado, terreno en el que la privacy informática se configura como *habeas data* en sentido estricto del ciudadano”) y, por último, infracciones contra las libertades informáticas en el ámbito de las relaciones entre la Administración pública y el ciudadano.

(139) MUÑOZ CONDE: *Derecho penal P.E.*, 11.^a ed. revisada y puesta al día conforme al CP de 1995, Valencia, 1996, p. 222; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUS-SAC, *Comentarios al CP de 1995...*, cit., pp. 100-1001: “...es una especial causa de justificación porque la protección penal de la intimidad no debe cesar si no es a causa de un conflicto con otro interés de mayor entidad que el legislador resuelve justificando su lesión. Y esto es técnicamente una causa de justificación...”.

ducta se lleve a cabo “en perjuicio de un tercero” o “del titular de los datos o un tercero”. La expresión “en perjuicio” nos indica que estamos ante un elemento subjetivo del injusto ⁽¹⁴⁰⁾, aunque hubiera sido más apropiado mantener la expresión “para vulnerar la intimidad de otro” que el Código utiliza en el primer apartado del artículo 197 ⁽¹⁴¹⁾. Ahora bien, el principal problema que se nos plantea deriva del hecho de que el legislador ha concretado en el primer inciso este perjuicio en un tercero, mientras que en el inciso final lo hace de forma alternativa al referirse, indistintamente, al titular de los datos o a un tercero, cuestión que nos introduce en el problema de determinar cuál es en verdad el sujeto pasivo de esta figura.

4. El sujeto pasivo de este delito —en tanto que titular del bien jurídico objeto de protección— no podrá ser otro, en principio, que quien sea a su vez titular de los datos registrados, ya que de lo que se trata es de proteger la intimidad de cada persona frente a los ataques que tengan por objeto sus datos personales automatizados. Sin embargo, las expresiones empleadas por el legislador dificultan el mantenimiento de esta, por otra parte tan lógica, interpretación.

De entenderse que el “tercero” es el “titular de los datos”, la interpretación del inciso final del artículo 197.2 (titular o tercero) resultaría francamente forzada ⁽¹⁴²⁾ puesto que, de forma alternativa, se estaría haciendo referencia a una misma persona. Pero si se concluye que “tercero”, en el sentido de la ley, es toda persona que no sea el sujeto activo o el titular de los datos ⁽¹⁴³⁾, se daría la paradoja de que la conducta descrita en el primer inciso, por expresa exigencia del precepto, habría de perjudicar a ese “tercero” ajeno y no al titular de los

⁽¹⁴⁰⁾ ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes...*, cit., pp. 39-40; de otra opinión, JAREÑO LEAL/DOVAL PAIS, “Revelación de datos personales, intimidad e informática” en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 1.490, “exigencia objetiva que ha de estar abarcada por el dolo”, y MATA Y MARTÍN, *Delincuencia informática...*, cit., p. 137, “idoneidad objetiva de la conducta para causar un perjuicio”.

⁽¹⁴¹⁾ MORALES PRATS, en *Comentarios al nuevo CP...*, cit., p. 959: “Probablemente con esta partícula intencional el legislador ha pretendido reservar la incriminación típica para las conductas de dolo directo excluyendo las de dolo eventual...”.

⁽¹⁴²⁾ En este sentido, MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo CP...*, cit., p. 959.

⁽¹⁴³⁾ En este sentido, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al CP de 1995...*, cit., p. 1.000.

datos; mientras que, en la prevista en el último inciso, sería indiferente que se perjudicara al titular o a un tercero⁽¹⁴⁴⁾.

La perplejidad aumenta si acudimos a la normativa extrapenal y observamos cómo la Directiva 95/46/CE —a la que ha de acudir en primer lugar dado que, como se ha indicado, ni la LOPDP ni la LORTAD aluden a este concepto— considera “tercero” a toda persona que no es ni el interesado, ni el responsable, ni el encargado ni los autorizados a tratar los datos; tercero es, en definitiva, según esto, todo aquel que sin ser interesado o responsable o encargado trata los datos, es decir, alguien distinto del afectado que es la persona a quien conciernen los datos, su titular.

A la vista de todo ello, somos de la opinión de que, si se quiere dar al precepto una interpretación coherente, habrá que entender que “tercero” es el titular de los datos que, como tal, se constituye en sujeto pasivo del delito y, por regla general, también en perjudicado, si bien pueden darse supuestos en los que la condición de perjudicado recaiga en persona distinta a la del sujeto pasivo o titular de los datos (por ejemplo: datos pertenecientes a los padres cuya alteración perjudica a los hijos). Las diversas expresiones que emplea el artículo 197.2 solo serían una muestra más del apresuramiento con que se procedió a la redacción final de este precepto y del afán del legislador por emplear términos distintos para referirse a un mismo objeto, con la consiguiente creación de confusión a la hora de interpretar y aplicar los tipos penales.

Si el titular de los datos resulta ser un menor o incapaz, el tipo básico queda desplazado por el tipo agravado previsto en el apartado quinto de este mismo artículo⁽¹⁴⁵⁾.

5. Las dificultades de interpretación que se derivan tanto de las propias características técnicas de esta materia, como de los términos y sistemática

(144) Para ORTS BERENGUER/ROIG TORRES (*Delitos informáticos y delitos comunes...*, cit., p. 40), tercero es “cualquier persona distinta al sujeto activo, incluido el titular de los datos”; por el contrario, MATA Y MARTÍN (*Delincuencia informática y Derecho penal...*, cit., p. 137), identifica al tercero con el titular del bien jurídico (intimidad) y al titular de los datos con el titular de la gestión de los datos, es decir, con el titular del fichero o del conjunto de datos cuyo tratamiento está automatizado.

(145) MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo CP...*, cit., p. 965: “Este tipo agravado se halla en consonancia con la recomendación que la doctrina ha efectuado con respecto a la necesidad de redoblar la tutela de la intimidad de los menores, frente a los sofisticados medios de control e instrumentalización del individuo que proporciona la sociedad tecnológica. Idénticas razones presiden la inclusión de los incapaces...”.

empleados por el legislador penal en su regulación, alcanzan, si cabe, su punto álgido a la hora de precisar cuál es la conducta punible⁽¹⁴⁶⁾.

En efecto, mientras que en el primer inciso se alude al “apoderamiento, utilización o modificación”, en el segundo se hace referencia a la “utilización, acceso y alteración”. Una primera interpretación que, en cierto sentido, justificaría el empleo de términos sinónimos en incisos claramente diferenciados (alterar —modificar, acceder— apoderarse) y que dotaría de autonomía y aplicación a la descripción típica del segundo, sería la consistente en entender que las conductas de acceso, alteración o utilización se proyectan sobre los ficheros, soportes informáticos, electrónicos, telemáticos o cualquier otro archivo o registro y no sobre los datos⁽¹⁴⁷⁾. No obstante, dicha interpretación tropieza con importantes obstáculos; principalmente con los que se derivan del sentido teleológico del precepto, que no es otro que proteger la intimidad o libertad informática de la persona frente a los ataques a la misma que se proyecten sobre sus datos automatizados y no, en cambio, la tutela de los propios ficheros y sistemas⁽¹⁴⁸⁾. En nuestra opinión, la única interpretación posible, por más que conduzca al absurdo, sería, pues, la de entender que la conducta tipificada en cada uno de los incisos es exactamente la misma.

En otro orden de ideas, pero todavía en el ámbito de la conducta típica, debe señalarse que, aun cuando el Código Penal de 1995 ha ampliado ciertamente el catálogo de conductas atentatorias de la intimidad informática en

(146) En sentido análogo MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal...*, cit., pp. 959-960: “...es el aspecto que suscita mayores problemas y respecto del que el CP de 1995 expresa mayores incorrecciones (...) parece que el desconcierto y la precipitación han presidido la creación de este precepto...”.

(147) Opinión que sustentan CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al CP de 1995...*, cit. p. 1.001: “El legislador en atención a la vulnerabilidad y entidad del bien jurídico protegido ha tratado de extender la tutela a todo momento o lugar...”.

(148) MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo CP...*, cit., p. 960: “...además político criminalmente no parece coherente adelantar la tutela penal al acceso, alteración o utilización ilícita de los ficheros automatizados cuando por otro lado el art. 197.2 no incrimina conductas previas al momento en que los datos personales se hallan registrados en los bancos de datos (recogida ilícita de datos, creación clandestina de ficheros...). Es un contrasentido retrasar la línea de intervención penal con respecto a los datos personales, para, en cambio adelantarla con respecto a las conductas de manejo ilícito de los propios ficheros automatizados...”.

comparación con otros precedentes ⁽¹⁴⁹⁾, no por ello ha logrado evitar que se critique la ausencia de aquéllas que sí son objeto de tipificación en otras legislaciones de nuestro entorno y que incluso integran el catálogo de infracciones de la LOPDP ⁽¹⁵⁰⁾: recuperación ilícita de datos, desafectación del banco de datos a los fines para los que fue creado, cesión ilícita de datos tanto dentro del mismo país como a otro que carece de garantías para las libertades informáticas (los denominados “paraísos informáticos”), etc. ⁽¹⁵¹⁾. Por otra parte, si el autor, además de acceder en forma ilícita a los datos, difunde, revela o cede la información obtenida, el tipo básico queda desplazado por el agravado previsto en el artículo 197.3 ⁽¹⁵²⁾ (o en el 197.4, si se trata del responsable o encargado ⁽¹⁵³⁾).

6. Antes de concluir el examen de la regulación de los ataques a la intimidad informática, nos parece oportuno efectuar algunas breves consideraciones acerca de las figuras recogidas en los artículos 199 y 200 CP, así como respecto del tipo subjetivo y de la pena con que se conminan.

En el artículo 199 CP, y en especial en su segundo apartado ⁽¹⁵⁴⁾, se recoge el denominado secreto profesional. Se castiga en este lugar, en efecto, la divul-

⁽¹⁴⁹⁾ Como ya se ha indicado, el PCP 80 y PANCP 83 recogían únicamente las conductas de grabar o manipular, mientras que el PCP 92 solo se refería al apoderarse. Esta limitación, que dejaba fuera conductas graves como la utilización o alteración de los datos, fue objeto de numerosas críticas; cfr. al respecto SOLA RECHE: “Protección penal de la intimidad...”, cit., pp. 192-193; ROMEO CASABONA: “Tendencias actuales...”, cit., p. 178; o MORALES PRATS: “Problemática jurídico penal de las libertades informáticas...”, cit., p. 355.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. *supra*, apartado IV.6.B).

⁽¹⁵¹⁾ MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo CP...*, cit., p. 961: “Estos ejemplos demuestran la dificultad de tipificar todas las conductas en un solo precepto del CP. Esta es una materia compleja y muy técnica que requiere una prolija regulación a través de un conjunto de preceptos...”. Este autor proponía, *de lege ferenda*, con anterioridad al CP de 1995, la expresa tipificación de las citadas conductas; cfr. “Problemática jurídico penal de las libertades informáticas...”, cit., pp. 351 y ss.

⁽¹⁵²⁾ “Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores”.

⁽¹⁵³⁾ “...si se difunden, ceden o revelan los datos reservados se impondrá la pena (tres a cinco años) en su mitad superior...”.

⁽¹⁵⁴⁾ “El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

gación o revelación de una información a la que se ha tenido acceso por razón del ejercicio profesional, y ello por cuanto supone de incumplimiento de un deber de sigilo o secreto. Se trata, pues, de supuestos en los que el sujeto activo —verdadero “confidente necesario” que ha accedido a la intimidad ajena por la libre voluntad de su titular y por razón de su profesión— vulnera su deber de reserva al revelar la información obtenida por esa vía⁽¹⁵⁵⁾ al tiempo que traiciona la confianza en él depositada por el sujeto pasivo.

No cabe duda de que los profesionales de la informática, ya sean operadores informáticos, encargados o responsables de los ficheros, asumen un deber de sigilo respecto a la información registrada en los mismos y a la cual acceden lícitamente y de manera constante por motivo del ejercicio de su profesión. Este deber de secreto profesional aparece recogido con carácter general en el artículo 10 de la LOPDP en los siguientes términos: “Quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligación que subsistirá aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”. El deber de sigilo se presenta, así, como una medida de seguridad que vincula especialmente al personal interviniente en el tratamiento de los datos, exigiéndose no solo a los que tengan una relación directa y actual con los mismos sino también a quienes ya han finalizado su relación con el titular o responsable del fichero⁽¹⁵⁶⁾. Su infracción puede ser leve, grave o muy grave, esto último cuando afecta a los datos relativos al origen racial, ideología, religión, creencias, salud o vida sexual.

La Directiva 95/46/CE no se refiere de forma expresa al deber de secreto pero sí regula la confidencialidad del tratamiento de los datos (art. 16: “Las personas que actúan bajo la autoridad del responsable o del encargado del tratamiento, incluido éste último, solo podrán tratar datos personales a los que tengan acceso cuando se lo encargue el responsable del tratamiento o salvo en virtud de un imperativo legal”), cuya configuración ofrece características peculiares si se la compara con el deber de secreto profesional; más que establecerse una obligación de sigilo, lo que se hace es prohibir que las personas que por sus

(155) MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo CP...*, cit., p. 972: “El acceso a la intimidad de terceros constituye el presupuesto para el desarrollo ordinario de algunas profesiones en las que se genera un deber de sigilo (...) el Ordenamiento jurídico se limita a acrecentar las exigencias de discrecionalidad con respecto a determinados profesionales cuyas prestaciones reclaman el conocimiento ilícito de la intimidad del cliente o tercero...”.

(156) HERRÁN ORTIZ: *La violación de la intimidad...*, cit., p. 253.

funciones tuvieran acceso a determinados datos se los comuniquen a terceros sin autorización del responsable. No se expresa, pues, una obligación de secreto profesional sino un deber de no tratar los datos *ultra vires*, que corresponde al responsable del tratamiento, al encargado o a cualquier persona que trate los datos dentro de una relación de dependencia con respecto a uno u otro⁽¹⁵⁷⁾. También alude la Directiva a la seguridad del tratamiento, que remite a los Estados miembros (art. 17: “Los Estados miembros establecerán la obligación del responsable de aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas para la protección de los datos”).

En consecuencia, el personal informático —responsable o encargado⁽¹⁵⁸⁾— que conozca la información ajena registrada por razón de su trabajo, haya accedido a la misma de forma lícita y la revele, difunda o ceda incumpliendo la obligación de sigilo o reserva, incurrirá en la figura prevista en el art. 199.2 CP⁽¹⁵⁹⁾.

El artículo 200 extiende la tutela penal de los datos reservados a los pertenecientes a las personas jurídicas⁽¹⁶⁰⁾. La principal cuestión que plantea este precepto es la relativa a la delimitación del bien jurídico⁽¹⁶¹⁾; teniendo en cuenta el último inciso (“salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código”), así como el capítulo y título donde el mismo se ubica (“De los delitos

(157) HEREDERO HIGUERAS: *La Directiva comunitaria de protección de datos...*, cit., pp. 160-161.

(158) En contra CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al CP de 1995...*, cit., p. 1008, por entender que, tratándose de estos últimos, prevalece el tipo agravado del art. 197.4 sobre el 199.2.

(159) MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo CP...* cit., pp. 977-978: “Se trata de una nueva categoría de confidente necesario de carácter tecnológico puesto que en la sociedad actual el ciudadano se ve imposibilitado de obtener múltiples servicios y prestaciones sin la informatización de sus datos personales...”. Este autor proponía la inclusión de estos supuestos en la figura del secreto profesional con anterioridad a la entrada en vigor del CP de 1995; cfr. *La tutela penal de la intimidad...*, cit., p. 347: “Las reglas deontológicas-informáticas que pueden revestir trascendencia penal pueden reconducirse a los deberes de sigilo...”.

(160) “Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código”.

(161) Análogo problema se producía respecto al PCP 1992 donde, por primera vez, se incorpora este supuesto; cfr. ROMEO CASABONA: “Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica...”, cit., p. 178: “...es acertada esta extensión pero queda en el aire cuál es el bien jurídico...”.

contra la intimidad...”), hay que entender que no se protegen los datos o las informaciones societarias o empresariales⁽¹⁶²⁾. Se protege ciertamente la intimidad, pero no de las personas jurídicas (pues no debemos olvidar que estamos ante un derecho de la personalidad) sino de las personas físicas. La alusión a los datos de las personas jurídicas debe interpretarse, por lo tanto, en el sentido de que se trata de datos cuya titularidad corresponde en principio a las personas jurídicas, pero que tienen incidencia en la intimidad de las personas físicas⁽¹⁶³⁾.

Todas las conductas a las que nos venimos refiriendo son dolosas dado que el Código Penal de 1995 no ha previsto expresamente su incriminación por imprudencia. Las modalidades imprudentes que impliquen la transgresión de las normas de cuidado quedan en la normativa especial extrapenal (LOPDP). Se acoge así una opción respetuosa con los principios y fines del Derecho penal, que debe quedar reservado para las infracciones más graves⁽¹⁶⁴⁾.

En último lugar, y respecto a la penalidad, el artículo 197 señala la misma pena a las conductas descritas en sus apartados 1.º y 2.º; es decir, idéntica sanción conlleva el apoderamiento de papeles o documentos que el empleo de instrumentos técnicos de control audiovisual y que los ataques a la intimidad a través de medios informáticos. Opción criticable si se parte de la base de que los aparatos clandestinos de control audiovisual y, más aún, los medios informáticos inciden de una forma más penetrante e, incluso, inadvertida en la

(162) CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC en *Comentarios al CP de 1995...*, cit., p. 1.009.

(163) MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo CP...*, cit., p. 983: “El CP ha ido más allá que la propia legislación de protección de datos personales automatizados pues la LORTAD ni tan siquiera en sus disposiciones finales prevé la posibilidad de extender su ámbito de tutela a tales datos de las personas jurídicas. En suma, estamos en presencia de una cláusula extraña en el ámbito de la tutela de la intimidad de las personas físicas que debe ser sometida a la hermenéutica restrictiva sugerida con el fin de no confundir el objeto jurídico de protección propio del título X del C.P...”; Vid., en el mismo sentido, ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes...*, cit., p. 60.

(164) No obstante, *de lege ferenda* y con anterioridad al CP de 1995, algún autor proponía la previsión de un tipo imprudente cuando los hechos fueran llevados a cabo por un tercero por la propia imprudencia del encargado o responsable del fichero; cfr. ROMEO CASABONA: “Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica...”, cit., pp. 178 y ss.

intimidad; hecho que sería ya *per se* suficiente para fundamentar una mayor pena ⁽¹⁶⁵⁾.

Podría decirse, en suma, que si bien ha constituido un acierto la incorporación al Código Penal de los ataques a la libertad informática (o parcela informática de la intimidad), lográndose así una protección penal de este bien jurídico más plena y acorde con su reformulación al compás de las nuevas tecnologías, su regulación en concreto no resulta, sin embargo, demasiado apropiada. Quizás hubiera sido preferible, por ello, la creación de un capítulo o sección independiente para estas modalidades de conducta; solución que, a nuestro juicio, presentaría las siguientes ventajas: 1) permitiría la ruptura definitiva del ligamen que aún vincula al legislador penal con una protección del derecho a la intimidad que se nos antoja obsoleta toda vez que, al entenderlo limitado a las facultades de exclusión de terceros, olvida que, en cuanto expresión de la libertad personal, también conlleva facultades para controlar los datos personales que circulan por las redes informáticas; y 2) facilitaría una mejor tipificación de todas las conductas que afectan a la intimidad informática (tanto de las ya previstas en la actualidad, como de aquellas cuya tipificación se ha omitido pese a que era aconsejable su inclusión).

Igualmente sería deseable que el legislador penal hubiera sido más preciso a la hora de emplear ciertos términos y expresiones para referirse tanto a los sujetos como a las distintas modalidades de conducta típica, obviando aquellos que fueran ambiguos o sinónimos dados los enojosos problemas que plantean a la hora de proceder a la interpretación y aplicación de los correspondientes tipos penales.

⁽¹⁶⁵⁾ MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo CP...*, cit., p. 962: “Debería haberse atendido a la insidiosidad de los medios, a la condición de medio de control virtual que proporciona la informática, control penetrante, certero o invisible para la intimidad, a la hora de estratificar la gravedad de las penas con el fin de colmar las exigencias del principio de proporcionalidad...”.

**LÍNEAS BÁSICAS DE LA “REFORMA PARCIAL
DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL SOBRE
PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO
E INMEDIATO DE DETERMINADOS DELITOS Y FALTAS,
Y DE MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO
ABREVIADO”**

CORAL ARANGÜENA FANEGO
*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. REFORMA DEL PROCESO PENAL ABREVIADO.
 - 1. Disposiciones generales.**
 - A) Medidas cautelares reales.
 - B) Recursos contra resoluciones interlocutorias.
 - C) Actuaciones de la Policía Judicial y diligencias del Ministerio Fiscal.
 - D) Otras modificaciones de interés.
 - 2. Diligencias previas.**

3. Preparación del juicio oral.

- A) Diligencias complementarias.
- B) Escritos de acusación.
- C) Sobreseimiento.
- D) Escrito de defensa.

4. Juicio oral.

- A) Conformidad.
- B) Planteamiento de tesis y sentencia.

5. Recursos contra la sentencia.

III. JUICIOS RÁPIDOS.

1. Juicio rápido por delitos.

- A) Naturaleza.
- B) Ámbito de aplicación.
- C) Incoación de diligencias urgentes por el Juzgado de Guardia.
- D) Conclusión de las diligencias urgentes.
- E) Preparación del juicio oral. Eventual conformidad ante el Juez de guardia.
- F) Juicio oral.
- G) Apelación de la sentencia.

2. Juicio rápido por faltas.

- A) Ámbito de aplicación.
- B) Actuaciones de la Policía Judicial.
- C) Actuaciones del Juez de guardia.

IV. JUICIO DE FALTAS.

1. Ámbito de aplicación.

2. Actuaciones previas al juicio.

3. Juicio oral.

V. OTRAS MODIFICACIONES.

1. En la LECrim.

2. En otras Leyes.

I. INTRODUCCIÓN

El 24 de octubre del pasado año, el Ministro de Justicia creó una Sección especial en la Comisión de Codificación para que redactara el Borrador de la que se pretende sea nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, enmarcado en el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia.

Fruto de los trabajos de la citada Sección ha sido la elaboración de un Borrador donde se recogen las reformas que, a juicio de aquélla, no admiten demora alguna, en forma de una Proposición de Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (PRP, en adelante) que con el número 122/000199 se ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el pasado 25 de marzo del presente año ⁽¹⁾, cuya tramitación tras su toma en consideración por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión de 10 de abril ⁽²⁾ se lleva a cabo por el procedimiento de urgencia.

Su contenido puede estructurarse en tres grandes bloques (reforma del procedimiento abreviado; creación de un proceso especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos; reforma del juicio de faltas con la posibilidad añadida de su celebración en forma inmediata) acompañados de otras modificaciones concretas en materias diversas. Se trata, por tanto, de una reforma bastante ambiciosa, prueba de lo cual lo constituye el hecho de que afecta en mayor o menor medida a sesenta y siete artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, uno de la Ley Orgánica Procesal Militar y cinco de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

II. REFORMA DEL PROCESO PENAL ABREVIADO

Se traslada la regulación del proceso abreviado al Título II del Libro IV de la LECrim desde su ubicación actual en el Título IV aprovechando así el hueco dejado por el *antejuicio* desde 1995 ⁽³⁾. Únicamente el hecho de tratarse de una reforma parcial y urgente con vistas a una futura reforma global del texto procesal penal disculpa la solución sistemática seguida que mantiene como ubicación el Libro dedicado a los procesos especiales, pese a que el abreviado —obvia-

(1) BOCG (Congreso de los Diputados) Serie B, núm. 223.1.

(2) BOCG (Congreso de los Diputados) Serie B, núm. 223.2.

(3) Fue la Disposición Adicional primera de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, la que procedió a su derogación expresa.

mente— no lo sea, de lo cual, y por si hubiera alguna duda, advierte el legislador desde el primer precepto que le dedica⁽⁴⁾.

En la misma línea de retoques de tipo sistemático se sitúa el intento del prelegislador por acortar la longitud desmesurada que caracteriza de manera negativa a los preceptos reguladores de este juicio⁽⁵⁾, y la realización de las correcciones necesarias para adaptar aquéllos al vigente Código Penal, habida cuenta de que las referencias actuales todavía se efectúan al de 1973⁽⁶⁾.

Las reformas de tipo técnico o de fondo, que respetan la estructura básica del proceso, sin que resulte modificado, desde luego, el ámbito competencial o la distribución de papeles entre el Instructor y el Ministerio Fiscal, se proyectan no obstante sobre todas y cada una de las fases del proceso y afectan a instituciones básicas del mismo, como el sistema de recursos contra resoluciones interlocutorias (art. 766 PRP), la posición de la acusación y defensa en la fase de preparación del juicio oral (arts. 780 a 784 PRP), o la conformidad del acusado (art. 787 PRP), por citar tres de las más significativas. Veamos éstas, y otras de interés, examinando las diversas fases del proceso.

1. Disposiciones generales

Aun cuando no lo titula, la PRP encuadra dentro del Capítulo primero las disposiciones generales del proceso abreviado, mientras que dedica el segundo (igualmente sin rubricar) a la actuación de la Policía Judicial y del Ministerio Fiscal. Destacan en ellos las modificaciones referentes a:

(4) Confróntese la redacción del nuevo art. 757 con el vigente 779 que constituye su homólogo. Mientras que en el primero puede leerse: “Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales....”, en el 779 se dice “sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales”. La supresión del término *demás* es altamente significativa y evidencia la intención de despejar posibles dudas acerca de la naturaleza ordinaria del abreviado, pese a su ubicación sistemática.

(5) Lo que consigue, en la medida de lo posible, básicamente dividiendo preceptos. Véase, por ejemplo, la sustitución del art. 790 actual por los nuevos arts. 780 a 784 del texto proyectado.

(6) Por ejemplo, el nuevo art. 789.2 alude ya a la *suspensión o sustitución de la pena* en vez de a la *condena condicional* del actual art. 794. O el nuevo art. 764 que se refiere al art. 556 CP (desobediencia) remediando así el desajuste del actual 785.8.ª c) que efectúa una errónea referencia al art. 237 (en cuanto referida al CP derogado). También el nuevo 782.1 que remite adecuadamente a los apartados 1, 2, 3, 5 y 6 del art. 20 del vigente CP, en vez de hacerlo al art. 8 del texto derogado, como todavía hoy puede leerse en el actual 790 LECrim. Ni que decir tiene los 16 años de que habla el 789.5.3.ª, corregido en el 779.3.º del texto proyectado.

A) Medidas cautelares reales

Se declaran aplicables (art. 764 PRP) las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la LEC⁽⁷⁾, admitiendo, asimismo, que la prestación de las cauciones que se acuerden se haga en la forma en ella prevenida.

La remisión, en principio, es acertada en lo que pueda servir para cubrir las lagunas en la materia de que hoy adolece nuestro texto procesal penal⁽⁸⁾. Sin embargo, olvida el prelegislador que no puede efectuarse esta remisión en la forma indiscriminada que pretende, pues el trasplante automático al campo procesal penal de conceptos acuñados por y para el proceso civil produce desajustes de considerable envergadura. Baste con señalar que si así se hiciera, la adopción de medidas cautelares patrimoniales se condicionaría en todo caso a la petición de parte, a la presentación de exigencias documentales o de otro tipo que conduzcan a fundar un juicio indiciario favorable al fundamento de la pretensión del solicitante y al ofrecimiento y prestación de una caución, en cuanto aspectos exigidos por el art. 728 LEC, y ello con independencia de que se adoptaran contra el imputado o contra el tercero civilmente responsable. ¿Es que el *fumus commissi delicti* (apariencia de comisión de un hecho delictivo) que justifica la adopción de medidas contra el presunto responsable criminal (art. 589 LECrim) ha de entenderse sustituido por la aportación de justificaciones documentales o de otra índole que conduzcan a fundar la *pretensión* del solicitante (art. 728.2 LEC)? Huelga todo comentario⁽⁹⁾.

B) Recursos contra resoluciones interlocutorias

Entre los problemas que plantea la regulación actual del abreviado detectados por la práctica de nuestros Tribunales y por la doctrina se encuentran los derivados de la generalización de la queja como recurso ordinario contra los autos de los Jueces de Instrucción y de lo Penal en detrimento de la apelación, limitada a los casos taxativamente señalados por la ley (art. 787 LECrim).

(7) Arts. 721 y siguientes de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

(8) Vid. por ejemplo MARCHENA GÓMEZ, M.: "Algunos aspectos de las medidas cautelares reales en el proceso penal", en *La Ley*, 1998, n.º 4618; también, y para un supuesto concreto, GASCÓN INCHAUSTI, F.: "Régimen de la acción civil en los procesos penales por delito de alzamiento de bienes", *Revista Tribunales de Justicia*, 2002, n.º 2 (febrero), pp. 1 y ss.

(9) Sobre las particularidades que presenta la tutela cautelar en el proceso penal vid. PEDRAZ PENALVA, E., *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Madrid, 1985 y mi monografía *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Barcelona, 1991.

Tal solución legal fue unánimemente contestada desde un principio, habida cuenta de las peculiaridades que presenta el recurso de queja que le desaconsejan como sustitutivo de la apelación (v.gr. informe del instructor al que se le da intervención sin necesidad, preclusividad, ausencia de contradicción). La entidad de los desajustes es puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional que, en Sentencia 178/2001, de 17 de septiembre ⁽¹⁰⁾, declara que la generalización y la configuración de la queja como recurso ordinario en el procedimiento abreviado exige una interpretación integradora de las normas procesales preconstitucionales que lo regulan (arts. 233 y 234 LECrim) a la luz de los preceptos y principios constitucionales, lo que incluye la contradicción e igualdad de armas entre las partes y, por tanto, la necesidad de que se dé traslado a las demás partes personadas en el proceso, aun cuando no lo exijan expresamente los preceptos procesales citados que sólo mencionan al Ministerio Fiscal.

La PRP toma buena nota de la advertencia y, siguiendo la recomendación que también había efectuado en su día el Consejo General del Poder Judicial ⁽¹¹⁾, retorna al sistema tradicional de la LECrim restituyendo a la apelación la condición de recurso ordinario también en el abreviado, aunque prescindiéndose de la necesidad de que le preceda reforma, y con la posibilidad de que aquél se interponga subsidiariamente con éste (art. 766 PRP). Se efectúan algunos retoques en lo referente a los plazos ⁽¹²⁾ y se prevé la eventualidad de su tramitación con vista en los casos en que el auto recurrido acordare la libertad provisional de alguno de los imputados o contuviere otros pronunciamientos sobre medidas cautelares ⁽¹³⁾.

C) Actuaciones de la Policía Judicial y diligencias del Ministerio Fiscal

Reguladas en los arts. 769 a 773 PRP de modo bastante similar a como se disciplinan en los actuales 785 bis y 786, cabe apreciar no obstante una potenciación de las funciones de la Policía Judicial, prueba de lo cual lo constituye el importante papel que asumen en la tarea de información a las víctimas que prevé la legislación vigente, insistiendo así en la línea abierta en 1992 con la

(10) Reproducida en el número 5 de la *Revista de Derecho Penal*, enero de 2002, pp. 157 a 159.

(11) En su Libro Blanco de la Justicia (Madrid, 1997, p. 230).

(12) Se amplía el plazo para su presentación a cinco días (de los tres actuales); se reduce a cinco el común para alegaciones de las demás partes personadas (en la actualidad son seis) y se amplía a cinco el de resolución por la Audiencia (en vez de tres).

(13) De ser la prisión provisional y mediar petición del imputado, la vista deberá acordarse en todo caso; tratándose de otros pronunciamientos sobre medidas cautelares, la Audiencia podrá acordarla si lo estima conveniente (art. 766.5).

reforma parcial del abreviado ⁽¹⁴⁾ de considerar a estos órganos como el primer eslabón en la cadena de atención e información a la víctima. Pero también es un dato significativo el considerable importe de la eventual multa con que se condena a facultativos y personal sanitario en orden a atender sus requerimientos para prestar los debidos auxilios a la víctima (de 500 a 5.000 €, art. 770.1.ª PRP) ⁽¹⁵⁾.

Omite en cambio el prelegislador efectuar alusión alguna al posible carácter *autosuficiente* de las diligencias policiales o fiscales, de cara a evitar una posible actuación instructora judicial complementaria; es significativa, a estos efectos, la comparación entre los nuevos arts. 777 y 779 PRP con el vigente 789.3 LECrim. Probablemente con ello no se ha pretendido desconocer la relevancia de las investigaciones policiales, sino dejar a todas luces claro que, pese a su eventual exhaustividad, no eximen nunca de la necesidad de incoar diligencias previas por el Juez de Instrucción para, como mínimo, comprender la imprescindible comparecencia del imputado a presencia judicial para darle traslado de la imputación, aspecto regulado con acierto en los arts. 774 a 777 PRP ⁽¹⁶⁾, superando así los difusos contornos con que se manifiesta este extremo en el vigente art. 789.4, que exigió en su día del Constitucional la aclaración al respecto en la conocida Sentencia 186/1990.

D) Otras modificaciones de interés

No podemos dejar, siquiera sea de enumerar, otras modificaciones de interés ubicadas en los dos capítulos analizados, como la clarificación del momento en que deviene preceptiva la asistencia letrada ⁽¹⁷⁾ (art. 767 PRP: desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra

⁽¹⁴⁾ LO 10/1992, de 30 de abril, que entre otros preceptos modificó el art. 789.4, atribuyendo a la Policía Judicial el deber de cumplir con la instrucción al perjudicado de sus derechos.

⁽¹⁵⁾ Nótese que la multa va bastante más allá de la mera y necesaria formulación en euros, al haberse experimentado un espectacular incremento en orden a su cuantía actual (se ha multiplicado por 83,3). De haberse mantenido la equivalencia de la prevista actualmente (1.000 a 10.000 pesetas reza todavía el art. 786.1.º LECrim) la cantidad a señalar sería de 6 a 60 €.

⁽¹⁶⁾ Especialmente el art. 775 PRP es claro a la hora de exigir que en la primera comparecencia el Juez informará al imputado de sus derechos y *de cuáles son los hechos que se le imputan*.

⁽¹⁷⁾ La redacción del vigente art. 788 LECrim, que habla del “momento en que fuere necesaria la asistencia letrada”, había planteado dudas interpretativas, especialmente al ponerlo en relación con el art. 791.1. Vid. PÉREZ MARIÑO, V., *La reforma del proceso penal*, obra colectiva, Madrid, 1990, pp. 122 y 123.

una persona determinada), la toma en consideración de diversos avances técnicos que pueden ser de utilidad al proceso y empleados por la Policía Judicial para dejar constancia del modo de comisión del hecho punible (soportes magnéticos o de reproducción de la imagen a que alude el art. 770.2.^a) o la mención a números de teléfono fijos o móviles, fax o dirección de correo electrónico entre otros datos a recabar por la Policía Judicial en tanto pueden servir para la localización de las personas que se encuentren en el lugar de los hechos, a efectos de una futura comparecencia ante el Juez (art. 770.5.^a).

2. Diligencias previas

Su regulación, realizada en el capítulo III, mejora sustancialmente la actual, expresando con claridad, como hemos adelantado, la necesidad de que por el instructor se ilustre debidamente al imputado de la imputación contra él existente, así como de los derechos que le asisten. Entre ellos cobra especial significación la mención al derecho a entrevistarse reservadamente con su Abogado tanto antes como después de prestar declaración, en línea con la novedosa y amplia previsión que en el mismo sentido y con respecto a la prestada por el detenido en sede policial se recoge con carácter general en el nuevo art. 520.6.c) PRP a que posteriormente aludiremos.

Pero además el art. 775 PRP recoge como exigencia, lo que hoy ya es práctica habitual en nuestros juzgados merced a la correcta intelección del art. 118 LECrim, que la primera declaración se preste necesariamente con asistencia de Abogado, algo que expresamente no se recoge en la redacción actual del art. 789.4 LECrim y en cambio se determina con claridad en el nuevo artículo que comentamos.

Se insiste igualmente en el deber de información de derechos que para con ofendido y perjudicado recae sobre el Juez de instrucción, del que no resulta exento por más que se haya acreditado haberse efectuado previamente por la Policía, haciéndose particular mención de las medidas de asistencia a las víctimas previstas en la legislación vigente, del derecho a mostrarse parte en la causa así como hacer uso, en su caso, del derecho de asistencia jurídica gratuita.

Pero sin duda lo más significativo de la nueva regulación son los retoques operados para expresar sin ambages la necesidad de que la cualidad de imputado haya sido asumida con carácter previo ante el Juez de instrucción para poder dirigir formalmente el proceso contra un persona determinada y pasar, previo auto judicial y concluidas que sean las diligencias previas, a la fase de preparación del juicio oral. De este modo el art. 779 PRP, equivalente al actual 789.5, al referirse (apartado 1.4.^a) al vulgarmente conocido como auto de transformación en procedimiento abreviado que se habrá de adoptar si el hecho constituye delito comprendido en el art. 757, declara que esta decisión, “que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que

se imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el art. 775”, cumpliendo así las exigencias dimanantes del derecho de defensa⁽¹⁸⁾ en el sentido proclamado por la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990.

Del resto del contenido del art. 779 PRP merece ser destacada, al margen de la debida corrección en materia de minoría de edad penal (779.1.3.ª PRP), la exigencia, en los casos de archivo y sobreseimiento provisional, de que la resolución que así lo acuerde sea notificada “a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa” (779.1.1.ª PRP), siguiendo así en cierto modo la línea abierta por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que, entre otros aspectos⁽¹⁹⁾, modificó el art. 109 LECrim. Y se suprime la mención a la resolución adoptable ante un reconocimiento de hechos ante el instructor que hoy puede determinar la entrada directa en el juicio oral (art. 789.5.5.ª LECrim) y cuya proyectada desaparición se justifica al poder reconducir su hipótesis de base al ámbito del juicio rápido.

3. Preparación del juicio oral

Los cuatro artículos que conforman el capítulo cuarto dedicado a la regulación de esta fase incorporan novedades de importancia de cara a hacer efectiva la igualdad entre las partes, seriamente alterada en beneficio de las acusaciones y, especialmente, de la pública, en la regulación actual.

De este modo se desecha la solución vigente en el abreviado de que el auto del instructor acordando la apertura del juicio oral se dicte únicamente con base a lo solicitado por las acusaciones oyéndose al acusado sólo tras el dictado de

(18) No hubiera estado de más, sin embargo, permitir la interposición de apelación contra esta resolución para cumplir en toda su plenitud las exigencias de los principios de contradicción y defensa y acabar con la desigual posición que en este momento ostentan las partes al disponer las acusaciones de un doble recurso (reforma y apelación) frente a las resoluciones que les resultan perjudiciales (auto de archivo, sobreseimiento, transformación en faltas o inhibición), mientras que el imputado no puede recurrir el auto de transformación en abreviado que supone la continuación de la causa y la entrada en la fase de preparación del juicio oral.

(19) Siguiendo a su vez el precedente marcado por Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (art. 15.4) y la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio de 1985 sobre posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal. Sobre los aspectos procesales de esta ley remito a mi trabajo “La reforma de la LECrim por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544 bis”, en *Actualidad Penal*, n.º 11, semana del 13 al 19 de marzo de 2000, pp. 237 a 264.

aquella resolución. El artículo 783 PRP exige que se dé traslado al imputado de las peticiones de diligencias complementarias o de apertura del juicio oral efectuadas por las acusaciones así como de las diligencias previas para que realice alegaciones sobre si considera procedente el sobreseimiento o la apertura del juicio oral, presentando al tiempo en este último caso su escrito de defensa. Sólo cumplido ese trámite de audiencia podrá entonces acordar el Juez, a la vista de los escritos de acusación y, en su caso, también de defensa, la apertura del juicio oral, acogiendo una solución en cierto modo próxima a la seguida en el proceso con jurado⁽²⁰⁾.

A) Diligencias complementarias

Se acaba por otra parte con el trato de favor dispensado a la acusación pública en el art. 790.2 LECrim en orden a la petición de diligencias complementarias, al resolverse (783.2 PRP) que el Juez acordará al respecto lo que estime procedente, con independencia de la acusación de que proceda la petición.

Pero además, y respecto de estas diligencias, se omite toda referencia a los límites que en cuanto a su contenido, y a los sujetos que pueden instarlas, exige hoy el art. 790.2 LECrim. En efecto, en los arts. 780 y 783 PRP no se menciona en absoluto que las diligencias complementarias hayan de reducirse a las *indispensables para formular el escrito de acusación por falta de elementos esenciales para tipificar los hechos*, lo cual se halla en sintonía con que tampoco se exija que la petición deba proceder necesariamente de alguna de las acusaciones. Precisamente el art. 783.1 al regular el trámite de instrucción de la defensa prevé que cumplido éste se le emplace por diez días para que realice alegaciones sobre *los extremos indicados en el art. 780*, uno de los cuales lo constituyen las diligencias complementarias, lo que parece sugerir la posibilidad de que éstas puedan ser igualmente solicitadas por él.

B) Escritos de acusación

En otro orden de cosas destaca la notable ampliación de los plazos para presentación del escrito de acusación (justamente al doble: 10 días) y su posible

(20) Coinciden así, además de en la reserva del auto de apertura al instructor, y no al órgano de enjuiciamiento (caso del ordinario) en situar su adopción en un momento posterior a la formulación de los escritos de acusación y de defensa de las partes, si bien este último extremo no se producirá en los casos en que la defensa no se aquiete con la apertura del juicio oral e inste el sobreseimiento, lo que supondrá que no presente en ese momento su escrito de defensa, sino dentro del plazo prevenido en el nuevo art. 784 PRP, una vez decretada la apertura del juicio oral.

prórroga por idéntico plazo mediando petición del Ministerio Fiscal y justa causa (arts. 780 y 781.2 PRP).

Pero en compensación con esta ampliación se regulan, de forma drástica, los efectos de su falta de presentación en plazo al entender que no se pide la apertura del juicio oral sino el sobreseimiento libre si bien, y siendo el del Ministerio Fiscal el que faltare, ha de requerirse previamente al superior jerárquico para que lo presente y sólo ante su falta en los diez días que a tal fin se confieren operarán los efectos anteriormente indicados (art. 781.8 PRP).

La solución que se anuda a la falta de presentación en plazo, sobreseimiento libre, resulta cuando menos discutible por lo que puede suponer de impunidad por causa de un mero retraso ⁽²¹⁾ al vedar la posibilidad de que pueda abrirse posteriormente un proceso penal por aquellos hechos. Se trata de una solución claramente desproporcionada que vulnera además el derecho a la tutela judicial efectiva y que podría incluso levantar indeseables suspicacias en orden a si una mera inactividad está encubriendo en realidad una impunidad interesada.

El efecto de cosa juzgada material que produce un sobreseimiento libre no debe en modo alguno generarse al margen de los tres conocidos supuestos del art. 637 LECrim sin que pueda injertarse en él por esta vía un cuarto motivo absolutamente heterogéneo y extraño.

C) Sobreseimiento

En lo relativo al sobreseimiento, y al margen del indirecto supuesto en que en él puede desembocarse, que acabamos de mencionar, también aparecen novedades de interés.

El sobreseimiento instado por el Fiscal cuando no exista acusación particular personada en la causa exige que el Juez de instrucción, antes de acordarlo, haga saber tal pretensión del Ministerio Público a los interesados en el ejercicio de la acción penal con señalamiento de plazo para que comparezcan a hacerlo si lo estiman oportuno [art. 782.2.a)]. Se incorpora así la solución prevista para el proceso ordinario en el art. 642 LECrim, omitida sin embargo en el abreviado por el art. 790.

Pero sin duda lo más llamativo, a mi juicio, son las amplias facultades del Juez en orden a proceder a un sobreseimiento *ex officio* que se deducen de los términos en que está redactado el nuevo art. 784.3 PRP, que dispone que ha-

(21) Como señaló el Fiscal General del Estado en su comparecencia de 2 de abril de 2002 ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, una cosa es que esos retrasos, que en principio son injustificados, sean merecedores de una sanción disciplinaria, pero en cambio resulta inadecuado, desproporcionado y no se corresponde con la naturaleza de las cosas considerarlo como un sobreseimiento libre.

biéndose solicitado por cualquiera de las acusaciones la apertura del juicio oral aquél “la acordará, salvo que estimare que procede el sobreseimiento, en cuyo caso acordará el que corresponda conforme a los artículos 637 y 641”. Se pasa así de los dos casos de sobreseimiento *ex officio* previstos para el proceso penal abreviado en el actual art. 790.6⁽²²⁾ a permitirlo en todos los supuestos previstos por los arts. 637 y 641⁽²³⁾. Únicamente el hecho de que la resolución del Juez de Instrucción es en cualquier caso recurrible en apelación ante la Audiencia justifica en alguna medida esta solución frontalmente alejada del tradicional modelo seguido por nuestro legislador y manifestada, esencialmente, en la regulación contenida en los arts. 634 y siguientes de la LECrim.

D) Escrito de defensa

Ha de mencionarse, finalmente, los dos momentos prevenidos para presentar el escrito de defensa, en función de que tras el cumplimiento del trámite de instrucción la defensa se aquiete con la solicitud de apertura del juicio oral de las acusaciones o bien formule petición de sobreseimiento.

En el primer caso, como ya vimos, habrá de presentarse simultáneamente escrito de defensa, precediendo por tanto al auto de apertura del juicio oral, mientras que en el segundo se difiere a un momento posterior a la adopción de la resolución de apertura, previéndose que se presente abierto ya el juicio oral y en el trámite de emplazamiento a los designados como acusados y terceros responsables a que se refiere el nuevo art. 784.1 PRP, artículo que regula *in extenso* el contenido y efectos de este escrito.

Se mantiene la posibilidad de que en el escrito de defensa se manifieste la conformidad del acusado, en los términos previstos en el art. 787 PRP que a continuación veremos, pero se elimina la posibilidad de que tal conformidad pueda formalizarse conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal hoy admitida en el art. 791.3 LECrim, de perfiles próximos al *plea bargaining* americano, y cuyo carácter extraño a nuestra tradición jurídica había sido denunciado por la doctrina.

4. Juicio oral

El capítulo quinto encuadra los cinco preceptos (785-789 PRP) que disciplinan el juicio oral. Sin desdeñar la importancia de algunas reformas concretas,

(22) Reconducibles a los supuestos de los arts. 637.2 y 641.2 LECrim.

(23) Puesto que es a estos preceptos a los que remite el art. 784.3 PRP y no, por ejemplo, al 645 LECrim, que restringe el sobreseimiento *ex officio* al libre dictado al amparo del 637.2 LECrim.

como la exigencia de informar en todo caso también a la víctima que no sea parte en el proceso ni deba intervenir en éste de la fecha y lugar del juicio (art. 785.3), o la clarificación de la irrecurribilidad de la decisión que adopta el Juez o Tribunal, tras la audiencia preliminar⁽²⁴⁾, expresamente afirmada ahora en el art. 786.2 PRP, nos centraremos únicamente en los dos aspectos más relevantes: conformidad y sentencia.

A) Conformidad

Se somete a mayores requisitos que los exigidos en la actual regulación, clarificando los aspectos dudosos y susceptibles de interpretaciones diversas a que ha dado lugar la oscura redacción del art. 793.3, especialmente con la desafortunada mención a la *estricta conformidad*⁽²⁵⁾.

El nuevo art. 787 PRP condiciona el dictado de sentencia de conformidad por el Juez o Tribunal a la petición de la defensa manifestada antes de iniciarse la práctica de la prueba y con la aquiescencia del acusado y en relación con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad que en ningún caso podrá exceder de seis años de prisión. Se zanja así la discusión en orden a cuál sea el ámbito objetivo de la conformidad que viene dado por ese límite penológico solicitado (prisión no superior a seis años), eliminándose al tiempo la posibilidad hoy existente de presentar en el acto un nuevo escrito de acusación que facilite aquélla.

Y se mantiene el control del órgano jurisdiccional sobre la corrección de los extremos conformados, aunque con modificaciones de importancia.

En primer lugar, porque habrá de controlar si efectivamente tal conformidad ha sido prestada por el acusado libremente y con conocimiento de las consecuencias que comporta, a cuyo efecto habrá de oírle previamente absteniéndose de pronunciar sentencia y ordenando, por el contrario, la continuación del juicio, si albergare alguna duda. Se pasa así de un sistema de doble garantía (prestada por el defensor y ratificada por el acusado) a uno, pudiera decirse, de triple garantía (al añadirse el ulterior control judicial) justificado por exigencias superiores del derecho de defensa.

(24) Deja sin resolver, sin embargo, otros numerosos problemas a que da lugar la insuficiente regulación de la audiencia preliminar, recientemente puestos de manifiesto por LAMO RUBIO, en esta publicación (LAMO RUBIO, J. de, "La audiencia preliminar en el procedimiento penal abreviado (art. 793.2 LECrim): funciones y disfunciones", *Revista de Derecho Penal* n.º 5 (enero de 2002), pp. 11 y ss.

(25) Vid. por todos DIEGO DÍEZ, L.A. de, *La conformidad del acusado*, Valencia, 1997, y AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Barcelona, 1998, pp. 232 y ss.

En segundo lugar, porque si bien se mantiene la necesidad de que, conforme a los principios de legalidad e *iura novit curia*, controle la corrección de la calificación formulada, así como la procedencia de la pena solicitada, si apreciara alguna incorrección relevante habrá de requerir a la acusación en cuestión para que manifieste si se ratifica en el contenido del escrito o, por el contrario, lo subsana en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada procedente. Sólo tras la oportuna modificación se permite entonces al Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad, puesto que, en otro caso, deberá ordenar la continuación del juicio, solución esta última que parece ser también la procedente si en este momento el Juez o Tribunal entendiere que el hecho carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de la pena o de su preceptiva atenuación, al haberse suprimido de modo significativo toda mención a la posibilidad de que el Juez o Tribunal, aplicando el principio *favor rei*, dicte en estos casos la sentencia que proceda.

Expresamente se declaran recurribles las sentencias de conformidad que no hayan respetado los requisitos o términos pactados de ésta, si bien el acusado no podrá impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada, por el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos.

B) Planteamiento de tesis y sentencia

En los arts. 788 y 789 PRP se efectúan algunos retoques de importancia en orden a introducir, para el abreviado, la posibilidad expresa de hacer uso del planteamiento de tesis del art. 733 LECrim, acabando con la errónea exigencia de vinculaciones del juzgador más allá de lo exigido por el principio acusatorio ⁽²⁶⁾.

La solución acogida en los artículos proyectados es la de que, terminada la práctica de la prueba y el trámite de conclusiones definitivas, pueda el tribunal hacer uso, en su caso, del instituto en cuestión, si bien huye de la fórmula este-reotipada del art. 733 LECrim manteniendo la más amplia del actual abreviado de “someter a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados”. El uso de la tesis de desvinculación será entonces uno de los marcadores del cumplimiento de la debida correlación entre la acusación y el fallo, porque si bien en principio la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las

(26) Los términos en que se expresa el art. 794.3 en relación con el 793.6 LECrim tras una finalidad pretendidamente garantista habían desnaturalizado el principio acusatorio al llevar el juego de las vinculaciones del tribunal no sólo respecto del objeto del proceso y a los derechos de defensa sino también al título de condena y a la pena concreta solicitada. Vid. sobre estas cuestiones VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994, pp. 166 a 178, especialmente.

acusaciones ni condenar por delito distinto, sí podrá hacerlo en cambio si “se hubiere procedido previamente como determina el art. 733” (art. 789.3 PRP) ⁽²⁷⁾.

Por lo demás ha de indicarse que se mantiene la posibilidad de dictar sentencia oralmente (por el Juez de lo Penal) pero añadiéndose la exigencia de que en el anexo al acta del Secretario que la documente se incluya no sólo el fallo sino también *una sucinta motivación* (art. 789.2 PRP). Y se prevé la notificación de la sentencia a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa, en la línea de la ya comentada idea de tutela de los derechos de la víctima (art. 789.4 PRP).

5. Recursos contra la sentencia

Regulada la materia en el capítulo sexto (arts. 790 a 793 PRP), las reformas afectan al recurso de apelación contra sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, permaneciendo invariable, de manera sorprendente ⁽²⁸⁾, lo relativo al recurso de anulación.

Al margen de algunos retoques de escasa entidad, destaca la introducción de un trámite de subsanación de defectos recibido que sea el escrito de formalización del recurso por el Juez (art. 790.4 PRP), y la sustitución de las referencias a la impugnación y adhesión a la apelación por la fórmula más ambigua de *escritos de alegaciones* de las demás partes (art. 790.5 y 6 PRP), lo que no resuelve las dudas existentes en orden a la naturaleza y límites de una eventual apelación adhesiva ⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ No se introduce desde luego la exigencia adicional de que la tesis haya de ser asumida por cualquiera de las acusaciones, algo que, por otra parte, no requiere el art. 733 y que fue demandado por una equívoca doctrina del Tribunal Supremo a mediados de los ochenta (en concreto con las sentencias de 16 de junio y 1 de diciembre de 1987), actualmente superada.

⁽²⁸⁾ Como acertadamente se ha dicho, tal recurso, más que regulado, está meramente sugerido (CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *La reforma del proceso penal*, obra colectiva, Madrid, 1990, p. 223).

⁽²⁹⁾ Como es sabido, TC y TS mantienen posturas divergentes en orden a este punto, pues aun considerando el primero que la configuración del contenido y alcance de la adhesión a la apelación es cuestión que pertenece al ámbito de la interpretación de la legalidad ordinaria, que incumbe de modo exclusivo a los Jueces y Tribunales (STC 162/1997), no ha rechazado la posibilidad de considerarla “vehículo apto para insertar pretensiones autónomas y eventualmente divergentes de la apelación principal” (SSTC 53/1987, 16/2000, 79/2000), algo que sin embargo no es compartido por el Supremo, que mantiene una postura restrictiva sobre el particular exigiendo el carácter accesorio o supeditado respecto al recurso inicialmente interpuesto por el recurrente principal. Vid. sobre estas cuestiones CALDERÓN CUADRADO, M.P., *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, Granada, 1996, pp. 194 y siguientes.

Acertadamente se suprime la referencia a la criticable posibilidad de que anulada la sentencia apelada por quebrantamiento de forma y repuesto el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta *conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida* (cfr. arts. 796.2 LECrim y 792.2 PRP) y se incorpora la exigencia de que la sentencia de apelación sea en todo caso notificada a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa (art. 792.4 PRP).

III. JUICIOS RÁPIDOS

La estrella de esta reforma parcial de la LECrim la constituye, sin duda alguna, la reforma —que no creación⁽³⁰⁾— de los juicios rápidos, con naturaleza de proceso especial apto para permitir el enjuiciamiento inmediato de determinados delitos, pero también, y lo que es totalmente novedoso, de determinadas faltas.

El prelegislador se muestra ambicioso al pretender que el cauce que diseña no se limite, como sucede con el existente, a su empleo en las grandes ciudades⁽³¹⁾. Si bien reconoce que en ellas será desde luego donde tenga especial impacto, declara que está concebido para que pueda y deba ser aplicado en todos los partidos judiciales de España, con independencia de su tamaño y de su índice de delincuencia, pretensión que se nos antoja utópica, al menos en cuanto a los delitos se refiere, al exigir contar con medios materiales y, sobre todo, humanos (no sólo jueces y fiscales de guardia; también policía y peritos), que permitan la necesaria actuación concentrada y, sobre todo, coordinada, algo pretendidamente abordado por el prelegislador en la Disposición Adicional del la PRP y cuya efectiva ejecución dará la respuesta.

Pasando ya al examen de las nuevas normas, abordaremos su exposición comenzando por las referentes al juicio rápido por delitos, no sólo por una

(30) Su antecedente inmediato lo constituyó la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, que introdujo el juicio rápido o abreviadísimo como modalidad acelerada del abreviado, cuyo último retoque se realizó por LO 2/1998, de 15 de junio, por la que se modificaron el CP y la LECrim.

(31) En la actualidad, después de diez años de vigencia de los juicios rápidos, sólo en tres ciudades desde un principio (Madrid, Barcelona y Sevilla) y, recientemente, en otras dos (Valencia y Alicante) se han venido aplicando con regularidad, y sólo de forma marginal en otras veinticinco sedes judiciales, lo que representa un 32% del total de las ubicaciones territoriales de Juzgados de lo Penal (vid. el estudio de MAGRO SERVET “El pacto de Estado de la justicia y la apuesta por los juicios rápidos”, *La Ley*, 2002, n.º 5494).

cuestión de mera sistemática, sino además porque algunas de ellas constituyen referente obligado del enjuiciamiento rápido de las faltas.

Con carácter previo hemos de advertir de que la aceleración si bien se proyecta, básicamente, sobre las fases de instrucción y preparación del juicio oral mediante una actuación concentrada en el Juzgado de guardia y con la fijación de unos plazos máximos para la práctica de las actuaciones respectivas, inexistentes por cierto en el modelo hoy vigente⁽³²⁾, alcanza también al plenario, mediante una reducción de los plazos ordinarios así como al eventual recurso de apelación que pueda deducirse contra la sentencia.

1. Juicio rápido por delitos

A) Naturaleza

Las disposiciones reguladoras de este proceso especial ocupan dentro del Libro IV el Título III, que hoy da cabida al proceso penal abreviado.

A diferencia del proceso penal abreviado, la naturaleza especial del rápido está fuera de toda duda y se desprende ya desde el primero de los artículos que se le dedican, el 795 PRP, que comienza con un significativo “Sin perjuicio de lo establecido para los *demás procesos especiales...*”. Pero la proximidad entre uno y otro tipo de juicio se evidencia en el art. 795.2 PRP, que declara de aplicación supletoria a este proceso las normas relativas al abreviado.

B) Ámbito de aplicación

Se efectúa en el art. 795 PRP con arreglo a un criterio mixto, resultante de la combinación de dos criterios.

Uno, de tipo cuantitativo, que en atención a la entidad y naturaleza de la pena aparejada al delito fija el marco máximo de aplicación de este tipo de procedimientos, coincidente con el del abreviado (es decir, los sancionados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza). Este marco inicial máximo en principio se nos antoja demasiado amplio, especialmente si se confronta con la legislación comparada de nuestro entorno que lo reserva para penas menos graves.

Otro, de tipo cualitativo, que fija las circunstancias que han de acompañar a los hechos punibles que caen dentro del marco máximo anterior para poder ser enjuiciados de modo inmediato. Desde este punto de vista se exige que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado de la Policía Judicial, haya sido

(32) No hay plazos máximos pero sí uno mínimo antes del que no puede celebrarse, en ningún caso, el juicio oral (10 días, conforme al vigente art. 790.6.V LECrim).

puesto a disposición judicial el presunto autor del hecho (bien por haber sido detenido bien, aun sin serlo, por haber sido citado para que comparezca ante el Juez de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado) y concurran además cualquiera de las siguientes circunstancias:

1.^a Flagrancia de los hechos, definiéndose en el mismo precepto lo que haya de entenderse por flagrancia a estos efectos, tomando casi en los mismos términos la definición que se acogía en la originaria redacción del art. 779.1.^a LECrim dada por la Ley 3/1967, de 8 de abril, que regulaba los procedimientos de urgencia, y que en buena medida ha pasado también al art. 398 de la LO 2/1989, de 13 de abril, procesal militar. Nada que ver, por tanto, con la equívoca terminología que se emplea en el actual art. 790.1.III donde se alude a la *flagrancia o evidencia de los hechos* ⁽³³⁾.

2.^a Se trate de alguno de los delitos enumerados específicamente en el art. 795.1.2.^a PRP: lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual cometidos contra las personas a que se refiere el art. 153 CP, hurto, robo, hurto y robo de uso de vehículos y delitos contra la seguridad del tráfico.

El catálogo de delitos escogido por el legislador tiene en común su carácter *menos grave*, en atención a la pena que su comisión lleva aparejada (arts. 13 y 33 CP).

De tal elenco resulta sorprendente la inclusión de las amenazas olvidando el prelegislador que se trata de uno de los delitos reservados al conocimiento del Tribunal del Jurado [art. 1.2.b) LO 5/1995, de 22 de mayo] sin que encontremos en el texto de la Proposición de Ley modificación alguna al respecto. Al margen de esta inexplicable imprevisión, que deberá ser necesariamente subsanada, la reforma estaría justificada al tomar en consideración y remediar lo que se ha dado en llamar fenómeno de la *huida del jurado* para este tipo de delitos, acogiendo así la recomendación efectuada desde el Consejo General del Poder Judicial en los Informes elaborados sobre la aplicación de la LOTJ ⁽³⁴⁾.

También conviene detenerse en el tipo del art. 153 CP (violencia *doméstica*), cuya inclusión en el listado obedece a la recomendación del Consejo Gene-

(33) Como se dijo en la Instrucción 6/1992, de 22 de septiembre (Aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal), el concepto de evidencia no es sino un modo de reiterar el propio concepto de flagrancia en cuanto acción eminentemente ostentosa.

(34) Informes sobre la aplicación de la LOTJ desde el 23 de noviembre de 1995 al 1 de abril de 1997, aprobado en sesión plenaria de 14 de enero de 1998 (p. 19, conclusiones 4.^a —p. 73— y 8.^a —p. 75—) y desde el 1 de abril de 1997 al 31 de marzo de 1998, aprobado en la sesión plenaria de 5 de mayo de 1999, p. 18.

ral del Poder Judicial en orden a utilizar los juicios rápidos para su enjuiciamiento a fin de evitar la desaparición de pruebas y la desprotección de la víctima⁽³⁵⁾. Pese a ello puede resultar de difícil armonización el empleo de los juicios rápidos, tal y como aparecen desarrollados en la PRP con la existencia de Juzgados especializados en esta materia⁽³⁶⁾ o con determinadas normas de reparto existentes en algunas capitales⁽³⁷⁾ que se han revelado sumamente eficaces para combatir este fenómeno delictivo.

3.^a Que se trate de un hecho punible cuya instrucción resulte sencilla. Tal exigencia será precisamente la fundamental para poder emplear el cauce rápido.

En efecto. Pese a que el legislador ha establecido tres circunstancias diversas (flagrancia, encuadramiento en determinados tipos penales o facilidad en la instrucción) señalando que cualquiera de ellas conduce a seguir el procedimiento especial, éstas no pueden ser concebidas aisladamente, estando íntimamente interrelacionadas.

Así, el supuesto más típico de sencillez en la instrucción será precisamente el de los delitos flagrantes. Y de este modo, si esta facilidad en la instrucción se produce con independencia de que el hecho punible pueda encuadrarse o no en alguno de los tipos penales seleccionados en la regla segunda (reconocimiento de hechos, por ejemplo, aunque no es mencionado expresamente por el legislador), por lo mismo existirán casos de hechos punibles que, pese a tener el referido encaje, no podrán conducir a una instrucción sencilla, lo que truncará la posibilidad de enjuiciamiento rápido. Esta circunstancia, como veremos, es tomada en consideración ocasionando que iniciado el proceso por los cauces del juicio rápido, deba continuar en un momento determinado como diligencias previas transformándose, por tanto, en abreviado (art. 798.2.2.º).

En consecuencia, podríamos decir que si en principio cualquiera de las circunstancias han de permitir incoar diligencias por los trámites del proceso

(35) Acuerdo de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica.

(36) La primera decisión de especialización se adoptó a favor del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Elche.

(37) Se pone como ejemplo la norma de reparto vigente en Barcelona, aprobada en Junta de Jueces de Instrucción de 6 de julio de 2000, cuyo tenor literal es el siguiente: "6.15. Violencia Doméstica. Toda denuncia por hechos susceptibles de ser calificados dentro del tipo penal del art. 153 CP e imputables a un mismo autor será competencia, por antecedentes, del Juzgado que haya conocido o esté conociendo de los anteriores hechos en que se base la habitualidad. Si no consta ninguna denuncia anterior, serán aplicables las normas generales de competencia. Se reiniciará nueva cadena de antecedentes cuando hayan transcurrido tres años desde la primera denuncia."

especial, sólo la facilidad en la instrucción permitirá lograr su objetivo: el enjuiciamiento inmediato.

C) Incoación de diligencias urgentes por el Juzgado de Guardia

La incoación de *diligencias urgentes* por el Juzgado de guardia que, aunque nada dice la Ley, deberá efectuarse por medio de auto, se encuentra supeditada a la recepción del atestado policial por un hecho delictivo de los que deben tramitarse conforme al proceso especial por aplicación de las reglas contenidas en el art. 797 PRP, ya examinadas.

Las actuaciones posteriores del Juez se encuentran condicionadas por la actuaciones previas llevadas a cabo por la Policía Judicial y reguladas con detalle en el art. 796 PRP, sin perjuicio de observar igualmente las señaladas en los artículos correspondientes del abreviado. Practicarán en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención, toda una serie de actuaciones tendentes a reducir las posteriores diligencias judiciales al máximo imprimiendo la debida celeridad al proceso. Destacan:

- La posibilidad de citar, incluso oralmente⁽³⁸⁾, a imputado, testigos, ofendidos y perjudicados (a todos los cuales deberá haber informado con carácter previo de sus derechos) así como a las entidades aseguradoras para que comparezcan en el día y hora que se les señale ante el Juzgado de guardia con el apercibimiento de las consecuencias de la incomparecencia.
- También las actuaciones relacionadas con el aseguramiento de la prueba, al poder requerir la presencia del Médico Forense de guardia cuando sea necesario un informe pericial, del mismo modo que recabará la del perito tasador pertinente cuando fuera imprescindible para la ulterior calificación jurídica de los hechos la tasación de algún objeto, pudiendo emitir oralmente el informe ante el Juzgado de guardia. La pretensión de celeridad hace que los análisis llevados a cabo por el Instituto de Toxicología o el Laboratorio Territorial de drogas de las sustancias tóxicas aprehendidas, así como los resultados de los contra-análisis (sangre, orina u análogos) en las alcoholemias, llevados a cabo por el personal sanitario, deban remitirse directamente al Juez de guardia antes del día y

(38) Lo que se efectuará así cuando la urgencia lo requiriere, sin perjuicio de dejar constancia de su contenido en la pertinente acta (796.2.ª PRP). Este acta, naturalmente, deberá ser firmada por quienes hayan sido citados en tal forma, so pena de que resulten en otro caso inútiles las previsiones de la ley. En cualquier caso y tratándose del imputado que no haya sido detenido (pues en este caso no procederá la citación sino la puesta a disposición judicial) conviene extremar las precauciones y evitar desde luego la citación oral.

hora de la citación a que antes hemos aludido. La dificultad de ajustarse a tan exiguo plazo permite a la Policía Judicial en caso de aprehensión de sustancias tóxicas prescindir de la remisión a los Institutos oficiales señalados, procediendo ella directamente a su análisis, a través de sus Secciones especializadas, lo que sin duda redundará en un notable incremento de las posteriores impugnaciones de sus resultados⁽³⁹⁾. Con ser ello discutible desde el punto de vista de la eficacia, aún lo es más desde el punto de vista de su regulación, pues basta para asumir esta tarea de análisis el que la propia Policía *presuma* que el Laboratorio Oficial no podrá remitir el informe en el plazo señalado.

A la vista de todo lo anterior, el Juez de guardia, en presencia en todo caso del Ministerio Fiscal, deberá limitarse en principio a recabar los antecedentes penales del imputado, y los informes periciales solicitados por la Policía Judicial (ordenándolos de no haber sido pedidos), tomar declaración al imputado en los términos previstos en el art. 775 PRP ya examinados (2.2.) que permiten la debida ilustración de la imputación existente con la asunción formal de tal cualidad y el conocimiento de los derechos que le asisten, y todo ello en presencia de su Letrado; tomar asimismo declaración a los testigos comparecidos, pudiendo ordenar el reconocimiento en rueda, careos, y la práctica de cualquier diligencia pertinente que pueda llevarse a cabo en el acto o, en todo caso, dentro de los plazos previstos en el art. 799 PRP que varían en función de la duración del servicio de guardia dependiendo del partido judicial en que se sigan las actuaciones⁽⁴⁰⁾, hasta un máximo de setenta y dos horas contadas a partir de la recepción del atestado.

(39) No se concilia bien la pretendida rapidez inicial con lo que puede ser el resultado final: una probable impugnación del análisis policial. Si el informe fuera emitido por el Organismo Oficial competente (Laboratorio del Servicio de Restricción de Estupeficientes afecto a la Dirección Provincial del Ministerio de Sanidad y Consumo), es frecuente la aceptación expresa o tácita del informe sumarial, por lo que de no mediar impugnación no ha de repetirse en el juicio oral, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo plasmada, entre otras muchas, en sentencias de 10 de junio de 1999, 5 de junio de 2000 y 2 de marzo de 2001, que recogen el criterio unificado adoptado por el Pleno de la Sala 2.^a de 21 de mayo de 1999, ratificado en el Pleno de 23 de febrero de 2001.

(40) Durante el servicio de guardia, en aquellos partidos judiciales en que el mismo tiene una duración de veinticuatro horas, o dentro de las cuarenta y ocho horas o de las setenta y dos siguientes a la recepción del atestado según que la duración del servicio respectivamente sea superior a veinticuatro horas o bien el Juzgado se encuentre de guardia de forma permanente. Sobre la organización del servicio de guardia vid. Título III del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

D) Conclusión de las diligencias urgentes

Practicadas las diligencias indicadas y tras oír las alegaciones de las partes personadas y Ministerio Fiscal en orden a la conveniencia o no de continuar el procedimiento por los trámites de urgencia, y a la adopción o modificación de medidas cautelares, dictará resolución dentro del plazo señalado por el art. 779 PRP, que en función de su contenido podrá ser:

- Oral, motivada e irrecurrible, si considera procedente seguir el procedimiento, pasando entonces sin solución de continuidad a realizar las actuaciones relativas a la preparación del juicio oral a que aludiremos en el apartado siguiente.
- Escrita y en forma de auto, si acuerda su archivo, sobreseimiento provisional, remisión al Juez competente si considera falta el hecho denunciado o inhibición en caso de menores o cuando el hecho estuviere atribuido a la jurisdicción militar. También si acuerda transformarlo en diligencias previas por ser insuficientes las practicadas, especificando entonces aquéllas que considere necesarias y cuya práctica deviene imposible en atención al cumplimiento del plazo exigido por el art. 799. Resolverá igualmente lo que proceda sobre medidas cautelares siendo tales extremos recurribles conforme a lo previsto en el art. 766 PRP.

E) Preparación del juicio oral. Eventual conformidad ante el Juez de guardia

Aunque ciertamente es difícil diferenciar auténticas fases en este proceso especial, algunas actuaciones se equiparan a las que encuadraríamos en la preparación del juicio oral, encontrando apoyo esta idea en la propia sistemática seguida al marcarse una línea de separación entre las diligencias urgentes examinadas y que concluyen con la resolución oral del art. 798.1.1.º, y las subsiguientes actuaciones a seguir, que aun desarrolladas sin solución de continuidad, se ubican en otro capítulo, el cuarto, que, como ya es característico, carece de rúbrica.

Dictada que sea resolución oral acordando la continuación del procedimiento se oír al Fiscal y partes personadas en cuanto a la procedencia de la apertura del juicio oral o, por el contrario, sobreseimiento, así como en lo relativo a medidas cautelares, resolviendo acto seguido lo que considere pertinente: apertura del juicio oral, mediante resolución oral motivada e irrecurrible, o bien sobreseimiento de la causa, mediante auto.

Novedad importante es que la apertura del juicio oral, de acordarse, se produce con carácter previo a la presentación de los escritos de acusación, apartándose del modelo actualmente vigente para los juicios rápidos y de la del proceso abreviado.

A partir de este momento, pueden distinguirse dos modalidades, según que la acusación pública sea o no la única personada en la causa:

— En el primer caso, el Ministerio Fiscal habrá de presentar de inmediato su escrito de acusación (so pena de poder desembocar en un cuestionable sobreseimiento libre si no lo presenta en plazo) ⁽⁴¹⁾, y el Juez de guardia citará a las partes a la celebración del juicio oral con emplazamiento del acusado y del responsable civil para que presenten sus escritos de defensa dentro de los cinco días siguientes directamente ante el órgano del enjuiciamiento. Cabe no obstante que, a la vista del escrito de la acusación del Fiscal, el acusado manifieste su conformidad (lo que se supone podrá hacer oralmente ante el Juez) y pueda pasarse a dictar sentencia por el propio Juez de guardia si se cumplen las siguientes condiciones: el hecho haya sido calificado como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión o con pena de distinta naturaleza cualquiera que sea su cuantía o duración; la pena solicitada (o la suma de ellas, de ser varias), de ser privativa de libertad no ha de superar, reducida en un tercio, los dos años de prisión, y han de darse además la práctica totalidad de los presupuestos y requisitos previstos en el CP para acordar la suspensión de su ejecución ⁽⁴²⁾ o su sustitución por otra pena no privativa de libertad ⁽⁴³⁾. Tras el necesario control por el Juez de la libertad en la prestación de la conformidad y conocimiento de los efectos que entraña, así como del cumplimiento de los

(41) De no hacerlo así el Juez, sin perjuicio de emplazar a los posibles interesados en el ejercicio de la acción penal en los términos ya analizados y regulados en el art. 782.2, requerirá inmediatamente al superior jerárquico del Fiscal para que en el plazo de dos días presente el escrito que proceda, siendo considerada su falta de presentación en el indicado plazo como una solicitud de sobreseimiento libre (art. 800.5 PRP). Vid. la crítica que se hace a esta solución en el apartado 2.3.2.

(42) Con carácter general se reducen, conforme al art. 81 CP, a que el condenado haya delinquirido por primera vez —sin que a estos efectos hayan de computarse los antecedentes por delitos imprudentes—, la pena impuesta no supere los dos años de privación de libertad (tres si se trata de drogodependientes sometidos a un proceso de deshabitación, art. 87) y se hayan satisfecho las responsabilidades civiles. Sin embargo el art. 801.3 PRP atenúa los últimos extremos al no exigir el acreditamiento de la total satisfacción de las responsabilidades civiles bastando el compromiso del acusado de satisfacerlas en el plazo prudencial que le sea fijado por el Juez de guardia como igualmente considera suficiente, en los casos de que el acusado se encuentre sometido a un tratamiento de deshabitación que haya de acreditarse, el compromiso del acusado de obtener la pertinente certificación del organismo correspondiente en el plazo judicialmente señalado.

(43) Conforme al art. 88 CP admiten la sustitución tanto la pena de prisión que no exceda de un año (o, excepcionalmente, de dos tratándose de reos no habituales) como la pena de arresto de fin de semana.

requisitos señalados, dictará sentencia de conformidad en la que, de imponer pena privativa de libertad, deberá ser la solicitada rebajada en un tercio, acordándose necesariamente su suspensión o sustitución. La sentencia habrá de contener además la condena del acusado para el caso de que incumpliere sus compromisos, que de ser privativa de libertad consistirá precisamente en la inicialmente pedida sin la reducción del tercio.

— Si se hubiere constituido acusación particular, los escritos de acusación tanto de ésta como del Ministerio Fiscal se deberán presentar ante el Juez de guardia en el plazo de dos días que a tal fin se les concederá, procediéndose posteriormente a citar a las partes para la celebración del juicio oral con emplazamiento del acusado y tercero civilmente responsable a los efectos de que ante aquél presenten su escrito de defensa. El acusado podrá prestar en éste su conformidad, en las condiciones examinadas anteriormente, si bien en tales casos corresponderá efectuar el consiguiente control y, en su caso, dictar sentencia de conformidad en las condiciones señaladas, al órgano correspondiente para el enjuiciamiento.

Del régimen expuesto de la conformidad, la posibilidad de dictar sentencia por el Juez de guardia es, sin duda, una de sus más significativas novedades. Pese a las precauciones y limitaciones de las que se rodea en cuanto a la gravedad del hecho, de la pena solicitada y de la pena a imponer, no encaja bien con una de las exigencias del principio acusatorio: necesidad de encomendar la instrucción y el juicio a órganos diferentes. Cierto que realmente lo que hace, en su caso, es refrendar una limitada conformidad y sancionar lo aceptado por las partes, lo que además no supone *en principio*⁽⁴⁴⁾ ejecución alguna de pena privativa de libertad, ya que debe suspenderse o sustituirse. Sin embargo parece más conveniente que esta decisión se encomiende al órgano competente para el enjuiciamiento, lo que no retrasará de modo significativo la decisión pero sin embargo evitará posibles dudas acerca de la constitucionalidad de la solución que se pretende introducir. En cualquier caso la solución proyectada pasaba por la necesaria reforma del artículo 14 de la LECrim, además de los concordantes de la LOPJ, lo que desde luego ha sido omitido en el texto de la PRP.

Igualmente novedosas son las limitaciones exigidas para que esta conformidad opere, y ello con independencia de que la sentencia la dicte el Juez de guardia o el competente para el enjuiciamiento. Por un lado, y dado el juego de los arts. 81 y 88 CP, la posibilidad de hacer uso de este instituto resulta vedada para quienes tengan antecedentes penales, lo cual *a priori* no parecería estar justificado al menos atendiendo a razones de economía procesal, especialmente

(44) A salvo de un eventual incumplimiento posterior de las condiciones de la suspensión o de la pena sustituida.

en aquellos delitos flagrantes en que se pueda haber dado un reconocimiento de los hechos. Por otro lado la explicación a esta exclusión se encuentra en la configuración de la conformidad como una especie de solución con *premio* (rebaja de la condena en un tercio) de la que sólo deben beneficiarse los que delincan por vez primera, que ven añadido este importante beneficio a los adicionales que se derivan de evitar tanto los negativos efectos que toda celebración del juicio supone como, especialmente, los estigmatizadores del cumplimiento de la pena privativa de libertad. La solución puede resultar en cierto modo discutible, especialmente si reparamos en que ese “premio a la conformidad” no parece ir unido a ningún valor que suponga asunción de culpa, arrepentimiento o idea de reinserción por el acusado. Y además porque tampoco se alcanza a comprender la razón que justifica que la rebaja en cuestión sólo se prevea para cuando se trata de pena privativa de libertad, pero no en cambio para las de otra naturaleza ⁽⁴⁵⁾.

F) Juicio oral

Deberá celebrarse en la fecha señalada por el Juez de guardia ante el órgano competente para el enjuiciamiento, estableciéndose soluciones de cara a que no pueda hacerse así por concurrir un motivo justo como también para el caso de que el juicio no pueda celebrarse en una sola sesión.

El plazo para dictar sentencia se reduce a tres días con respecto a lo prevenido en el 789 PRP para el abreviado, debiendo observarse por lo demás lo señalado en tal precepto, lo que incluye la posibilidad de que la sentencia sea dictada oralmente por el Juez de lo Penal.

G) Apelación de la sentencia

De haberse dictado sentencia por el Juez de lo Penal, la apelación se tramita también en forma acelerada, acortándose significativamente los plazos y declarándose su carácter preferente (art. 803 PRP).

2. Juicio rápido por faltas

Se aborda en tan sólo tres artículos (962 a 964 PRP), si bien con remisiones a preceptos que disciplinan el paralelo juicio rápido por delitos. La aceleración

(45) Así fue puesto de relieve en la intervención de la Sra. Uría Etxebarria por el Grupo Parlamentario Vasco previa a la votación para la toma en consideración de la Proposición de ley (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno, n.º 150, de 9 de abril de 2002).

se imprime únicamente en las actividades previas a la celebración del juicio oral, llegado el cual su celebración es idéntica, háyase comenzado la tramitación en forma rápida o en forma ordinaria.

Al igual que sucedía tratándose de delitos, la tramitación acelerada descansa en una actuación concentrada y coordinada en el Juzgado de guardia, contándose con la presencia del Ministerio Fiscal y, en su caso, peritos que sean necesarios, precedida por regla general de una actuación significativa por parte de la Policía Judicial.

A) Ámbito de aplicación

Se extiende a faltas públicas y semipúblicas, excluyéndose únicamente las privadas. Lo paradójico es que en el momento actual no existen en nuestro Código Penal este último tipo de infracciones⁽⁴⁶⁾, y sin embargo el texto procesal proyectado hace mención a ellas (art. 965.1 PRP, *faltas perseguibles sólo a instancia de parte*⁽⁴⁷⁾) excluyéndolas de la posibilidad de aplicarles el cauce acelerado, lo cual no parece tener explicación alguna⁽⁴⁸⁾.

B) Actuaciones de la Policía Judicial

Ante la *notitia criminis* de una falta perseguible de oficio o bien, de ser semipública, cuando la pertinente denuncia se haya presentado ante la Policía Judicial, ésta citará de inmediato ante el Juzgado de guardia a la persona que resulte denunciada en el atestado o en la denuncia ante él presentada, a los

(46) En el CP 1973 permanecían reducidas a las injurias livianas del art. 586.1.º, que pasan a ser consideradas semipúblicas o semiprivadas en el actual (art. 620.2.º) al bastar para su persecución denuncia del agraviado o de su representante legal.

(47) A los efectos del art. 278 LECrim, por delito perseguible *a instancia de parte* hoy es obligado entender los delitos privados o sometidos a querella privada, exclusiva y necesaria. Igual sucedería con las faltas, si no fuera porque el nuevo CP ha despenalizado esta categoría de faltas privadas. Lo que sí está fuera de toda duda es que cuando el prelegislador emplea la terminología de faltas *perseguibles sólo a instancia de parte*, lo hace con propiedad y para referirse a las “privadas”, no a las semipúblicas o semiprivadas; basta con confrontar el art. 965.1 PRP en su párrafo inicial y final, para advertirlo.

(48) A primera vista parece tratarse de un error del prelegislador que no sólo no ha corregido la previsión hoy vacía de contenido relativa a la exclusión de la citación del Ministerio Fiscal a juicio únicamente en los casos en que la falta fuere perseguible a instancia de parte (art. 963 LECrim equivalente al 965.1.2.ª.II PRP), sino que utiliza la categoría de faltas privadas como existente para excluirlas de la posibilidad de seguir el cauce acelerado.

testigos, ofendidos y perjudicados y al facultativo que les hubiera atendido, con apercibimiento de las consecuencias de su incumplimiento así como de la posibilidad de que podrá celebrarse el juicio de faltas en el Juzgado de guardia incluso aunque no comparezcan.

Además deberá cumplir con el deber de información de derechos que con respecto a ofendido y perjudicado, de una parte, y denunciante, de otra, vienen exigidos en el art. 962 PRP. De este modo a los primeros deberá hacerles el ofrecimiento de acciones e informarles de su derecho a nombrar Abogado, si así lo desean, o instar el nombramiento de uno de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Al denunciado se le informará oralmente (o por escrito si lo solicitare), de los hechos de la denuncia y del derecho de comparecer a presencia judicial con Letrado, recabando el nombramiento al Colegio de Abogados de uno del turno de oficio si así lo solicita expresamente.

Las previsiones en orden a la eventual designación de Abogado constituyen una positiva novedad en cuanto vienen a recoger las demandas de doctrina⁽⁴⁹⁾ y jurisprudencia⁽⁵⁰⁾ en orden a la reformulación del derecho a la asistencia letrada en el juicio de faltas, para pasar a ser entendido como el derecho a la efectiva elección entre la autodefensa y la asistencia técnica, lo que implica la necesidad de establecer legalmente las condiciones para que pueda hacerse uso de esta última opción. Y así se pretende cumplir en el texto proyectado al sumarse a esta información en sede policial la que con posterioridad deberá practicar el Juez de guardia (art. 963 PRP) y que habrá de reproducirse en las citaciones que hayan de ser cursadas para el caso de no poderse seguir el enjuiciamiento inmediato ante el mismo Juzgado (art. 966 PRP).

C) Actuaciones del Juez de guardia

Recibido el atestado policial o bien presentada directamente ante el Juez de guardia la denuncia (o querella⁽⁵¹⁾) de una falta pública o semipública que permita citar a las personas interesadas para que comparezcan mientras dure el servicio de guardia, el Juez decidirá, siempre que sea posible, la celebración inmediata del juicio de faltas.

(49) Vid. por todos DELGADO MARTÍN, J., *El juicio de faltas*, Barcelona, 2000, pp. 259 y ss.; CALDERÓN CUADRADO, M.P y BELLIDO PENADÉS, R., *Juicio de faltas, postulación procesal y asistencia jurídica gratuita*, Valencia, 1998, pp. 70 y ss.

(50) Pueden consultarse, por ejemplo, SSTC 216/1988, de 14 de noviembre, 208/1992, de 30 de noviembre, y 212/1998, de 27 de octubre.

(51) Parece olvidar el legislador la posibilidad de que el proceso se inicie por medio de querella al no mencionar este acto de postulación procesal en el art. 949 PRP. Corrige, no obstante, tal planteamiento en el art. 969, donde sí lo cita expresamente.

Tal solución estará condicionada a tres requisitos: en primer término, que precisamente le corresponda al Juez de guardia su enjuiciamiento en virtud de las normas de competencia y reparto; en segundo lugar, a que hayan comparecido las personas citadas (policial o judicialmente) o bien de no haberlo hecho alguna, y al margen de la sanción que le pueda ser impuesta por virtud de lo preceptuado en el art. 967 PRP, su presencia se reputa innecesaria, debiendo además procederse a la designación de Abogado de oficio a la parte que así lo hubiera solicitado; finalmente a que, de ser imprescindible la práctica de un determinado medio de prueba, éste pueda efectuarse en el juicio, lo que desde luego, y aunque nada digan los arts. 962 y 963, hace necesario que en las citaciones que se hubieran practicado ya por la Policía, ya por el Juez de guardia, se haya advertido de la necesidad de hacerlo con los medios de prueba de que intenten valerse, del modo en que se exige por el art. 967 para cuando la tramitación del procedimiento no sigue la modalidad acelerada.

De concurrir las condiciones indicadas, se pasará a la celebración del juicio, siguiéndose en cuanto a su desarrollo las reglas comunes del art. 969 aplicables tanto a la modalidad acelerada o inmediata como a la ordinaria o diferida, y que serán objeto de exposición en el apartado 4 al que nos remitimos.

Cuando por el contrario no sea posible la inmediata celebración del juicio (*o se trate de faltas perseguibles sólo a instancia de parte*), se exige que el Juez de guardia lleve a cabo una serie de actuaciones diversas en función de que la competencia para el enjuiciamiento corresponda al Juez de Paz, limitándose entonces a la remisión de lo actuado para que éste proceda al señalamiento y efectúe las citaciones oportunas, o le corresponda al propio Juez de guardia o a otro Juzgado de Instrucción del partido judicial, casos éstos en que el propio Juez de guardia habrá de proceder al señalamiento del juicio⁽⁵²⁾ y a efectuar las citaciones oportunas⁽⁵³⁾ para el día más próximo posible —sin que por regla general pueda éste ser superior a siete días, reduciéndose a dos cuando se trate

(52) Naturalmente esto exige que obre en poder del Juzgado de guardia el calendario de los días y horas predeterminados para la celebración de estos juicios en los diversos Juzgados de instrucción, adoptando en tal sentido las Salas de Gobierno de los TTSSJ las medidas oportunas.

(53) El art. 965.1.2.^a menciona al Ministerio Fiscal (salvo que la falta fuere perseguible sólo a instancia de parte), querellante o denunciante, si lo hubiere, denunciado y testigos y peritos que puedan dar razón de los hechos. Olvida, sin embargo mencionar al tercero civilmente responsable, cuya presencia en los casos en que la acción civil haya sido ejercitada en la causa puede resultar necesaria (vid. cita 57).

de faltas tipificadas en los arts. 617.2.II (violencia doméstica) ⁽⁵⁴⁾, 620.III (amenazas o coacciones entre las personas mencionadas en el art. 153) y de la del art. 623.1 cuando fuera flagrante (hurto que no exceda de 300 €)—. Se consigue de este modo que el juicio, aunque no se celebre de forma inmediata, si lo haga en un período de tiempo razonablemente breve, brevedad que será en cualquier caso consustancial a todo juicio de faltas pues, como determina el art. 966, tales plazos habrán de ser observados también en los casos en que no sean realizados por el Juzgado de guardia.

IV. JUICIO DE FALTAS

A las decisivas modificaciones operadas para permitir el enjuiciamiento de las faltas en forma inmediata, en los términos y condiciones que en el anterior apartado hemos expuesto, y que prevén los arts. 962 a 964 PRP, ha de añadirse el aprovechamiento de la vía abierta por esta Proposición de ley para corregir algunos puntos oscuros que en la actualidad presenta la regulación de este juicio.

1. **Ámbito de aplicación**

Con carácter previo ha de advertirse que la tramitación ordinaria del juicio de faltas prevista en los arts. 966 y siguientes se limita a los casos de faltas perseguibles sólo a instancia de parte (inexistentes en el CP actual) y a las públicas y semipúblicas en que no pueda seguirse la tramitación acelerada, porque no comparece alguien necesario, no es posible practicar de modo inmediato un medio de prueba considerado imprescindible o no resulta competente para el enjuiciamiento el Juez de guardia.

2. **Actuaciones previas al juicio**

El modo de proceder en cuanto a las citaciones de los distintos sujetos procesales se ajusta básicamente, y al margen de la necesaria y efectiva información

(54) La reducción de los plazos en este tipo de delitos es especialmente acertada, pues las estadísticas revelan que a diferencia de lo que sucede en las causas por delito de maltrato habitual, en que el porcentaje de sentencias absolutorias llega a un 11%, el alcanzado en juicios de faltas asciende a un llamativo 62%, lo que se explica por la existencia de un índice de incomparencias a juicio y retractaciones de las víctimas muy superior en los juicios de faltas que en los procesos más graves constitutivos de delito. Este problema puede solventarse con un enjuiciamiento inmediato que además de garantizar la seguridad de la víctima propicia su presencia y la confirmación de su denuncia, evitando al tiempo presiones que conduzcan a retractaciones posteriores.

sobre el derecho de asistencia letrada, a las actuales previsiones de la LECrim, debiendo observarse en cuanto a los plazos para señalamiento y citaciones los ya examinados del art. 965 PRP por disposición expresa del art. 966 PRP.

Ha de reiterarse la clarificación del modo en que ha de ser entendido el derecho a la asistencia letrada de que pueden hacer uso tanto imputado como ofendido y perjudicado, pese a la no preceptividad del mismo (apartado 3.2.1), expuesto con meridiana claridad en el art. 967.

3. Juicio oral

La novedad más significativa es la parcial reformulación del papel a seguir por el Juez ante los casos de inasistencia del Ministerio Fiscal a los juicios por faltas semipúblicas, que había dado lugar a una discutible sentencia del Constitucional (STC 56/1994) dictada en procedimiento de cuestión de inconstitucionalidad interpretando el precepto de forma acorde con la Primera Norma y de manera altamente insatisfactoria.

La nueva redacción del art. 969 PRP se limita a afirmar para estos casos de inasistencia mediando una instrucción del Fiscal General del Estado que “la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena”. Se dota por tanto de valor de acusación sólo a la declaración del denunciante en juicio, considerando la afirmación de los hechos denunciados como una acusación exteriorizada, suprimiéndose en cambio la posibilidad de que el Juez pueda dictar sentencia eventualmente condenatoria con base en la mera denuncia de persona legitimada sin necesidad de que ésta sea ratificada en juicio, algo que hoy puede entenderse factible dado el tenor literal del precepto vigente, lo que es tanto como admitir una acusación implícita, claramente atentatoria del principio acusatorio.

Se elimina asimismo la alusión a una eventual calificación escrita por el Fiscal, que ya desde un principio había sido considerada por la Fiscalía General del Estado como un modo de actuar procesalmente inadmisibles⁽⁵⁵⁾.

Pero aun con tales modificaciones, el principio acusatorio sigue resintiéndose al dejar abierta la posibilidad de que en algunos casos (aquellos en que el denunciante no califique o no pida pena) sigan confiándose al Juez dos funciones propias de la acusación (la calificación del hecho y la petición de pena), por más que su papel se limite a subsumir en el precepto penal aplicable los hechos afirmados por el denunciante con la pena señalada por el precepto a los mismos, lo que desde luego —como ya hemos visto— le impide suplir una posible

(55) Instrucción 6/1992, de 22 de septiembre, sobre aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril.

inactividad de aquél y proceder en el sentido indicado cuando el denunciante deje de comparecer a juicio.

Por lo demás se incrementan las cuantías de las multas a imponer ante la incomparecencia a juicio, que en el momento actual se limitan a 0,60 euros ⁽⁵⁶⁾, al haber olvidado el legislador actualizarlas en la reforma procesal urgente de 1992. El nuevo importe de 200 a 2.000 euros implica un incremento de considerable magnitud (sólo su cifra mínima supone haberse multiplicado la actual casi por trescientos cincuenta) que, por lo expuesto, no debe causar extrañeza.

Se opera asimismo, una modificación relativa a la sentencia al imponer el art. 973 su notificación a los ofendidos y perjudicados por la falta, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento.

Sorprende, sin embargo, que no se haya aprovechado la reforma para introducir un trámite que, del mismo modo que sucede en el proceso por delitos, permita que el imputado en este tipo de juicio tenga un conocimiento previo y suficiente de la imputación contra él existente, dando por bueno el legislador que el mero traslado de la denuncia o de la querrela con la citación es suficiente.

Choca también la nula atención prestada a la eventual responsabilidad civil exigible en el juicio, puesto que se omite toda referencia al responsable civil entre los sujetos que deben ser citados ⁽⁵⁷⁾. Como censurable es que en lo relativo a la ejecución del pronunciamiento civil se remita a efectos de su liquidación a lo dispuesto en el art. 984, artículo que no ha experimentado modificación alguna y que por ello sigue efectuando un errónea remisión a los derogados arts. 927 y siguientes de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

V. OTRAS MODIFICACIONES

Se ha aprovechado la oportunidad que brinda esta Proposición de ley para efectuar una serie de modificaciones concretas dentro y fuera del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(56) A ¡100! pesetas puede ascender como máximo la multa actualmente prevista en el art. 966 LECrim.

(57) Ejercitada la acción civil contra el tercero civilmente responsable, éste deviene parte necesaria y, en cuanto tal, deberá citarse en forma regular al juicio. El problema es que al no preverse en este proceso ninguna forma ni momento procesal específico para exteriorizar la voluntad de ejercitar la pretensión de resarcimiento antes del inicio del juicio, el Juez deberá ser flexible a la hora de interpretar esa voluntad de tal modo que aunque no se haya exteriorizado aquella, cuando el examen del atestado, denuncia o querrela le conduzca a entender que existe un tercero que puede resultar responsable civil, la Ley no prohíbe que lo cite de oficio al juicio al objeto de evitar eventuales suspensiones (vid. sobre estas cuestiones DELGADO MARTÍN, J., *El juicio de faltas*, op. cit., p. 230).

1. En la LECrim

Dentro de ella se procede a ampliar el contenido del derecho a la asistencia letrada al detenido prevista en el art. 520.6.c) en el sentido de permitir que el Abogado se entreviste reservadamente con aquél no sólo al término de la práctica de la diligencia, sino también con carácter previo a ésta. Se acoge así con carácter general para todo proceso por delitos la solución que hoy se prevé únicamente en el proceso de menores [art. 22.1.b) de la LO 5/2000, de 12 de enero].

Se actualizan las multas que para sancionar la incomparecencia de testigos y peritos señalan los arts. 175.5.º, 420.I, 446.I, 464.II y 716 LECrim en cuantía comprendida entre los doscientos y los cinco mil euros (excepción hecha de la del 446.I, cuya cuantía máxima se cifra en mil). Y en los dos primeros preceptos citados se corrige la referencia que hoy se hace a artículos del derogado CP, por el correlativo precepto del vigente CP de 1995 (art. 463.1).

Se introduce, finalmente, un artículo 823 bis en el Título V del Libro IV que supone llevar al articulado de la ley procesal penal las normas contenidas en el art. 3 de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, derogándose expresamente la garantía jurisdiccional penal contenida en los arts. 1 a 5 de la citada Ley 62/1978. Se sigue así la solución acogida en su día y para el orden procesal administrativo por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa [arts. 114 a 122 y Disposición derogatoria 2.ª c)] y seguida recientemente también en el orden civil por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (arts. 249.1.2.º y Disposición derogatoria única, 2.3.º), de llevar al seno de los respectivos textos procesales las referidas garantías jurisdiccionales.

2. En otras Leyes

Las Disposiciones finales primera y segunda de la Proposición de ley efectúan modificaciones de tipo técnico en dos textos orgánicos.

La primera modifica dos artículos de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (32.4 y 48.2), pero únicamente para adaptar las referencias que en ellos se hacían a determinados preceptos y títulos de la LECrim por los resultantes de la modificación acometida por la PRP.

La segunda modifica por su parte la redacción del art. 435 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, habida cuenta que la hoy vigente remite a los arts. 765 a 769 LECrim que sin embargo están derogados, como todo el antejuicio. En consecuencia se procede a traer el antiguo contenido de tales preceptos al seno del texto procesal militar en el que se regula como institución vigente el antejuicio como trámite previo para proceder penalmente contra Jueces Togados Militares, Auditores Presidentes y Vocales de Tribunales militares.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LAS DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS Y LAS GARANTÍAS DEL ART. 6.3.d) DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

**(Comentario a la STEDH caso LUCÀ vs ITALY,
de 27 de mayo de 2001)**

MANUEL MIRANDA ESTRAMPES

*Fiscal de la Audiencia Provincial de Tarragona
Doctor en Derecho*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA SENTENCIA.
 - 1. Antecedentes fácticos: las circunstancias del caso.**
 - 2. Referencia a la legislación nacional (italiana) aplicada.**
- III. CONTENIDO DE LA DOCTRINA DEL TEDH: LAS DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS Y EL ART. 6.3.d) CEDH.
- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Son varias las ocasiones en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se ha pronunciado sobre el contenido y alcance de las garantías reconocidas en el art. 6.3.d) del Convenio para la Protección de los

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (en adelante CEDH) ⁽¹⁾, como manifestación del más amplio derecho a un proceso equitativo reconocido en el propio art. 6.1 del CEDH ⁽²⁾. En todas ellas se trataba de supuestos relacionados con la prueba testifical, al referirse expresamente el mencionado art. 6.3.d) CEDH únicamente a testigos ⁽³⁾. La sentencia que analizamos en el presente trabajo tiene como novedad fundamental la aplicación de las garantías derivadas del mencionado art. 6.3.d) CEDH a las declaraciones de los coacusados, extendiendo su ámbito de aplicación más allá de lo que resulta del propio tenor literal del precepto. Es cierto que el TEDH ya había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre tal extremo en dos sentencias anteriores, pero en la primera de ellas, dictada en el caso *Cardot vs Francia* de 19 de marzo de 1991, eludió la cuestión de fondo planteada al acoger la excepción preliminar planteada por el Gobierno francés de falta de agotamiento de los recursos internos ⁽⁴⁾, y en la segunda, dictada en el caso *Ferrantelli y Santangelo vs Italia* de 7 de agosto de 1996, no estimó que se hubiera violado el art. 6.3.d)

(1) El mencionado art. 6.3.d) CEDH establece que “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos... d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra” (vid. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al núm. 1830, diciembre de 1998).

(2) Acerca de la noción de proceso equitativo en el marco del proceso penal según la jurisprudencia del TEDH puede verse, entre otros: STEFAN TRECHSEL, “La exigencia de equidad en el proceso penal. Jurisprudencia europea”, en *Jornadas: Jurisprudencia Europea en materia de Derechos Humanos*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1991, págs. 125 y ss.; LÓPEZ ORTEGA, J.J., “Elementos esenciales de la noción de proceso equitativo en el orden penal (panorama de la jurisprudencia del TEDH)”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Tomo V-2000, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia, págs. 303 y ss.

(3) Vid. nuestro trabajo sobre “La prueba de testigos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Tomo V-2000, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia, págs. 353 y ss., en donde analizamos ampliamente las sentencias dictadas por el TEDH con relación al art. 6.3.d) CEDH.

(4) Hay que destacar que la Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH) en su informe de 3 de abril de 1990 opinó que se había infringido el art. 6.1 y 3.d) CEDH al utilizarse como elementos de prueba para fundamentar la declaración de culpabilidad del demandante las declaraciones que habían sido realizadas por los coimputados en otro proceso anterior, en el que no había intervenido el demandante por encontrarse detenido en Italia. En la misma línea se pronunciaron tres magistrados del TEDH, quienes formularon un voto particular a la decisión del Tribunal.

CEDH, entre otras razones ⁽⁵⁾ porque la declaración del coinculpado no había constituido el único elemento probatorio de contenido incriminatorio al concurrir con otras pruebas de cargo sobre las que el Tribunal nacional apoyó su declaración de culpabilidad.

Como veremos con mayor detenimiento al analizar la sentencia dictada en el caso *Lucà vs Italia*, el TEDH extiende la aplicación de las garantías derivadas del art. 6.3.d) CEDH a las declaraciones de los coimputados, tanto si han sido prestadas en el mismo procedimiento penal como en un procedimiento conexo, con todas las consecuencias que de ello se derivan.

II. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA SENTENCIA

1. Antecedentes fácticos: las circunstancias del caso

En el caso que analizamos, el demandante, Sr. Nicola Lucà, nacional italiano, fundamentaba su demanda ante el TEDH en la vulneración del art. 6.1 y 3.d) CEDH, alegando que había sido condenado sobre la base de las declaraciones hechas por un “testigo” (*witness*) a quien no había tenido nunca la oportunidad de interrogar o hacer interrogar.

Un resumen de los hechos ⁽⁶⁾ permite destacar que el 25 de octubre de 1992 N. y C. fueron arrestados por los *carabinieri*, ocupándoseles en su poder una determina cantidad de cocaína. En sus declaraciones iniciales, tanto ante la policía, como ante el Ministerio Público (*Public Prosecutor*), N. dijo que había obtenido parte de las drogas de C., para su propio consumo, y que el resto pertenecía exclusivamente a C. Añadió también que el día de la detención C. le había acompañado a él a casa de ciertas personas para tratar de comprar drogas. Después de la cena estas personas habían ido a casa del demandante (Sr. Nicola Lucà). El demandante (*applicant*) había dicho que estaba preparado para suministrarles 500 gramos de cocaína para ser entregados unos días más tarde y que no estaba dispuesto a aceptar un pago a plazos, aunque no podía salir de su casa después de las 8 p.m. para conseguir las drogas (apdo. 10).

Inicialmente N. fue interrogado por la policía (*carabinieri*) como alguien que les había ayudado en sus investigaciones, no como imputado, por esta razón no estuvo asistido en un primer momento de abogado. No obstante, posterior-

⁽⁵⁾ El TEDH estimó que la causa que determinó la no presencia del coinculpado en el juicio oral no era imputable a las autoridades judiciales nacionales, por lo que no se había infringido el art. 6.1 y 3.d) CEDH.

⁽⁶⁾ Hemos utilizado la versión original inglesa de la sentencia, que puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: www.echr.coe.int./Eng/Judgments.htm.

mente el Ministerio Fiscal decidió que N. debía ser considerado como imputado (*indagato*) y, por lo tanto, ser interrogado en esta condición (apdo. 11).

Por resolución de 12 de febrero de 1993 dictada por el Juez investigador se estimó que había indicios de criminalidad suficientes contra el demandante (Nicola Lucà), contra C., y contra otros dos coimputados más, T. y A., todos ellos por un delito de tráfico de drogas. Este último (A.) también fue acusado de un delito de tenencia ilícita de armas. Por su parte, se incoó un procedimiento penal separado contra N. por posesión de drogas (apdo. 12).

En el juicio oral (*hearing*) celebrado el 17 de julio de 1993, N. fue llamado para declarar (*give evidence*) como persona acusada en un procedimiento conexo (“*imputato in procedimento connesso*”). No obstante, no llegó a prestar declaración permaneciendo en silencio, al acogerse al derecho reconocido en el art. 210 del Código de Procedimiento Penal italiano (CPP)⁽⁷⁾ (apdo. 13).

Los Letrados que defendieron a los acusados alegaron la inconstitucionalidad del art. 513 CPP⁽⁸⁾, al ser incompatible con los arts. 3 y 24 de la Constitución Italiana —que garantizan la igualdad de los ciudadanos ante la ley y el derecho de defenderse uno mismo en todas las fases del procedimiento—, así como con el art. 6 CEDH. Observaron, en particular, que según interpretación del Tribunal Constitucional italiano, el art. 513 CPP permitía que si una persona acusada en un procedimiento conexo ejercía su derecho a guardar silencio, el Tribunal podía leer y hacer uso de las declaraciones hechas por dicha persona ante el Ministerio Fiscal o ante el Juez durante la fase de investigación (*indagini preliminari*). Como resultado, concluían que en el presente caso el acusado había sido privado de cualquier oportunidad de examinar a dicha persona o hacer que fuera examinada (apdo. 14).

El Tribunal penal rechazó la objeción de inconstitucionalidad planteada y resolvió que las declaraciones hechas por N. ante el Ministerio Público podían ser leídas. El Tribunal declaró que el derecho a guardar silencio estaba encaminado a proteger al acusado, quien no podía ser obligado a hacer declaraciones que pudieran ser usadas como prueba en su contra. Además, recordaba que la regla de que las declaraciones prestadas durante las investigaciones preliminares pudieran ser leídas y usadas como material probatorio había sido establecida

(7) El art. 210 CPP italiano de 1988 regula el interrogatorio de personas imputadas en un procedimiento conexo, estableciendo la obligación de comparecer ante el Juez, asistidas por un defensor que tendrá el derecho a participar en el interrogatorio durante el juicio oral. Dichas personas, según el apartado 3.º de dicho precepto, tienen el derecho a no responder a las preguntas que se les formulen. Vid. CONSO, Giovanni, y GREVI, Vittorio, *Prolegomeni a un Commentario Breve al Nuovo Codice di Procedura Penale*, Cedam, 1990, págs. 175-176.

(8) Vid. CONSO, Giovanni, y GREVI, Vittorio, cit., págs. 405-406.

por el propio Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 254 de 3 de junio de 1992 (apdo. 15).

El Tribunal Penal de Locri (Región de Calabria) en su sentencia de 7 de marzo de 1994 condenó al hoy demandante (Nicola Lucà) a la pena de 8 años y 4 meses de prisión y a una multa de 54.000.000 de liras italianas. Los demás acusados en el mismo proceso, C., A. y T. fueron sentenciados también a penas de prisión de entre 6 y 9 años (apdo. 16).

El Tribunal penal apuntó desde el principio que la principal prueba (*evidencia*) contra los acusados venía constituida por las declaraciones que N. había prestado ante el Ministerio Público, ya que las declaraciones iniciales hechas ante la policía eran inadmisibles según el propio art. 513 CPP. También declaró que en atención a la personalidad de N., a la espontaneidad y precisión con que habían sido hechas sus declaraciones, las mismas debían ser tenidas como creíbles. El Tribunal sentenciador destacó que N. había reconocido fotográficamente al demandante (Sr. Nicola Lucà) y había facilitado una precisa descripción de su casa y de la ruta seguida para llegar allí. Además, el demandante había sido condenado con anterioridad bajo la legislación sobre tráfico de drogas y se encontraba bajo supervisión judicial ("*sorveglianza speciale*"). Tenía prohibido abandonar su domicilio después de la puesta del sol, por lo que había una explicación posible a su negativa a salir después de la 8 p.m. Además, la cantidad de cocaína encontrada en poder de C. demostraba que mantuvo contactos con traficantes de drogas y que la declaración del coimputado N. acerca de su visita a la casa del demandante era probablemente cierta. Ello también confirmó, a juicio del Tribunal, que las negociaciones que habían empezado eran auténticas (apdo. 17).

El 13 de julio de 1994 el demandante apeló ante el Tribunal de Apelación de la Región de Calabria. En el recurso impugnó la veracidad y fiabilidad de las declaraciones de N. denunciando que habían sido hechas con infracción del principio de contradicción (*adversarial principle*) y sin la presencia de un juez o de los abogados defensores (apdo. 18).

En sentencia de 7 de noviembre de 1994 el Tribunal de Apelación desestimó el recurso manteniendo la decisión del Tribunal *a quo* en lo concerniente al demandante (apdo. 19).

El 18 de febrero de 1995 el demandante y otro coimputado recurrieron ante el Tribunal de Casación. La representación procesal del condenado Sr. T. fundamentó su pretensión impugnatoria en el art. 6.3.d) CEDH, argumentando que las declaraciones prestadas por N. ante el Ministerio Fiscal debieron ser inadmitidas como prueba (apdo. 20).

El Tribunal de Casación en sentencia de 19 de octubre de 1995 desestimó las alegaciones del demandante y coimputado, sosteniendo la corrección y razonabilidad de los motivos dados por el Tribunal de Apelación en su decisión (apdo. 21). El Tribunal de Casación consideró que el invocado art. 6.3.d)

CEDH hacía referencia exclusivamente al examen de testigos (*the examination of witnesses*), quienes son requeridos para declarar la verdad, pero que no resultaba aplicable en el examen de los acusados, quienes son titulares del derecho a defenderse a sí mismos guardando silencio o incluso mintiendo. Más adelante añadía que, cuando un testigo rehúsa declarar, sus declaraciones prestadas ante el Ministerio Público pueden ser aportadas como material probatorio ante el Tribunal sentenciador (apdo. 22).

2. Referencia a la legislación nacional (italiana) aplicada

Una mejor comprensión de las circunstancias del caso expuestas en el apartado anterior exige analizar, aunque sea brevemente, la legislación nacional (italiana) aplicable, como hace también el TEDH en su sentencia. El mencionado art. 513 CPP italiano regula aquellas circunstancias por las que las declaraciones hechas antes del juicio oral por un acusado o coacusado pueden ser admitidas como prueba previa su lectura ante el Tribunal sentenciador. En su redacción originaria, el primer apartado de dicho precepto mantenía que las declaraciones hechas por un acusado antes del juicio oral, bien ante el Ministerio Público o bien ante el Juez en el curso de las investigaciones preliminares (*indagini preliminari*) o en la audiencia preliminar, podían ser leídas y admitidas, por tanto, como prueba por el Tribunal si el acusado no comparecía o rehusara someterse al interrogatorio⁽⁹⁾ (apdos. 23-24). Por su parte, el párrafo segundo del mencionado artículo se refería a las declaraciones hechas antes del juicio oral por personas acusadas en procedimientos conexos⁽¹⁰⁾. A diferencia de lo previsto en el primer apartado, el segundo párrafo, en su redacción originaria, no permitía al Tribunal sentenciador admitir como prueba estas declaracio-

⁽⁹⁾ Vid. CONSO, Giovanni, y GREVI, Vittorio; cit., pág. 405.

⁽¹⁰⁾ Vid. arts. 210 y 12 CPP italiano. Este primer precepto autoriza el interrogatorio en el juicio oral de las personas imputadas en un procedimiento conexo; interrogatorio que puede acordarse a instancia de parte o incluso de oficio. Establece además la obligación del imputado de comparecer al llamamiento del Juez, pudiendo acordarse incluso su conducción por la fuerza. Por su parte, el art. 12 enumera los supuestos de conexión de procedimientos, considerando como tales los siguientes: *a) se il reato per cui si procede è stato commesso da più persone in concorso o cooperazioni fra loro, o se più persone con condotte indipendenti hanno determinato l'evento; b) se una persona è imputata di più reati commessi con una sola azione od omissione ovvero con più azioni od omissioni in unità di tempo e di luogo; c) se una persona è imputata di più reati, quando gli uni sono stati commessi per eseguire od occultare gli altri*. Por último, el art. 197 CPP italiano veta la posibilidad de declarar en calidad de testigos a los coimputados por el mismo delito o las personas imputadas en un procedimiento conexo según lo dispuesto en el mencionado art. 12.

nes si el acusado ejercía su derecho a guardar silencio, al que podía acogerse, como hemos visto, según el apartado 3.º del art. 210 CPP (apdo. 25).

El Tribunal Constitucional italiano, en la mencionada sentencia núm. 254 de 3 de junio de 1992, declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 513 CPP, por estimar injustificada la diferencia de tratamiento entre unas declaraciones y otras. De este modo, el Tribunal Constitucional autorizó a los Tribunales sentenciadores a admitir como prueba las declaraciones hechas por un coacusado en un procedimiento conexo, sin tomar en consideración si la persona contra la cual podían ser usadas dichas declaraciones inculpativas había tenido la oportunidad de examinar al declarante o si lo había examinado en cualquier momento del procedimiento, vulnerándose de esta forma, como denunció un sector de la doctrina italiana⁽¹¹⁾, la garantía del contradictorio. Llamaba poderosamente la atención que el Tribunal Constitucional italiano no hiciera ninguna referencia, en su sentencia, a la garantía procesal incluida en el art. 6.3.d) de la Convención, ni a la jurisprudencia establecida por el TEDH (apdo. 26).

Mediante Ley núm. 267, de 7 de agosto de 1997, el Parlamento italiano modificó el contenido del art. 513 CPP con miras a adecuarlo a las exigencias del principio de contradicción (*adversarial principle*). En esencia, tras dicha reforma legal las declaraciones hechas por un co-acusado o por un acusado en un procedimiento conexo ya no podían ser usadas como prueba contra otra persona sin el consentimiento de esta última si el declarante ejercía su derecho a guardar silencio⁽¹²⁾ (apdo. 27).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional italiano, en sentencia núm. 361, de 2 de noviembre de 1998, volvió a declarar inconstitucional el art. 513 CPP, en su redacción dada en la reforma de 1997, esta vez en su totalidad. Sostuvo en dicha resolución que impedir que el Tribunal sentenciador pueda admitir como prueba las declaraciones hechas antes del juicio oral si el declarante se acoge a su derecho a guardar silencio supone un riesgo al privarse al Tribunal sentenciador de una prueba que podría ayudarle en la formación de su decisión final, riesgo que, según declaraba el Tribunal Constitucional, venía a depender exclusivamente de la decisión del declarante (apdo. 28). El Tribunal Constitucional italiano, en su polémica con el Parlamento, volvía nuevamente a preterir aquellas garantías derivadas del art. 6.3.d) CEDH.

(11) Vid. DALIA, Andrea Antonio, en AA.VV., *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale. Commento alla Legge 7 agosto 1997, n 267*, Giuffrè, Milán, 1998, pág. 3.

(12) Vid. DALIA, Andrea Antonio, cit., pág. 467, en donde recoge la redacción originaria del art. 513 y la redacción posterior tras su reforma mediante Ley núm. 267, de 7 de agosto de 1997.

Con posterioridad a esta polémica decisión el Parlamento italiano, mediante la reforma constitucional de 23 de noviembre de 1999, modificó el art. 111 de la Constitución, incorporando expresamente el derecho a un proceso justo en el texto constitucional ⁽¹³⁾ (apdo. 29). Esta reforma constitucional motivó a su vez que el Parlamento modificara nuevamente el art. 513 CCP estableciendo que si el declarante ejercía su derecho a guardar silencio, sus declaraciones anteriores, como regla general, únicamente serían admisibles como prueba si las partes manifestaban su conformidad ⁽¹⁴⁾. Sin embargo, las reglas antiguas continuarían aplicándose por lo menos en algunas circunstancias a los juicios que estaban aún tramitándose (apdo. 30).

III. CONTENIDO DE LA DOCTRINA DEL TEDH: LAS DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS Y EL ART. 6.3.d) CEDH

En su demanda ante el TEDH el demandante (Nicola Lucà) denunciaba que el procedimiento criminal seguido contra él no había sido justo o equitativo, alegando además que había sido condenado sobre la base de declaraciones hechas ante el Ministerio Público sin habersele concedido la oportunidad de interrogar al autor de tales declaraciones, N., o sin haberle examinado en ningún momento durante el procedimiento. Invocaba como fundamento de su demanda el art. 6.1 y 3.d) del CEDH (apdo. 31).

Por su parte, el Gobierno italiano alegaba que, en principio, el sistema legal italiano concede al acusado el derecho a examinar a los testigos de cargo. Sin embargo, en orden a establecer los hechos del caso, el Tribunal sentenciador estaba autorizado en determinadas circunstancias a basarse para dictar o alcanzar su decisión en pruebas obtenidas durante la investigación preliminar (apdo. 32).

El Gobierno seguía alegando que, en el presente caso, según la legislación italiana, N. no podía considerarse propiamente como un testigo (*witness*), sino

(13) El mencionado art. 111 de la Constitución italiana, tras la reforma, proclama expresamente que todos los procesos deben regirse por el principio de contradicción y de igualdad de armas. En su apartado 3.º menciona expresamente el derecho del acusado a examinar o hacer examinar a cualquier persona que declare en su contra. Por su parte, el apartado 4.º proclama que el principio de contradicción debe ser observado en el proceso penal en materia de práctica de prueba. La culpabilidad del acusado no puede ser declarada sobre la base de declaraciones hechas por una persona que ha eludido libre e intencionadamente ser interrogada por el acusado o su Letrado.

(14) Excepción que se fundamentaba en lo dispuesto en el apartado 5.º del art. 111 de la Constitución italiana, según el cual únicamente se puede prescindir de las reglas que regulan la práctica contradictoria de las pruebas cuando el acusado lo consienta.

como una persona acusada en un procedimiento conexo, por lo que estaba amparado por el derecho a guardar silencio. Fundamentaba su postura en la STEDH dictada en el caso *Saunders vs Reino Unido*, de 17 de diciembre de 1996, apdo 68, en la que se afirmaba que “aunque no está especialmente mencionado en el art. 6 de la Convención, el derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo están reconocidos internacionalmente y forman parte del concepto de proceso equitativo del art. 6”. Por consiguiente, según el Gobierno italiano las autoridades nacionales no tenían otra alternativa sino aceptar la decisión de N. de no prestar declaración, ya que si se le hubiera exigido que prestara declaración en el juicio oral ello hubiera implicado una violación de sus derechos fundamentales (apdo. 33).

El Gobierno subrayaba que había tres clases de intereses en juego: el derecho del co-acusado a guardar silencio, el derecho del acusado a examinar a los co-acusados testigos (*co-accused witness*, según la versión inglesa) y el derecho de la autoridad judicial a no ser privada de las pruebas obtenidas durante la investigación. En su alegación apuntaba que la cuestión es tan compleja que las disposiciones que regulan la admisibilidad de las declaraciones de un testigo de cargo que es también co-acusado ha sido examinada en múltiples ocasiones por el Tribunal Constitucional italiano y ha sido objeto de varias reformas. En particular, el Tribunal Constitucional había repetido en su doctrina jurisprudencial el principio de que un Tribunal no puede ser privado de una prueba obtenida durante la investigación (“*non dispersione*”) (apdo. 34).

Por último, el Gobierno, para reforzar su postura, trajo a colación que el 10 de septiembre de 1997 el Comité de Ministros del Consejo de Europa había adoptado la Recomendación R (97) 13, relativa a la *Intimidación de testigos y los derechos de la defensa* (*The Intimidation of Witnesses and the Rights of the Defence*), en la que se sugería que los Estados deberían utilizar “las declaraciones prestadas antes del juicio ante una autoridad judicial como prueba ante el Tribunal cuando no fuera posible a los testigos comparecer ante el Tribunal o cuando la comparencia ante el Tribunal pudiera representar un peligro grave para la vida y seguridad de los testigos, para sus parientes u otras personas próximas a ellos” (apdo. 35).

El demandante mostró su desacuerdo con los argumentos expuestos por el Gobierno italiano. A diferencia de lo mantenido por este último, sostuvo que las disposiciones aplicadas, que formaban parte de la legislación interna vigente en aquel momento, eran incompatibles con los principios expuestos en la propia CEDH. En su opinión, este punto de vista venía confirmado por la propia reforma del art. 513 CPP italiano, llevada a cabo por el Parlamento italiano en fecha 7 de agosto de 1997. Por último, destacaba que las declaraciones de N. habían constituido en el presente caso las únicas pruebas de cargo (apdo. 36).

En los términos que hemos expuesto se plantea el debate ante el TEDH. Este último Tribunal inicia su argumentación recordando una doctrina consoli-

dada que había utilizado en anteriores pronunciamientos, en virtud de la cual las exigencias del art. 6.3 CEDH no son más que aspectos específicos o concretos del más amplio derecho a un proceso equitativo (*fair trial*) garantizado por el art. 6.1, por lo que el Tribunal debe examinar las reclamaciones formuladas bajo la óptica de ambas disposiciones tomadas en su conjunto⁽¹⁵⁾ (apdo. 37).

El TEDH recuerda a continuación que la admisibilidad de las pruebas es inicialmente una materia regulada por la Ley nacional y como regla general corresponde a los Tribunales nacionales valorar las pruebas practicadas ante ellos. La misión del TEDH según la Convención no es pronunciarse acerca de si las declaraciones de los testigos estaban correctamente admitidas como prueba, sino averiguar si el proceso en su conjunto, incluida la forma de obtención de las pruebas, es justo o equitativo⁽¹⁶⁾ (apdo. 38).

Las pruebas deben ser practicadas, como regla general, en audiencia pública y en presencia del acusado, con miras a un debate contradictorio (*adversarial argument*)⁽¹⁷⁾. Reconoce el TEDH que hay excepciones a este principio general, pero éstas nunca deben infringir los derechos de la defensa. Como regla general, los apartados 1 y 3.d) del art. 6 CEDH exigen que el acusado tenga una oportunidad adecuada y conveniente para interrogar al testigo que declare en su contra, bien en el momento de prestar declaración bien en una fase posterior, doctrina que el TEDH había reiterado en múltiples ocasiones anteriores⁽¹⁸⁾ (apdo. 39).

(15) Vid., entre otras, SSTEDH caso Barberà, Messegué y Jabardo vs España, de 6 de diciembre de 1988, apdo. 67; caso Doorson vs Países Bajos, de 26 de marzo de 1996, apdo. 66; caso Ferrantelli y Santangelo vs Italia, de 7 de agosto de 1996, apdo. 51; caso Van Mechelen y otros vs Países Bajos, de 23 de abril de 1997, apdo. 49.

(16) En la misma línea, SSTEDH caso Doorson vs Países Bajos, de 26 de marzo de 1996, apdo. 67; caso Van Mechelen y otros vs Países Bajos, de 23 de abril de 1997, apdo. 50; caso A.M. vs Italia, de 14 de diciembre de 1999, apdo. 24.

(17) La mencionada STEDH caso Barberá, Messegué y Jabardo vs España, de 6 de diciembre de 1988, recoge este principio al proclamar, en su apartado 78, que “del objeto y finalidad del artículo 6 y de la redacción de algunos párrafos del apartado 3.º, se derivan, por lo demás, la facultad del acusado de tomar parte en el juicio y su derecho a que su causa se vea por un Tribunal que se reúna estando él presente. De ello deduce el Tribunal que, en principio, la prueba debe practicarse ante el acusado en audiencia pública, para que exista un debate contradictorio”. Vid., también, STEDH caso Kamasinski vs Francia, de 19 de diciembre de 1989, apdo. 102.

(18) Vid., entre otras, SSTEDH caso Delta vs Francia, de 19 de diciembre de 1990, apdo. 37; caso Lüdi vs Suiza, de 15 de junio de 1992, apdo 49; caso Ferrantelli y Santangelo vs Italia, de 7 de agosto de 1996, apdo. 51; Van Mechelen y otros vs Países Bajos, de 23 de abril de 1997, apdo. 51.

Como el TEDH había indicado también en anteriores pronunciamientos⁽¹⁹⁾, puede resultar necesario en determinadas circunstancias referirse a las declaraciones hechas durante la fase de investigación (en particular, cuando un testigo se niega a volver a declarar en público por miedo a represalias, cosa que no es infrecuente en juicios relativos a organizaciones tipo Mafia). Pero si al acusado se le dio una adecuada y conveniente oportunidad para cuestionar dichas declaraciones, bien cuando se prestaron bien en un momento posterior durante el procedimiento, su admisión como prueba no vulneraría por sí misma el art. 6.1 y 3.d) CEDH. Si la convicción del Tribunal sentenciador está basada únicamente o de forma decisiva en declaraciones que han sido prestadas por persona a quien el acusado no ha tenido la oportunidad de interrogar o hacer interrogar, bien durante la investigación o bien durante el juicio oral, los derechos de la defensa quedan restringidos hasta tal punto que resulta incompatible con las garantías previstas en el art. 6 CEDH⁽²⁰⁾ (apdo. 40).

Para el TEDH el hecho de que, como en el presente caso, las declaraciones fueran hechas por un co-acusado (*co-accused*) y no por un testigo no es relevante. A este respecto, el TEDH reitera que el término “testigo” (*witness*) está dotado de un significado autónomo en el sistema del CEDH⁽²¹⁾. Cuando una declaración es utilizada como elemento probatorio sobre el que fundamentar la convicción del Tribunal sentenciador, tanto si es hecha por un testigo en sentido estricto como por un co-acusado o coimputado, debe considerarse como una prueba de cargo y, por tanto, sometida a las garantías previstas en el art. 6.1 y 3.d) CEDH⁽²²⁾ (apdo. 41).

A la luz de la anterior doctrina el TEDH estima que las razones dadas por la Corte de Casación italiana en su sentencia de 19 de octubre de 1995 para desestimar el recurso interpuesto al amparo de lo dispuesto en el art. 6.3.d) CEDH —razones en las que el Gobierno italiano demandado también se fundamentaba

(19) SSTEDH caso Isgró vs Italia, de 19 de febrero de 1991, apdo. 34; caso Lüdi vs Suiza, de 15 de junio de 1992, apdo. 47.

(20) En la misma línea, SSTEDH caso Unterpertinger vs Austria, de 24 de noviembre de 1986, apdos. 31-33; Saïdi vs Francia, de 20 de septiembre de 1993, apdos. 43-44; Van Mechelen y otros vs Países Bajos, de 23 de abril de 1997, apdo. 55.

(21) Vid. STEDH caso Vidal vs Bélgica, de 22 de abril de 1992, apdo. 33. Para el TEDH tiene la consideración de testigo a efectos del Convenio toda persona que haya proporcionado información al proceso relativa a los hechos objeto de investigación y/o enjuiciamiento, cualquiera que sea la forma de aportación (oral o escrita), y tanto si presenció personalmente los hechos como si se los han narrado terceras personas. Vid. más ampliamente nuestro trabajo sobre “La prueba de testigos..”, cit., págs. 355-356.

(22) STEDH, caso Ferrantelli y Santangelo vs Italia, de 7 de agosto de 1996, apdos. 51-52.

en parte— no resultaban pertinentes. En particular, el hecho de que en virtud de la Ley nacional en vigor (ver parágrafo 26 de la sentencia) el Tribunal de instancia pudiera utilizar las declaraciones hechas antes del juicio por un coacusado cuando éste se negaba a prestar declaración en la vista oral, no puede en ningún caso privar al acusado del derecho que le concede el art. 6.3.d) CEDH de examinar o hacer examinar en un proceso regido por el principio de contradicción cualquier prueba de cargo (*any material evidence against him*) (apdo. 42).

En el presente caso, para el TEDH los Tribunales nacionales italianos condenaron al demandante únicamente sobre la base de las declaraciones hechas antes del juicio (*trial*) por N. (coacusado), sin que ni el demandante ni su Letrado tuvieran la oportunidad de interrogarle durante el procedimiento (apdo. 43). En estas circunstancias, al demandante no le fue concedida una adecuada y apropiada oportunidad para impugnar o refutar las declaraciones que constituyeron la base de su condena (apdo. 44).

El TEDH concluye declarando que al demandante (Nicola Lucà) se le privó, por tanto, de un proceso justo (*fair trial*), al existir una violación del art. 6.1 y 3.d) CEDH (apdo. 45). Esta declaración fue adoptada por unanimidad.

IV. CONCLUSIONES

Son varias las conclusiones que podemos obtener de la lectura de la sentencia del TEDH analizada. La principal conclusión reside en el hecho de que las garantías derivadas del art. 6.3.d) CEDH deben extenderse también a las declaraciones de los coimputados, utilizando para ello un concepto amplio de testigo dotado de una significación autónoma a los efectos de la aplicación de la propia Convención. Dicha conclusión se enmarca en nuestro proceso penal en un contexto de reconocimiento de las declaraciones de los coimputados como prueba de cargo idónea para destruir la presunción de inocencia, aunque sometido dicho reconocimiento a una serie de requisitos exigidos tanto por la jurisprudencia de nuestro TC como del TS⁽²³⁾. Su consideración como prueba de cargo deberá estar sometida, por tanto, como requisito esencial al previo cumplimiento de las garantías derivadas del art. 6.3.d) CEDH.

Dicha conclusión es predicable tanto si los coimputados han declarado en el mismo proceso como en procesos distintos, como sucede en la legislación

(23) Sobre la consideración de las declaraciones de los coimputados como prueba de cargo vid. nuestro trabajo *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. J.M. Bosch editor, Barcelona, 1997, págs. 205 y ss. También ORTEGO PÉREZ, F., “El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados”, *La Ley*, núm. 4824, 23 de junio de 1999, págs. 1 y ss.; y DÍAZ PITA, M.^a P., *El coimputado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, especialmente págs. 271 y ss.

italiana con los denominados “procedimientos conexos”. En nuestra legislación es posible encontrar también algunos supuestos de “procedimientos conexos” en los que sería de aplicación la doctrina elaborada por el TEDH⁽²⁴⁾.

Otro supuesto en que la doctrina del TEDH resulta aplicable es el de aquellos casos de declaraciones de coimputados ya condenados que son utilizadas como material probatorio en el enjuiciamiento posterior de los demás coparticipes. El estudio de este supuesto fue abordado en la Consulta de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2000, de 14 de abril, en donde se afirma que “La declaración del acusado ya enjuiciado, cuando se pretenda utilizar como prueba para el resto de los acusados pendientes de juicio, habrá de ser propuesta y practicada en el juicio para tales acusados, permitiendo así el interrogatorio por todos los Letrados de los coimputados y con pleno respeto a los principios del proceso”, entre los que cabe mencionar el de contradicción. En dicha Consulta se estima que el coimputado ya condenado cuando es citado a prestar declaración en el juicio ulterior a celebrar para los otros coparticipes mantiene su derecho a no declarar y a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, estando excluido, por tanto, de la obligación de prestar juramento o promesa de decir verdad.

En todos estos supuestos, las declaraciones de los coimputados no se podrán utilizar como prueba de cargo para destruir la presunción de inocencia si los otros coparticipes no han podido interrogarles o no han tenido la oportuni-

(24) El primero de los supuestos de conexidad procedimental que menciona el art. 12 CPP italiano tiene lugar cuando el delito ha sido cometido por varias personas mediando concierto o cooperación, o cuando varias personas han producido el hecho delictivo por vías independientes. En nuestro ordenamiento podemos mencionar como supuestos de conexidad procedimental, por ejemplo, el supuesto de una persona acusada en un proceso como autor de un delito de receptación que es llamada a declarar en un procedimiento penal distinto seguido precisamente contra el autor del precedente delito contra el patrimonio (robo con fuerza...). También estaríamos ante un supuesto de conexidad procedimental en el caso de delito o delitos cometidos, mediando concierto, por varias personas, unos mayores de edad y otros menores de 18 años, sometidos estos últimos a las disposiciones de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. El art. 16.5 de dicha Ley preceptúa que “cuando los hechos mencionados en el artículo 1 hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1 y en el 4 de esta Ley, en sus respectivos casos, el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos previstos en el apartado 2 de este artículo”. Si se quieren tener en cuenta como prueba de cargo las declaraciones de los coparticipes menores de edad para incriminar al copartícipe mayor de edad deberá posibilitarse el interrogatorio contradictorio de los primeros en el acto del juicio oral.

dad de interrogarles durante el procedimiento, bien en el acto del juicio oral, bien en un momento procesal anterior⁽²⁵⁾.

No resulta tampoco admisible la introducción en el juicio oral como prueba documental, utilizándose la censurable fórmula de “por reproducida”, de la declaración inculpativa de un coimputado ausente, sin haberse concedido a los otros coacusados la posibilidad de interrogar al copartícipe ausente.

De no cumplirse con tales garantías su utilización como prueba de cargo vulneraría el derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE), caso de no existir otras pruebas de cargo independientes.

ANEXO

RELACIÓN CRONOLÓGICA DE SENTENCIAS DEL TEDH CITADAS

1. Sentencia caso UNTERPERTINGER vs Austria, de 24 de noviembre de 1986.
2. Sentencia caso BARBERÀ, MESSEGUÉ y JABARDO vs España, de 6 de diciembre de 1988.
3. Sentencia caso KAMASINSKI vs Francia, de 19 de diciembre de 1989.
4. Sentencia caso DELTA vs Francia, de 19 de diciembre de 1990.
5. Sentencia caso ISGRÓ vs Italia, de 19 de febrero de 1991.
6. Sentencia caso CARDOT vs Francia, de 19 de marzo de 1991.
7. Sentencia caso VIDAL vs Bélgica, de 22 de abril de 1992.
8. Sentencia caso LÜDI vs Suiza, de 15 de junio de 1992.
9. Sentencia caso SAÏDI vs Francia, de 20 de septiembre de 1993.
10. Sentencia caso DOORSON vs Países Bajos, de 26 de marzo de 1996.
11. Sentencia caso FERRANTELLI y SANTANGELO vs Italia, de 7 de agosto de 1996.
12. Sentencia caso SAUNDERS vs Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996.
13. Sentencia caso VAN MECHELEN y otros vs Países Bajos, de 23 de abril de 1997.

⁽²⁵⁾ DÍAZ PITA, M.^a P., cit., págs. 283 y 378, nos dice que en el Derecho anglosajón la atribución de valor probatorio a las declaraciones inculpativas de los coimputados está sometida al cumplimiento de varios requisitos, entre los que menciona la necesidad de que el testimonio se preste en el juicio oral con sometimiento a la *cross-examination*.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Abandono de menores:

— STS 1772/2001, de 4 de octubre 147

Agente encubierto:

— STS 2081/2001, de 9 de noviembre 186

Alzamiento de bienes:

— SAP VALENCIA 276/2001, de 7 de noviembre 278

Arrebató y obcecación:

— STS 59/2002, de 25 de enero 239

Atentado:

— STS 1828/2001, de 16 de octubre 162

B

Bigamia:

— SAP MADRID 465/2001, de 12 de septiembre 257

C

Circunstancia mixta de parentesco:

- STS 38/2001, de 22 de enero de 2002 237

Cohecho:

- STS 2052/2001, de 7 de noviembre 184

Concurso de delitos:

- STS 1837/2001, de 19 de octubre 168

Conducción bajo los efectos del alcohol:

- SAP MADRID 520/2001, de 1 de octubre 261
— SAP SEVILLA 224/2001, de 16 de octubre 269

Consecuencias accesorias:

- AAP BARCELONA, de 25 de octubre de 2001 270

Contrabando:

- STS 25/2002, de 18 de enero 223

Cuestiones prejudiciales:

- STS 2059/2001, de 29 de octubre 176

D

Delito continuado:

- STS 52/2002, de 21 de enero 229

Delito contra la integridad moral:

- STS 1725/2001, de 3 de octubre 145

Delito de expropiación ilegal:

- STS 2542/2001, de 28 de diciembre 220

	Página
Delito electoral:	
— SAP BARCELONA, de 6 de noviembre de 2001	275
Delito fiscal:	
— STS 1629/2001, de 10 de octubre	151
— STS 1807/2001, de 30 de octubre	178
Delito provocado:	
— STS 2470/2001, de 27 de diciembre	218
Delitos contra el medio ambiente:	
— STS 7/2002, de 19 de enero	225
— STS 2187/2001, de 21 de diciembre	215
Delitos relativos a la propiedad industrial:	
— SAP BARCELONA, de 5 de octubre de 2001	265
Delitos relativos a la propiedad intelectual:	
— SAP MADRID 517/2001, de 11 de julio	252
Delitos relativos a la protección de la flora y fauna:	
— STS 2227/2001, de 29 de noviembre	209
Derechos del interno en centro penitenciario:	
— AAP MADRID 1950/2001, de 12 de octubre	268
Descubrimiento y revelación de secretos:	
— SAP MADRID 517/2001, de 11 de julio	252
Desobediencia:	
— SAP SEVILLA 497/2001, de 1 de octubre	260
Dilaciones indebidas:	
— STS 622/2001, de 26 de noviembre	203

E

Ensañamiento:	
— STS 2469/2001, de 26 de diciembre	217

Entrada y registro:

— STC 10/2002, de 17 de enero	140
— STS 1962/2001, de 23 de octubre	171
— STS 82/2002, de 28 de enero	241
— STS 2292/2001, de 29 de noviembre	211

Entrega vigilada:

— STS 2083/2001, de 10 de enero de 2002	222
---	-----

Estafa:

— STS 52/2002, de 21 de enero	229
-------------------------------------	-----

Estafa procesal:

— SAP BARCELONA, de 28 de junio de 2001	249
---	-----

Extorsión:

— SAP BARCELONA, de 5 de noviembre de 2001	274
--	-----

F

Falsificación de moneda:

— STS 75/2002, de 29 de enero	242
-------------------------------------	-----

I

Impedimento del ejercicio de derechos cívicos:

— STS 1953/2001, de 23 de octubre	169
---	-----

Indagatoria:

— STS 1769/2001, de 5 de octubre	148
--	-----

Indefensión:

— AAP VIZCAYA 199/2001, de 30 de mayo	247
---	-----

Intervenciones telefónicas:

— STC 202/2001, de 15 de octubre 131

Intrusismo:

— STS 2066/2001, de 12 de noviembre 190

J

Juicio oral (Transmisión por televisión):

— AAP MADRID, de 10 de septiembre de 2001 255

Juzgado central de menores (competencia):

— STS 2220/2001, de 26 de noviembre 207

Juzgado de paz:

— AAP BARCELONA, de 22 de septiembre de 2001 258

M

Medición de la pena:

— STS 2546/2002, de 2 de enero 221

— STS 1806/2001, de 9 de octubre 150

Medidas de seguridad y corrección:

— STS 2107/2001, de 12 de noviembre 188

N

Negociaciones prohibidas a funcionarios:

— SAP VALENCIA 252/2001, de 8 de octubre 266

P

Penas de multa:

- STS 1729/2001, de 15 de octubre 156

Penas accesorias:

- STC 221/2001, de 31 de octubre 133

Prevaricación:

- STS 2347/2001, de 12 de diciembre 212

Principio acusatorio:

- STS 38/2001, de 22 de enero de 2002 237

Prueba indiciaria:

- STS 1949/2001, de 29 de octubre 174

Prueba preconstituída:

- STS 2184/2001, de 23 de noviembre 200

Prueba testifical:

- STS 1859/2001, de 15 de octubre 158
— STS 1912/2001, de 24 de octubre 172

Q

Quiebra fraudulenta:

- SAP BARCELONA, de 31 de julio de 2001 254

R

Recurso de apelación:

- STC 236/2001, de 18 de diciembre 138
— STC 223/2001, de 5 de noviembre 135

Responsabilidad civil:

— SAP SEVILLA 502/2001, de 3 de octubre	263
— SAP VALENCIA 276/2001, de 7 de noviembre	278
— SAP BARCELONA, de 7 de noviembre de 2001	276

S

Simulación de delito:

— SAP BARCELONA, de 28 de junio de 2001	249
---	-----

Sobresimiento libre:

— STS 1901/2001, de 15 de octubre	159
---	-----

T

Tenencia ilícita de armas:

— STS 2471/2001, de 20 de diciembre	213
---	-----

Tráfico de drogas:

— STS 2027/2001, de 6 de noviembre	181
--	-----

Tráfico ilegal de personas:

— SAP SEVILLA 99/2001, de 14 de mayo	246
--	-----

Tratamiento médico coactivo:

— AAP VIZCAYA 291/2001, de 25 de octubre	272
--	-----

Tribunal del jurado:

— STS 1574/2001, de 14 de noviembre	195
— STS 2153/2001, de 15 de noviembre	198
— STS 1825/2001, de 16 de octubre	160
— STS 1835/2001, de 17 de octubre	165
— STS 2217/2001, de 26 de noviembre	204

V

Violencia doméstica:

— STS 20/2001, de 22 de enero de 2002 232

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 202/2001 de la Sala 2.^a del TC de 15 de octubre de 2001
(BOE 21 de noviembre de 2001) (Recurso de amparo 2462/1998)**

INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES.

Arts. 18.3 CE y 579 LECrim.

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

SÍNTESIS

Aunque es válida la motivación por remisión a la solicitud policial en el auto inicial no es suficiente en cambio para el que acuerde la prórroga.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. (...)

Por tanto, resulta evidente que, en el presente caso, la resolución judicial de autorización ha sido suficientemente motivada, al estar integrada con los datos ofrecidos por el Servicio de Vigilancia Aduanera en la solicitud de autorización y admitirse la posibilidad de integrar en el análisis de la resolución judicial la solicitud a la que ésta responde. En particular, como aquí sucede, cuando el órgano judicial no obra por impulso propio

sino que accede a la petición de las autoridades policiales asumiendo las razones expuestas por éstas (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 10, y 139/1999, de 22 de julio, FJ 2).

6. Ahora bien, en la queja del actor sobre la falta de motivación de los Autos judiciales que habilitaban las intervenciones telefónicas se hace hincapié en que los Autos por los que se acordaron las prórrogas no pueden ser motivados por referencia al oficio policial en el cual se solicitaba la inicial intervención; por lo que estas segundas re-

soluciones judiciales resultan, en consecuencia, nulas.

Al respecto conviene recordar que este Tribunal ha señalado que las condiciones de legitimidad de la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones afectan también a las resoluciones de prórroga, y, respecto de ellas, además debe tenerse en cuenta que la motivación ha de atender a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento que legitiman la restricción del derecho, aun cuando sólo sea para poner de manifiesto la persistencia de las razones que, en su día, determinaron la inicial decisión de intervenir las comunicaciones del sujeto investigado, pues sólo así dichas razones pueden ser conocidas y supervisadas (STC 181/1995, FJ 6). A estos efectos no es suficiente una motivación tácita o una integración de la motivación de la prórroga por aquella que se ofreció en el momento inicial. La necesidad de control judicial de la limitación del derecho fundamental exige aquí, cuando menos, que el Juez conozca los resultados de la intervención acordada para, a su vista, ratificar o alzar el medio de investigación utilizado [STC 49/1999, FJ 11 y 171/1999, FJ 8.c) y 138/2001, FJ 6].

Analizando los cuatro Autos del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santander que prorrogaron la inicial intervención decretada por el Auto de 30 de junio de 1992 se observa que todos ellos (de fechas 31 de julio, 1 de septiembre, 6 de octubre y 3 de noviembre de 1992) hacen referencia a otros tantos oficios del Coordinador Regional del Servicio de Vigilancia Aduanera, los cuales comienzan señalando “como continuación de mi escrito de fecha 30 de junio de 1992”, y solicitan la prórroga haciendo referencia “al estado actual de las investigaciones que se realizan, y de las cuales se ha informado oportunamente a su ilustrísima”. Los Autos indican también que sobre los hechos se “están practicando activas diligencias policiales”, por lo que, se añade en ellos, “existen fundados indicios de que mediante la prórroga de treinta días más ... pueden des-

cubrirse hechos y circunstancias de interés sobre la comisión de un delito de contrabando”. (...)

(...) Y, sin embargo, en las actuaciones no obra diligencia alguna en la que se especifica, en términos concretos y precisos, cuál era el estado de la investigación ni en qué consistió la información ofrecida al Juez, pues en las actuaciones sólo constan los ya reseñados y concisos oficios del Coordinador Regional del Servicio de Vigilancia Aduanera solicitando las prórrogas de las intervenciones telefónicas y los poco expresivos Autos concediéndolas.

El hecho resulta, si se quiere, más inexplicable por cuanto desde el principio de dichas intervenciones se fueron detectando datos de indudable interés, que dieron lugar a una multitud de aprehensiones de géneros de contrabando, a la tramitación de expedientes por infracciones administrativas y a la incoación de causas criminales, todo lo cual no aparece incorporado a las actuaciones sino cuando se decide por la fuerza actuante cesar la intervención de las comunicaciones telefónicas al constatar que había sido detectada y era por ello inútil, momento en el que se procede a practicar las detenciones que se consideran oportunas y a remitir al Juzgado un atestado amplísimo explicativo de los hechos acaecidos en los meses precedentes, al cual se adjuntan los objetos y documentos intervenidos, las cintas resultantes de las intervenciones telefónicas y sus transcripciones. La sola referencia a que “se están practicando activas diligencias policiales” contenida en los Autos de prórroga no es motivación suficiente para legitimar el mantenimiento de la medida de intervención, pues en estos casos deben explicitarse y ponderarse las concretas circunstancias concurrentes en cada momento, así como el conocimiento adquirido a través de la ejecución de la medida inicialmente prevista (SSTC 181/1995, FJ 6; 49/1999, FJ 11, y 171/1999, FJ 5). Además ha de exigirse, cuando menos, que el Juez conozca los resultados de la intervención acordada para

que, a su vista, acuerde fundamentadamente la ratificación o el alzamiento del medio de investigación utilizado.

Pues bien, nada de eso existe en los Autos de 31 de julio, 1 de septiembre, 6 de octubre y 3 de noviembre de 1992 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santander, y el contenido de estas resoluciones judiciales no puede entenderse integrado por la remisión al oficio inicial del Servicio de Vigilan-

cia Aduanera solicitando la intervención telefónica, ya que el Juez debió haber hecho referencia a los resultados obtenidos en la investigación para, si a la vista de ellos resultaba así justificable, ratificar la medida. En definitiva, cabe concluir que se ha producido la vulneración denunciada del derecho al secreto de las comunicaciones y, en consecuencia, los Autos de prórroga han de ser anulados.

Sentencia 221/2001 de la Sala 1.ª del TC de 31 de octubre de 2001 (BOE 30 de noviembre de 2001) (Recurso de amparo 44/1999)

AUSENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL ALCANCE DE PENA ACCESORIA.

Arts. 56 Código Penal y 120.3 CE

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Emilia Casas Bahamonde**

SÍNTESIS

Se otorga el amparo frente a una sentencia que no fundamenta el alcance de la pena accesoria. La imposición de ésta requiere una relación directa del derecho, oficio o cargo ejercido con el delito cometido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. Abordando ya el análisis de la queja relativa a la falta de fundamentación de la pena accesoria impuesta, resulta oportuno recordar que la obligación de motivar las sentencias, que el art. 120.3 CE impone a los órganos judiciales, se integra como una de las garantías protegidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), entendida como el derecho a obtener una resolución razonablemente fundada en Derecho, que entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art.

1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano jurisdiccional tiene la Ley (art. 117.1 y 3 CE) (SSTC 55/1987, de 13 de mayo, FJ 1; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 22/1994, de 27 de enero, FJ 2). Esta garantía tiene como finalidad última la interdicción de la arbitrariedad, ya que mediante ella se introduce un factor de racionalidad en el ejercicio del poder, que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica, y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de la reso-

lución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el que compete a este Tribunal a través del recurso de amparo (SSTC 55/1987, de 13 de mayo, FJ 1; 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; 184/1995, de 12 de diciembre, FJ 2; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4).

De esta garantía deriva, en primer lugar, que la resolución ha de exteriorizar los elementos y razones de juicio que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, de 3 de junio, FJ 2; 5/1995, de 10 de enero, FJ 3; 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2), y, en segundo lugar, que el fundamento de la decisión ha de constituir la aplicación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni fruto de un error patente, de la legalidad (entre muchas SSTC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3; 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 119/1998, de 4 de junio, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 3). A ello ha de añadirse que cuando están en juego otros derechos fundamentales, el canon de examen de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva aparece reforzado (por todas SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 3).

En particular, en relación con las Sentencias penales las exigencias de fundamentación se proyectan no sólo sobre la fijación de los hechos y la calificación jurídica de los mismos (por todas SSTC 27/1993, de 25 de enero, FFJJ 2 y 3; 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4), sino también sobre la pena concreta finalmente impuesta (SSTC 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 3; 43/1997, de 25 de enero, FJ 2; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6; 59/2000, de 2 de marzo, FJ 4; 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4).

7. Pues bien, sentado cuanto antecede, ha de otorgarse la razón al recurrente en cuanto a la ausencia de fundamentación del alcance de la pena accesoria impuesta y su relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva invocado. A estos efectos ha de tenerse en cuenta que si bien, como ya hemos afirmado, la pena accesoria de suspensión de cargo públi-

co, profesión, oficio y derecho de sufragio ha de imponerse "ex lege" cuando se condena a pena privativa de libertad (arts. 46 y 47 CP texto refundido de 1973), no lo es menos que la imposición de la pena accesoria, obligatoria en su genérica consideración, requiere, en lo que atañe a su alcance en el caso concreto, una específica justificación que reside en su eventual relación directa del derecho, oficio o cargo ejercido con el delito cometido. Así, el art. 42 en relación con el 41 CP citado estableció desde 1983 que sólo era posible imponer la suspensión de profesión u oficio como pena accesoria "si la profesión u oficio hubieren tenido relación directa con el delito, debiendo determinarse expresamente en la sentencia". Dicha exigencia, como advierte el Fiscal, había sido incorporada con carácter general también para la suspensión de cargo público y derecho de sufragio por vía jurisprudencial, antes de que el actual art. 56 CP 1995 disipara las dudas sobre la cuestión al señalar que "en las penas de prisión de hasta diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, o inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación".

La Sentencia de la Audiencia Provincial, al imponer en su fundamento jurídico quinto la pena privativa de libertad "con la accesoria de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena" y al ratificar en el fallo la condena a la "suspensión de cargo, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena", efectúa una alusión genérica a los derechos que se suspenden, de la que parece deducirse que la suspensión afecta global o conjuntamente a

todos ellos. Pues bien, sin entrar a ponderar si, conforme a la legislación penal aplicada, es posible la imposición de la pena accesoria con tal amplitud, función que sólo compete a los Tribunales penales, es lo cierto que el órgano judicial no exteriorizó la razón jurídica que podía avalar, en su caso, el alcance de la pena accesoria, pues ninguna mención existe en la resolución impugnada a la vinculación entre el derecho o derechos suspendidos y el delito cometido, que tampoco puede ser extraída de forma implícita de los hechos probados o de los fundamentos jurídicos de dicha resolución en lo que respecta a todos los derechos nominalmente afectados por la suspensión.

Esta falta de fundamentación del alcance de la pena accesoria impuesta cobra especial relevancia constitucional pues, como sostiene el Fiscal, la suspensión de cargo público y derecho de sufragio afecta a los derechos fundamentales recogidos en el art. 23 CE; a lo que ha de añadirse que la suspensión de profesión u oficio incide de forma general en el derecho a la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE) y, en el caso concreto, en la libertad de empresa (art. 38 CE), dada la condición de comerciante del recurrente. De modo que la Sentencia penal, como título jurídico habilitante de la restricción de estos derechos fundamentales, debe contener una fundamentación conforme a la ley habilitadora de dicha restricción.

Sentencia 223/2001 de la Sala 1.ª del TC de 5 de noviembre de 2001 (BOE 30 de noviembre de 2001) (Recurso de amparo 1116/1998)

APELACIÓN ADHESIVA EN JUICIO DE FALTAS.

Arts. 24 CE; 795.4 y 976.2 LECrim.

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

SÍNTESIS

Negada por el Tribunal de apelación en relación con el juicio de faltas, la posibilidad de que se formule, por la vía de adhesión, una pretensión impugnativa autónoma, el Constitucional, partiendo de que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria, considera razonada la interpretación efectuada, desestimando por consiguiente el recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Como quiera que tanto el demandante de amparo como el Ministerio Fiscal invocan en defensa de sus tesis la doctrina ela-

borada por este Tribunal en torno al recurso de apelación por adhesión en el proceso penal, parece pertinente comenzar el estudio de la cuestión ahora planteada con la exposición de dicha doctrina.

Al respecto, este Tribunal ha afirmado reiteradamente que la configuración del contenido y alcance de la apelación adhesiva en el proceso penal es cuestión que pertenece al ámbito de la interpretación de la legalidad ordinaria y que, por consiguiente, incumbe de modo exclusivo a los Jueces y Tribunales (en particular, SSTC 162/1997, de 3 de octubre, FJ 3, y 79/2000, de 27 de marzo, FJ 2). Ciertamente, este Tribunal no ha rechazado en ningún momento la posibilidad de caracterizar a la apelación adhesiva como un verdadero medio impugnatorio a través del cual puedan deducirse pretensiones autónomas, incrementando con ello el alcance devolutivo del recurso de apelación principal (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2; 40/1990, de 12 de marzo, FJ 2; 162/1997, FJ 3; 56/1999, de 12 de abril, FJ 3; 16/2000, de 31 de enero, FJ 5, y 79/2000, FJ 2). Ahora bien, convendrá tener presente que la aceptación de esta posibilidad no representa en modo alguno alteración de la premisa general antes establecida ni, mucho menos, extensión de los márgenes de control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales recaídas acerca de la admisibilidad de la apelación adhesiva en los procesos penales.

Dicho de otro modo, la aceptación de que a través de la adhesión a la apelación principal las partes procesales puedan incorporar pretensiones autónomas no representa, en ninguno de los casos en los que este Tribunal ha admitido dicha posibilidad, un pronunciamiento expreso sobre un hipotético estatuto constitucional de la apelación adhesiva, sino el presupuesto a partir del cual hemos vertebrado nuestra doctrina en la materia. Tal doctrina ha hecho hincapié en las garantías procesales de la otra parte, de tal suerte que en aquellos supuestos en los que este Tribunal ha admitido la posibilidad de que, con motivo de la adhesión a la apelación el órgano judicial "ad quem" amplíe su conocimiento a extremos no contenidos en la apelación principal, ha supeditado la regularidad de tal situación a que haya mediado la posibilidad de debate contradictorio

sobre las pretensiones autónomas planteadas en la impugnación adhesiva, ofreciéndose al apelante principal la facultad de defenderse frente a las alegaciones formuladas de contrario (por todas, SSTC 56/1999, FJ 4, y 93/2000, de 10 de abril, FJ 4, y las resoluciones allí mencionadas).

En resumen, en la doctrina constitucional ahora sintetizada no figura pronunciamiento alguno en el que la autonomía propia de la apelación adhesiva respecto de la principal se haya vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva. Por el contrario, lo que a este Tribunal le ha preocupado constantemente ha sido que esa posible autonomía, allí donde ha sido reconocida por los órganos judiciales, no se tradujera en merma de las garantías de las restantes partes actuantes en el proceso, en particular, que no les situara en una posición de indefensión por conculcación del principio de contradicción.

4. Sentado esto, debemos precisar que nuestro enjuiciamiento de la resolución judicial impugnada, en cuanto rechaza la apelación adhesiva intentada por el ahora demandante de amparo, ha de efectuarse aplicando los cánones de los que este Tribunal viene haciendo uso cuando se denuncia una vulneración del derecho a la tutela judicial en su vertiente de acceso al recurso; esto es, la arbitrariedad, la manifiesta irrazonabilidad o el error patente.

(...)

5. La Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección Séptima) de Barcelona de 9 de enero de 1998 rechazó la apelación adhesiva del ahora solicitante de amparo constitucional con el siguiente razonamiento, contenido en el último párrafo del fundamento jurídico cuarto: "Ninguna virtualidad habrá de seguirse de la pretensión deducida por la representación del perjudicado para que se declaren intereses de los principales declarados en su favor, pues dicha parte no impugnó la sentencia recaída en tiempo hábil para ello, porque no está previsto en el juicio en que nos encontramos la apelación por adhesión, como sí lo está, por contra, en el

procedimiento que regula el juicio de jurado, por constituir la pretensión así deducida fraude legal, en concreto del efecto preclusivo de los plazos, y, finalmente, por constituir su estimación quebranto para el derecho a no obtener una resolución que suponga una reforma “in peius” para los obligados al pago, únicos recurrentes en la alzada”.

(...)

Debe señalarse, ante todo, que la Sentencia ahora recurrida, y concretamente el texto que se ha transcrito, no está negando toda posibilidad de adhesión al recurso de apelación en el juicio de faltas, sino únicamente la posibilidad de que se formule, por la vía de la adhesión, por quien no ha sido recurrente, una pretensión impugnatoria autónoma y diferente de la pretensión deducida en el recurso. Así se infiere, sin duda, de la contraposición que en el propio texto se hace a la apelación por adhesión prevista en el procedimiento de jurado (el llamado recurso supeditado de apelación). Y así se infiere también de la afirmación de que una pretensión impugnatoria autónoma deducida de esta forma en juicio de faltas constituiría un “fraude legal”, con el que se desconocería, además, el “efecto preclusivo de los plazos”: no se entiende esta referencia al “fraude” si no es sobre la base de que se está hablando de una pretensión que, siendo diferente de la deducida en el recurso de apelación, se formula una vez transcurridos los plazos para recurrir.

Sentados los anteriores extremos, ha de concluirse que no se ha producido la vulneración del art. 24 CE, pues la resolución impugnada, atendiendo al razonamiento contenido en ella, no es arbitraria, ni irrazonable ni incurre en error patente.

(...)

El error que se imputa se refiere al producido en la interpretación de la norma, cuya relevancia constitucional sólo puede establecerse con fundamento en los cánones de

arbitrariedad o irrazonabilidad. Pues bien, la argumentación expuesta tampoco puede ser tachada ni de arbitraria, calificativo que debe reservarse para las resoluciones carentes de razón o dictadas por puro capricho, ni de irrazonable, entendido este vicio —en los términos de las SSTC 214/1999, de 29 de noviembre (FJ 5), y 226/2000, de 2 de octubre (FFJJ 3 y 5)— como quiebra de la lógica interna del discurso que resulta de la ausencia de sustento argumental adecuado (...)

En realidad, nos hallamos en el presente caso ante una discrepancia sobre la admisibilidad en el juicio de faltas de la apelación adhesiva no subordinada al recurso principal en cuanto a su alcance devolutivo. Con independencia de que es éste un extremo sobre el que no nos corresponde pronunciarnos, lo cierto es que la resolución judicial incorpora un razonamiento jurídico en el que se contraponen el denominado “recurso supeditado de apelación” del proceso ante Tribunal del Jurado [arts. 846 bis d) y e) LECrim., introducidos por la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado] y la apelación adhesiva; de tal contraposición resulta la aplicación de una interpretación del alcance de esta última figura —respecto del juicio de faltas— limitado a la adhesión subordinada al recurso principal, y ello no sólo en cuanto a la oportunidad de su planteamiento y subsistencia ulterior sino también respecto a su contenido.

Se está, en definitiva, ante una interpretación de normas hecha de forma razonada que, sea o no acertada (extremo sobre el que no hemos de decidir), no evidencia, según ya hemos indicado, que sea arbitraria, irrazonable o que dimane de un error patente. En consecuencia, ha de desestimarse el recurso de amparo en cuanto fundado en el rechazo de la pretensión impugnatoria formulada por la vía de la adhesión al recurso de apelación.

Sentencia 236/2001 de la Sala 1.^a del TC de 18 de diciembre de 2001 (BOE 16 de enero de 2002) (Recurso de amparo 3542/1996)

SUSPENSIÓN DE LA TRAMITACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN.

Arts. 24.1 CE; 225, 226 y 229.III LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Fernando Garrido Falla**

SÍNTESIS

Se otorga el amparo al haberse producido una limitación del recurso de apelación contraria al derecho a la tutela judicial efectiva: se admitió a trámite paralizándose “sine die” en vez de acordar las previsiones de los arts. 225 y 226 de la LECrim. conciliadoras del secreto sumarial con la tramitación del recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. En el supuesto que aquí se examina, nos encontramos obviamente en esta segunda vertiente de acceso a un recurso legalmente previsto, concretamente del recurso de apelación contra las resoluciones del instructor en el ámbito de la jurisdicción penal recaídas en la pieza de situación personal y afectantes a su libertad personal. La peculiaridad del caso estriba en que la decisión judicial acuerda, primero, la admisión a trámite a un solo efecto del recurso, pero paraliza después “sine die” su tramitación fundamentando dicho acuerdo de suspensión en el carácter secreto de las actuaciones sumariales; de forma que, según afirman tanto el recurrente en amparo como el Ministerio Fiscal, de hecho el recurso queda paralizado en su tramitación y resolución con un efecto, en definitiva, similar al de una decisión de inadmisión inicialmente acordada.

Sin embargo, tal causa de paralización del recurso de apelación no se encuentra prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con respecto a las actuaciones sumariales declaradas secretas. Antes bien, la lectura de los preceptos atinentes al caso (arts. 225 y 226 LECrim.), evidencia que lo previsto por el legislador procesal para el supuesto de actuaciones sumariales declaradas secretas contra las que se formule y admita dicho recurso, son una serie de medidas tendientes a salvaguardar la reserva de dichas actuaciones penales, pero procurando, en todo caso, la necesaria compatibilidad entre aquel secreto sumarial y la tramitación del recurso legalmente previsto.

Así, la necesaria deducción de testimonios relativos a las actuaciones, que será preciso acordar en la tramitación del correspondiente recurso de apelación, se trata de hacer compatible con el carácter secreto de aquéllas, mediante la previsión contenida en

el art. 225 LECrim., que establece en tal sentido: “El Ministerio Fiscal y el apelante podrán pedir al Juez que sean incluidos en el testimonio los particulares que crean procede incluir, y el Juez acordará sobre lo solicitado ... teniendo siempre presente el carácter reservado del sumario...” Por su parte, el art. 226 LECrim. dispone: “Para el señalamiento de los particulares que hayan de testimoniarse, no podrá darse vista al apelante de los autos que para él tuvieran carácter de reservados”. Es decir, que lo que la Ley prevé para el supuesto de actuaciones sumariales secretas es la salvaguarda y garantía del carácter reservado de las mismas cuando tal reserva pueda verse afectada por la deducción de testimonios propia de la tramitación del recurso de apelación legalmente previsto y admitido en un solo efecto.

Quiere decirse, con todo ello, que no se trata propiamente en este supuesto de la interpretación o aplicación judicial de una determinada causa de inadmisión del recurso, función en la que el control o revisión del canon de constitucionalidad para este Tribunal quedaría limitado, según la doctrina antes expuesta, a los casos de error patente, arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta; sino que se trata, en realidad, de la decisión de paralizar la tramitación y resolución del recurso de apelación, previamente admitido, en aplicación de un motivo que no se encuentra expresamente previsto en la Ley procesal y que, de forma implícita, es precisamente contrario a las garantías y previsiones que se contienen en los respectivos preceptos procesales que regulan aquel recurso.

Ello implica una limitación del recurso de apelación que es contraria, en efecto, al derecho a la tutela judicial invocado por el recurrente en su vertiente concreta de acceso al recurso legalmente previsto; derecho que, no se ha de olvidar, aun con una menor intensidad de protección en cuanto matizado por su configuración legal y no directamente constitucional, también se encuentra protegido por el art. 24.1 CE. La resolución judicial se aparta, así, de la previsión legal y efectúa una interpretación de las normas procesales —no ya de las que regulan propiamente el recurso de apelación, sino de las que admiten y disciplinan el secreto de las actuaciones penales— que resulta irrazonable y, por ende, vulneradora del derecho consagrado en el art. 24.1 CE, por dos motivos esenciales: primero, porque es contradictorio en sí mismo acordar la admisión a trámite del recurso (lo que conlleva la no apreciación de causas legales de inadmisión de aquél) con la coetánea paralización o suspensión de la tramitación de ese mismo recurso “sine die” una vez admitido; pero, además, también porque la previsión y regulación legales para ese tipo de apelación están precisamente orientadas a salvaguardar la tramitación y resolución del recurso con el carácter secreto de lo actuado en la causa, de forma que la interpretación judicial efectuada vaciaría de contenido la garantía legalmente prevista y haría de “facto” inexistente la posibilidad de todo recurso de apelación, admitido en un efecto, en el curso de actuaciones penales declaradas secretas.

Por ello, ha de estimarse el amparo solicitado.

**Sentencia 10/2002 del Pleno del TC de 17 de enero de 2002
(BOE 8 de febrero de 2002) (Cuestión de inconstitucionalidad 2829/1994)**

ENTRADA Y REGISTRO EN HABITACIONES DE HOTEL.

Arts 18.2 CE y 557 LECrim.

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Emilia Casas Bahamonde**

SÍNTESIS

Declara inconstitucional y por tanto derogado, el art. 557 de la LECrim. por ser incompatible con el art. 18.2 de la CE al impedir con carácter absoluto que las habitaciones de los huéspedes de hoteles sean consideradas “domicilio” a efectos de las exigencias de entrada y registro.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad tiene por objeto el art. 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto que ha permanecido inalterado desde su aprobación por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, desde la perspectiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrada en el art. 18.2 CE. Dicho precepto establece que “[l]as tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente; y lo serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten así con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada”.

(...)

2. Antes de abordar el análisis de la duda de constitucionalidad planteada resulta pertinente resaltar dos peculiaridades del art. 557 LECrim., que habrán de ser necesariamente tomadas en consideración a los efectos de analizar los requisitos de admisibilidad de la cuestión, que también pueden

ser examinados en este momento del proceso de constitucionalidad (por todas, SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 2; 106/1986, de 24 de julio, FJ 1; 15/1994, de 20 de enero, FJ 2). Así, dos son las notas que han de tenerse presentes, tanto de forma aislada como interconectada: el precepto cuestionado, de un lado, incide, en opinión del órgano judicial cuestionante, en la posible aplicación del tipo penal del delito de entrada o registro domiciliario cometido por funcionario público (art. 191 CP, texto refundido 1973, arts. 204 y 534 CP 1995) y, de otro, es preconstitucional.

(...)

De otra parte, el carácter preconstitucional del precepto cuestionado exige realizar algunas consideraciones sobre la aplicación al caso de la doctrina constitucional relativa a la opción que tienen los Jueces y Tribunales de inaplicar las normas preconstitucionales o someter su eventual inconstitucionalidad ante este Tribunal. En efecto, como es sabido y afirma el órgano judicial que plantea la cuestión, este Tribunal ha declarado que los Jueces y Tribunales tienen la opción

de inaplicar las normas preconstitucionales si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma, o bien, en caso de duda, someterla a este Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1; 126/1997, de 3 de julio, FJ 3; 159/2001, de 5 de julio, FJ 1). De modo que si el órgano judicial tiene dudas sobre la constitucionalidad de un precepto y opta por elevar la cuestión ante este Tribunal, deberemos conocer de la misma.

Esto es lo que sucede en el caso que nos ocupa, pues, sin perjuicio de que hubiera sido posible que el propio órgano judicial hubiera realizado una interpretación del art. 191 CP conforme a la Constitución, dado que la remisión que efectúa dicho precepto a la “ley” incluye de forma patente la Constitución en cuanto Ley suprema, es lo cierto que a la Sala el precepto le suscita dudas de constitucionalidad y que las mismas han quedado expuestas en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Estas dudas resultan acentuadas para el órgano judicial por la persistencia, en el momento de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, de interpretaciones contrarias a la Constitución que coexistían con interpretaciones conformes a la jurisprudencia constitucional sobre el concepto de domicilio.

(...)

5. Delimitada así la controversia sobre la constitucionalidad del precepto cuestionado, el examen de la adecuación del art. 557 LECrim. al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) requiere partir del contenido de este derecho fundamental y del concepto constitucional de domicilio. A tal efecto hemos de comenzar por recordar que la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliario (art. 18.2 CE) constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (por todas, STC 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3). De esta construcción interrelacionada resulta que la protección de la in-

violabilidad domiciliaria tiene carácter instrumental respecto de la protección de la intimidad personal y familiar (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), si bien dicha instrumentalidad no empece a la autonomía que la Constitución española reconoce a ambos derechos, distanciándose así de la regulación unitaria de los mismos que contiene el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante, CEDH; STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

Si, como hemos declarado de forma reiterada, el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad (por todas, SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5), el derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado, el “domicilio”, por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

La protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su “inviolabilidad” en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5). La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y

registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial (STC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 3 y 5); de modo que la mención de las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3).

De lo expuesto se infiere que la noción de domicilio delimita el ámbito de protección del derecho reconocido en el art. 18.2 CE, tanto a los efectos de fijar el objeto de su “inviolabilidad”, como para determinar si resulta constitucionalmente exigible una resolución judicial que autorice la entrada y registro cuando se carece del consentimiento de su titular y no se trata de un caso de flagrante delito.

6. La Constitución no ofrece una definición expresa del domicilio como objeto de protección del art. 18.2 CE. Sin embargo, este Tribunal ha ido perfilando una noción de domicilio de la persona física cuyo rasgo esencial reside en constituir un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada. Este rasgo, que ha sido señalado de forma expresa en Sentencias recientes (SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 4; 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), se encuentra asimismo comprendido en las declaraciones generales efectuadas por este Tribunal sobre la conexión entre el derecho a la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad personal y familiar, así como en la delimitación negativa que hemos realizado de las características del espacio que ha de considerarse domicilio y de la individualización de espacios que no pueden calificarse de tal a efectos constitucionales.

Con carácter general, como acabamos de recordar, hemos declarado que “el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino

lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella” (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 137/1985, de 17 de octubre, FJ 2; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FFJJ 5 y 6).

A esta genérica definición hemos añadido una doble consecuencia para el concepto constitucional de domicilio, extraída del carácter instrumental que la protección de la inviolabilidad domiciliaria presenta en la Constitución respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, y deducida también del nexo indisoluble que une ambos derechos: en primer término, que “la idea de domicilio que utiliza el art. 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado y en especial en el art. 40 del Código Civil como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones”; en segundo lugar, que el concepto constitucional de domicilio tiene “mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo” (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5), y no “admite concepciones reduccionistas [...] como las] que lo equiparan al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación” (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5).

En una delimitación negativa de las características que ha de tener cualquier espacio para ser considerado domicilio hemos afirmado que ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que este nos ante el domicilio constitucionalmente protegido. Y, en sentido inverso, que tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio. Así, hemos declarado que no todo “recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales”, y que, en particular, la garantía constitucional de su inviolabilidad no es extensible a “aquellos lugares cerrados que, por su afectación —como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (ATC 171/1989, FJ 2)—,

tenham un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad” (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7). Igualmente, hemos señalado, que “no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 garantiza”, pues “la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros” (STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 2). Y, finalmente, hemos advertido sobre la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio si, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; en sentido similar sobre la irrelevancia de la falta de periodicidad, STEDH 24 de noviembre de 1986, caso *Guilow c. Reino Unido*).

(...)

7. De la jurisprudencia constitucional expuesta se obtiene, como ya hemos anticipado, que el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el

espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada.

El rasgo esencial que define el domicilio delimita negativamente los espacios que no pueden ser considerados domicilio: de un lado, aquellos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole; de otro, aquellos que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos. En este sentido resulta necesario precisar que, si bien no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros.

8. Precisado en estos términos el concepto constitucional de domicilio, se ha de otorgar la razón al órgano judicial cuestionante en cuanto a que las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquéllos habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables ge-

néricamente en la vida privada. Ello, no obstante, no significa que las habitaciones de los hoteles no puedan ser utilizadas también para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza, en cuyo caso no se considerarán domicilio de quien las usa a tales fines. En el caso origen del proceso penal pendiente, no existen dudas de que los periodistas se hospedaban en las habitaciones del hotel que fueron registradas, de modo que constituían en ese momento su domicilio en cuanto en ellas desarrollaban su vida privada.

Desde esta perspectiva, ni la accidentalidad, temporalidad, o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculos a su consideración como domicilio de los clientes del hotel mientras han contratado con éste su alojamiento en ellas. Siendo las habitaciones de los hoteles espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle, constituyen ámbitos sobre los que se proyecta la tutela que la Constitución garantiza en su art. 18.2: su inviolabilidad y la interdicción de las entradas o registros sin autorización judicial o consentimiento de su titular, fuera de los casos de flagrante delito.

(...)

Excluir los establecimientos de hostelería de la necesidad de autorización judicial no es, sin embargo, en principio, contrario al art. 18.2 CE, pues se trata de establecimientos abiertos al público en los que principalmente se desarrollan actividades no privadas y, por consiguiente, quienes las realizan no tienen pretensión de privacidad. Por ello, el art. 557 LECrim., en su sentido original, no es contrario a la protección constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

La incompatibilidad del art. 557 LECrim con el derecho reconocido en el art. 18.2 CE se produce sólo en la medida en que impide con carácter absoluto que dichos establecimientos o una parte de los mismos, especifi-

camente sus habitaciones respecto de sus huéspedes, sean consideradas domicilio, esto es, espacios en los que los huéspedes de los hoteles despliegan su privacidad. Como hemos afirmado, el art. 18.2 CE garantiza la interdicción de la entrada y registro en el domicilio, estableciendo que, en ausencia de consentimiento de su titular y de flagrante delito, sólo es constitucionalmente legítima la entrada y registro efectuada con resolución judicial autorizante. Dicha exigencia de autorización judicial constituye un requisito de orden preventivo para la protección del derecho (por todas, SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 126/1995, de 25 de julio, FJ 2; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10) que no puede ser excepcionado, puesto que las excepciones constitucionales a la interdicción de entrada y registro tienen carácter taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3). Por consiguiente, ninguna justificación puede tener, desde la perspectiva constitucional, la exclusión de la autorización judicial de espacios que han de considerarse, de conformidad con el art. 18.2 CE, domicilio de una persona física.

(...)

10. Procede, no obstante, declarar la inconstitucionalidad de toda la disposición cuestionada —art. 557 LECrim.— y no sólo de los incisos propuestos por el Fiscal General del Estado, pues, como ha quedado expuesto, no cabe una interpretación del precepto conforme al art. 18.2 CE, y, si bien el principio de conservación del Derecho al que también sirve el de interpretación conforme podría avalar la inconstitucionalidad parcial del precepto, es lo cierto que la protección de la inviolabilidad de las habitaciones de los hoteles, así como la exclusión de la necesidad de autorización judicial para los registros de dichos establecimientos de hostelería cuando en los mismos se realizan otras actividades no privadas o en las partes de ellos no destinadas a vida privada y abiertos al público, deriva directamente del propio art. 18.2 CE, así como del concepto de domicilio del art. 554.2 LECrim.

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1725/2001, Sala de lo Penal del TS, de 3 de octubre de 2001

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.

Art. 175 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

Se condena por un delito contra la integridad moral, en su modalidad agravada (art. 175 del CP) a dos guardias civiles que, aplicando una pistola, previamente montada, a la nuca de un muchacho, le obligan a bajarse los pantalones en presencia de terceras personas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...)

Se cuestiona, en primer término, la opción de técnica legislativa que se manifiesta en la redacción del precepto sustantivo apli-

cado, que, ciertamente, no es un dechado de precisión descriptiva, como algunos autores han puesto de manifiesto. Pero dicho esto, se trata de ver si su aplicación al caso es objetable.

Los recurrentes, aceptando —dada la naturaleza del motivo— la forma en que los hechos probados se encuentran redactados, cuestionan que la acción de montar dos veces el arma y la subsiguiente aplicación de la misma a la nuca de una persona, para obligarla a bajarse los pantalones y a permanecer así a presencia de otros, pueda merecer el calificativo de “constricción anímica inhumana”; y también que ese modo de obrar haya sido calificado de atentatorio contra la integridad moral. Asimismo, entienden que, en todo caso, nunca habría motivo para aplicar la modalidad agravada del delito del art. 175 Código Penal.

El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la “integridad moral” y proscribte con carácter general los “tratos degradantes”. La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto.

Así las cosas, no cabe duda de que el perjudicado en esta causa fue *usado* por los ahora recurrentes con un fin carente de todo amparo legal, tanto al limitar arbitraria y drásticamente su libertad, como al utilizar con él medios aptos para producir miedo e incluso terror, y, en fin, al imponerle gratuitamente un comportamiento denigrante. Por

tanto, es evidente que la integridad moral de aquél se vio realmente comprometida.

Siendo así, se trata de determinar si, además, ese atentado fue o no grave. Y la respuesta sólo puede ser la que ha dado el tribunal de instancia en la sentencia recurrida. Primero, porque lo aquí empleado al margen de la ley fue una fuerza física cuyo uso ésta reserva, como “última ratio” para situaciones-límite, a las que no cabría hacer frente de otro modo. Además, porque esa violencia se vio intensificada en sus efectos sobre la víctima por la utilización de un arma de fuego, empleada de modo que se hizo ver a aquélla que su vida podía correr un riesgo real (no es otro el efecto que produce la aplicación de una pistola previamente montada, a la nuca de un muchacho). Y, en fin, porque éste coaccionado de esa forma, fue obligado a exhibirse sin pantalones, en presencia de otras personas.

Se dio, por tanto, en el caso examinado no sólo la imposición arbitraria y violenta de la conducta descrita a una persona, sino, además, por eso, una abierta y aparatosa desviación en el uso del poder de coerción atribuido por la ley a los funcionarios encausados, precisamente en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que aquí resultaron seriamente conculcados.

En consecuencia, hubo directa afectación negativa al bien jurídico protegido por el precepto, y ello mediante abuso de la función policial, justamente calificado de grave. Por lo demás, en la sentencia impugnada se ha discurredo con rigor argumental sobre todos estos aspectos. Es por lo que este motivo debe asimismo desestimarse.

Sentencia 1772/2001, Sala de lo Penal del TS, de 4 de octubre de 2001

ABANDONO DE MENORES.

Arts. 229 y 230 Código Penal

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre el delito de abandono de menores, a propósito de un caso de abandono temporal del menor por parte de la madre y una hermana del abandonado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El tipo penal de abandono de menor de edad es un delito cuyo bien jurídico trata de proteger al menor al que debe dispensarse los cuidados necesarios que requiere y que aparecen relacionados en la legislación protectora sobre el menor, básicamente recogidas en el Código civil y la ley de protección jurídica del menor. La conducta típica consiste en la realización de una conducta, activa u omisiva, provocadora de una situación de desamparo para el menor por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable. La situación de desamparo, concepto normativo del tipo penal, aparece definida en los estudios de protección a la infancia que refieren tal situación, en síntesis, a supuestos en los que el niño quede privado de la necesaria asistencia moral y material, que incidan en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo, a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de los padres o guardadores. El Código civil, en su art. 172, refiere la situación de desamparo a la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado

ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Esta situación de desamparo ya supone un riesgo para el menor por lo que el ordenamiento jurídico protector de la infancia dispone medidas de protección mediante intervenciones de carácter administrativo que las leyes protectoras regulan y los profesionales de los servicios sociales han de aplicar.

El abandono en los términos señalados supone una acción u omisión, provocadora de la situación de desamparo. Cuando esa situación es provocada y alcanza una singular relevancia la conducta se subsume en el tipo penal del abandono, arts. 229 y 230, tipicidad compatible con las medidas administrativas pues en tanto las autoridades administrativas adaptan medidas de protección del menor, constituyendo éste el objeto de su actuación, el Código penal interviene para reprochar una conducta provocadora de la situación de desamparo. Cuando el riesgo aparece concretado en una situación de peligro para un bien jurídico del menor, como pudiera ser el recogido en el hecho probado, podremos encontrarnos con un delito intentado que, en este caso, no ha sido

objeto de acusación. El hecho descrito en el relato fáctico es claro en la descripción de una situación de riesgo para el menor que fue abandonado a su suerte.

Los recurrentes no discuten el presupuesto típico del delito de abandono temporal. Su concurrencia aparece probada por las periciales realizadas y las testificales de quienes asistieron al menor. Así resulta que el menor, de 23 meses de edad, se encontraba en el rellano de la escalera, desnudo, hambriento y en deplorables condiciones higiénicas, siendo diagnosticado por los médicos de maltrato infantil por omisión de cuidados. Concorre, pues, la situación de abandono y la situación de riesgo inminente derivado de la conducta de las acusadas.

Argumenta la recurrente, madre del niño, que no abandonó a su hijo sino que lo dejó al cuidado de su hija mayor de edad y también condenada por los hechos. Esa argumentación se desvanece a la vista del acta del juicio oral. Allí consta que la propia recurrente, por quien se interpone este motivo, afirma que dejó al menor pensando que se iba a quedar con su hermana, y ésta que pensó que otro hermano se quedaba en casa. De lo que

resulta que no dejó al menor con una delegación concreta sino que lo dejó sin confiarlo expresamente. De sus manifestaciones, unido al hecho que la coacusada, a quien manifiesta haber entregado su custodia, presentaba una adicción grave a sustancias estupefacientes e incapacitada para el cuidado de sus propios hijos respecto a los que había cedido la guarda y custodia a la Comunidad de Madrid. Resulta la acreditación del abandono pues no se cercioró de la delegación en el cuidado del menor y de haberlo hecho en su hija sabía que los órganos encargados de la protección a la infancia de la Comunidad Autónoma la había retirado la custodia de sus hijos por lo que aparecía como incapacitada para la guarda encomendada.

Con relación a la otra acusada, Carmen, la conducta típica queda acreditada por sus propias declaraciones que actuó con inobservancia de los cuidados que el menor requiere al marcharse de la casa con abandono a su suerte del menor sin comprobar la presencia de un hermano que lo atendiera. En definitiva, se despreocupó del menor colocándolo, como ya había realizado en otra ocasión, en situación de abandono.

Sentencia 1769/2001, Sala de lo Penal del TS, de 5 de octubre de 2001

INDAGATORIA.

Art. 387 LECrim.

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

SÍNTESIS

La exhortación a decir verdad en la declaración indagatoria, que formalmente aparece vigente aún en el artículo 387 de la LECrim. se encuentra tácitamente derogada por lo dispuesto en el art. 24.2 de la CE, por lo que puede ocasionar la prohibición de valoración del resultado del interrogatorio judicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El derecho de defensa no puede ser analizado exclusivamente desde un aspecto meramente formal, sino desde su perspectiva material; y el único reproche que se formula respecto a la actuación de la Letrada inicialmente designada es haber consentido que el Juez de Instrucción, al recibir declaración indagatoria al procesado (folio 43) le exhortara a decir verdad, de conformidad con las prescripciones procesales previstas en el art. 387 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este precepto dispone que no se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles solamente a decir verdad y advirtiéndoles el Juez que deben responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas.

El auto de procesamiento supone, como ha expuesto el Tribunal Constitucional, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, atribuida por el art. 117.3 CE a los Tribunales penales, pues a ellos corresponde apreciar si existe algún indicio racional de criminalidad determinante de la resolución prevista en el art. 384 LECrim.; apreciación que descansa necesariamente sobre una ponderación de los hechos y circunstancias concurrentes que no puede trasladarse al ámbito constitucional, por lo que únicamente en los casos en que la decisión aparezca notoriamente infundada por carecer de base fáctica o de indicios racionales de cargo o por estar apoyada en fundamentos arbitrarios puede suscitarse la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

La simple exhortación a decir verdad, sin juramento alguno ni carga negativa de ninguna clase, no puede vulnerar el contenido de los derechos constitucionales que el art. 24 de la Constitución española proclama como derechos fundamentales de todo imputado por un delito. Es cierto que una lectura constitucional de tal precepto hace inútil meritada exhortación, en tanto que tiene el procesado derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, conforme a aquel catálogo constitucional, pero ello no tiene otra trascendencia práctica que la prohibición de valoración del resultado del interrogatorio judicial (SSTC 135/1989 y 186/1990).

Nuestra Sentencia de 12 de noviembre de 1996 dice que es claro que la exhortación a decir verdad, que formalmente aparece vigente aún en el artículo 387 LECrim., se encuentra en contradicción, y por tanto tácitamente derogada, por lo dispuesto en el artículo 24.2 CE. Pero entendemos que tales vicios procesales carecieron de trascendencia en cuanto a lo que aquí interesa, esto es, en cuanto a los pronunciamientos condenatorios de la sentencia recurrida. Estimamos —dice dicha resolución— que la mera exhortación a decir verdad en nada pudo limitar su libertad para declarar.

Consta en autos que el inicialmente imputado, le fue tomada declaración policial y judicial con todas las garantías y derechos reconocidos en los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que en el acto del juicio oral confesó, con plenas garantías y total libertad, parcialmente los hechos delictivos.

Sentencia 1806/2001, Sala de lo Penal del TS, de 9 de octubre de 2001

MEDICIÓN DE LA PENA.

Art. 66.1 Código Penal

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

SÍNTESIS

La siempre necesaria motivación de la pena impuesta, lo es aún más en un caso como éste, donde la imposición de una pena superior al mínimo legal imposibilita su suspensión condicional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Se denuncia infracción de ley, concretamente del art. 66.1 CP que dice así: “Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia”.

Se aplicó en la sentencia recurrida el art. 241.1 que sanciona el delito de robo con fuerza en las cosas cometido en casa habitada con la pena de prisión de dos a cinco años. Se había apoderado de unas joyas tasadas en 750.000 pts., como ya se ha dicho. La Audiencia apreció que había que aplicar el n.º 1.º del art. 258 (escalamiento) por haber saltado una pared de 2,15 metros de altura, así como el n.º 2.º del mismo artículo, por haber roto un cristal de la puerta de la cocina para acceder al piso.

En el fundamento de derecho 6.º de la resolución recurrida se dice así: “Que atendiendo lo dispuesto en el art. 66 regla 1.ª CP y en particular la gravedad del hecho y la personalidad del autor, procede imponer al acusado la pena de 3 años de Prisión así co-

mo las accesorias postuladas por el Ministerio Fiscal”.

Entendemos que las razones expuestas en tal fundamento de derecho no pueden servir como justificación para esa subida de la pena desde el mínimo de dos años de prisión, que permite suspender su ejecución por lo dispuesto en los arts. 80 y ss. del CP, hasta los mencionados tres años que hacen obligado el ingreso en prisión de una persona que carece de antecedentes penales (folio 36) y podía beneficiarse, por tanto, de la referida suspensión de la pena.

Como vemos tal subida de pena tiene una significación especial y por ello necesitaba un razonamiento que pudiera justificarlo y que expresamente exige el CP en su art. 66.1.ª, aplicable al caso al no concurrir ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

Nada dice en realidad al respecto el mencionado fundamento de derecho 6.º de la sentencia recurrida, pues sólo repite los conceptos utilizados en tal norma penal (art. 66.1.ª), gravedad del hecho y personalidad del autor, sin concreción alguna, lo que equivale a una inexistencia de motivación, defecto que, por razones de economía procesal podemos subsanar aquí en casación con estimación del motivo único del presente recurso: tenía que

haberse motivado esa subida de pena y ello no se hizo por la audiencia, sin que, por otro lado, haya datos objetivos en la resolución impugnada que, a nuestro entender, pudieran justificar tal subida.

Nos encontramos ante un robo con fuerza en las cosas referido a unas alhajas valoradas en 750.000 pts., para cuya comisión su autor tuvo que saltar una pared de 2,15 metros y, además, romper el cristal de la puerta de la cocina.

Consideramos que tales dos circunstancias (cuantía y medio de entrada al piso) no confieren al hecho la gravedad necesaria que pudiera justificar la mencionada subida de dos a tres años de prisión. Se trata de un robo más de esta clase que ya aparece en la ley como figura agravada en el art. 241 por haberse realizado en casa habitada, como bien dice el escrito de recurso.

Con relación al otro criterio utilizado por la citada regla 1.ª del art. 66, el relativo a las circunstancias personales del autor, nos consta que era insolvente y que, pese a su edad, 31 años, cuando ocurrió el hecho que

estamos examinando carecía de antecedentes penales, datos que nos refuerzan en la idea de que debe imponerse la pena mínima prevista en dicho art. 241, dos años de prisión, a fin de que la Sala de instancia, si lo considera adecuado, pueda acordar la mencionada suspensión de ejecución a que se refieren los arts. 80 y ss. del CP.

Recordamos aquí la doctrina jurisprudencial expuesta, entre otras muchas, en nuestras sentencias de 23 de octubre de 1994, 7 de febrero de 1997, 24 de noviembre de 1997 y 29 de abril de 1998, sobre la necesidad de motivación de las sentencias condenatorias en cuanto a la cuantía de la pena cuando se sobrepasa de modo significativo el mínimo de la prevista en la ley, a fin de que no aparezca como arbitraria la actuación del órgano judicial y en aras de una mejor protección del derecho fundamental de orden procesal relativo a la tutela judicial efectiva (art. 9.3, 120.3 y 24.1 de la CE), y sobre las facultades de esta Sala de subsanar aquí en casación esa falta de motivación por razones de economía procesal.

Sentencia 1629/2001, Sala de lo Penal del TS, de 10 de octubre de 2001

PRESCRIPCIÓN DEL DELITO FISCAL.

Arts. 131, 132 y 305 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se precisan en la sentencia algunos extremos relativos a la prescripción del delito fiscal. Así, la necesidad de liquidación de la deuda para poder afirmar que “el procedimiento se dirige contra el culpable”, a los efectos de la interrupción del plazo de prescripción, o la consideración separada de las deudas afectantes a cada tributo en particular. De paso, se matiza el alcance de lo declarado en la STS de 6 de noviembre de 2000 (véase Revista de Derecho Penal n.º 3), en el sentido de la independencia de los plazos de prescripción previstos en los artículos 131 del CP y 64 de la LGT (Véase, sin embargo, la STS de 30 de octubre de 2001, incluida en este mismo número de la revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

1. Si concretamos nuestras consideraciones a los puntos en los que verdaderamente difieren la resolución recurrida y el recurso del Ministerio Fiscal se comprueba que éste sostiene que para determinar si el procedimiento se dirige contra el culpable, en el sentido del art. 132.2 CP no se requiere ni la liquidación de la especie del impuesto evadido ni la mención, aunque sea genérica, de las circunstancias de hecho en las se podría apoyar la inculpación de una infracción concreta de las leyes fiscales que complementan el tipo del texto del art. 305 CP. La Audiencia, por el contrario afirma que dicha liquidación era necesaria, toda vez que mientras no fue presentada por la Agencia Tributaria no consideró que la acusación haya sido dirigida contra los inculpados, a quienes, hasta ese momento, sólo se les había imputado la cooperación en el delito fiscal contra el IRPF de los llamados “inversores reales”.

La Audiencia consideró, basándose en la STS 28 de octubre de 1997 (caso Filesa), que sólo a partir de la liquidación del impuesto sobre las sociedades era posible en el presente caso apreciar la existencia de “actos procesales dirigidos contra el culpable de manera concreta e individualizada”, dado que, “si bien no es necesario para la interrupción (de la prescripción) la existencia de una auténtica imputación judicial, no basta la mera interposición de denuncia o querrela, pues resulta necesario un acto judicial de verificación de la consistencia de la imputación, en suma una resolución judicial que incoe el procedimiento” (pág. 5 del acuerdo recurrido). Por lo tanto, consideró que “no interrumpe la prescripción el procedimiento que se dirija contra el culpable con un objeto distinto del que en definitiva constituye materia de la acusación” (pág. 6). En tal sentido concluyó que “incluso el tipo pe-

nal varía cuando la norma extrapenal llamada a completar la Ley penal en blanco es diversa y en este caso la Ley del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la Ley del Impuesto sobre las Sociedades establecen específicamente y de modo diverso las condiciones de pago de los respectivos tributos” pág. 7.

(...)

3. En primer lugar debemos analizar los dos primeros argumentos del recurso.

a) El primero de ellos, referido a la “inescindibilidad” de las infracciones correspondientes al IRPF y al impuesto sobre las sociedades, es consecuencia de una determinada concepción del delito fiscal, en la cual se supone que el bien jurídico protegido es la recaudación fiscal total producida como consecuencia de la infracción de un deber genérico de contribución fiscal y no la recaudación correspondiente a cada impuesto en particular. Ello permitiría que toda infracción de un deber fiscal cualquiera configure ya una única infracción genérica que abarcaría en unidad de acción todas las infracciones particulares de las distintas leyes fiscales. Consecuentemente, al haber sido imputada una cooperación el delito fiscal contra el IRPF en la denuncia inicial del Ministerio Público, se habrían denunciado ya todos los hechos imaginables de infracciones fiscales.

Este punto de vista es rechazado en la teoría del derecho penal fiscal, en la que se afirma que “se contempla como bien jurídico, en consonancia con la jurisprudencia y la teoría dominante, la recaudación completa de los impuestos particulares”. La Ley penal vigente no es ajena a esta concepción teórica y ello tiene un reflejo preciso en la estructura del tipo penal del art. 305 CP, configurado como una Ley penal en blanco, que remite (implícitamente) a la infracción de deberes fiscales especiales derivados de las leyes que disciplinan cada especie de im-

puesto. En este sentido es evidente, ante todo, que cuando el texto del art. 305 CP describe la acción como la elusión del “pago de tributos” se refiere a infracciones particulares que sólo pueden ser infracciones de deberes específicos propios de cada tributo, pues, de lo contrario, no se hubiera utilizado el plural de “tributos”. Pero, más allá del texto legal existe una necesidad lógica de remisión a los deberes que surgen de cada ley fiscal particular: el deber de pagar está condicionado en cada una de ellas por hechos imponibles diferentes, por ejercicios temporalmente distintos e incluso por plazos de declaración y calendarios fiscales diversos.

Precisamente la diversidad de los hechos imponibles y de sujetos del deber fiscal que contemplan las leyes reguladoras del IRPF y del impuesto sobre las sociedades es lo que impide considerar en el presente caso que la infracción de los deberes fiscales emergentes de la primera y los de la segunda constituyen una unidad de acción. También en este punto la teoría que apoya esta conclusión es claramente mayoritaria. Resumiendo estas opiniones se afirma que “si se presentan varias declaraciones fiscales respecto de distintas especies de tributos, p. ej. respecto al impuesto a las rentas de las personas físicas o a las ventas, se tratará por regla de varios hechos independientes incluso cuando las declaraciones hayan sido referidas al mismo ejercicio fiscal”.

b) Aclarado lo anterior pierde gran parte de su trascendencia la discrepancia relativa al concepto del hecho objeto del proceso penal. La Sala entiende que ni el Ministerio Fiscal ni la resolución recurrida sostienen criterios tan extremos como los que parecen surgir de sus formulaciones literales. Parece claro que el Fiscal cuando sostiene que el objeto del proceso sólo debe ser un hecho, sin más, no tiene el propósito de negar que los arts. 269 y 313 LECrim. requieren, como condición para la iniciación del procedimiento, la comprobación del carácter de delito del hecho denunciado y que, en tal sentido, exige que, además del hecho, el objeto

del proceso tenga una determinada referencia normativa en la que, al menos se den los elementos de un tipo penal. Asimismo resulta claro que la Audiencia no pretende atribuir a los cambios de calificación, que el hecho inicialmente denunciado pueda sufrir a lo largo de la tramitación de la causa, un efecto que pueda afectar los plazos de prescripción.

En consecuencia: el verdadero núcleo de la discrepancia no atañe más que lateralmente al concepto del objeto del proceso. Lo que está en discusión son las exigencias de determinación que debe tener el hecho denunciado para interrumpir la prescripción, es decir para que se pueda entender que el procedimiento se dirige contra el culpable. En esta cuestión parece que el Ministerio Fiscal considera que para la interrupción del plazo de prescripción es suficiente con inculpar a una sociedad de haber cooperado en un delito fiscal, sin necesidad de consignar los hechos imponibles de los que se derivan las obligaciones fiscales infringidas. La Audiencia, por el contrario, ha requerido que los hechos que fundamentan un acto procesal interruptor del plazo de prescripción tengan una mayor determinación.
(...)

5. Consecuentemente, es preciso establecer cuáles son las exigencias de determinación del hecho en un delito de omisión que permiten afirmar que el procedimiento se dirige contra el culpable. Se trata de exigencias que se deducen del principio acusatorio y, consiguientemente, del derecho de defensa. La LECrim. ha fijado estas exigencias en los arts. 118, 269 y 313. Es claro que el derecho de defensa aludido por el art. 118 LECrim. sólo es realmente efectivo si el imputado en una denuncia o querrela puede conocer con cierta precisión qué hecho punible se le imputa y que por tal razón los arts. 269 y 313 exigen una comprobación por parte del Juez del carácter delictivo de los hechos, que sólo es posible si se conoce con precisión cuáles son los hechos (sospechados) que se atribuyen a alguna persona.

La exigencia de determinación de hecho se ve confirmada también por la interpretación histórica. La dependencia de la interrupción de la prescripción de la dirección del procedimiento contra el culpable, como se sabe, proviene del art. 133 CP. 1870. En esos tiempos el proceso penal todavía no se había apartado de una manera total de los principios del proceso inquisitivo europeo, en el que se mantuvo una clara y nítida separación entre la comprobación del hecho (“*inquisitio generalis*”) y la imputación a su autor (“*inquisitio specialis*”). Sólo si se comprobaba el hecho con cierta precisión era posible la indagación del autor. La distinción era tan clara que la “*inquisitio generalis*” solía concluir con una resolución judicial específica sobre la comprobación del hecho. La doctrina ha resultado que esta distinción estructural del proceso respondía a razones, ante todo, lógicas: “la comprobación penal debía seguir el “*ordo naturalis*” de los acontecimientos: del hecho criminal remontarse a la responsabilidad del autor”, se puede leer en un autor que modernamente ha estudiado esta cuestión. Muy probablemente, este trasfondo procesal, histórico y lógico es el que ha inspirado al legislador de 1870 la fórmula de la interrupción de la prescripción que, a la luz de estos antecedentes, en la actualidad quiere significar que sin una comprobación mínima del hecho no cabe dirigir el proceso contra el presunto responsable.

A partir de estas consideraciones normativas e históricas la determinación del hecho omisivo requiere, al menos, tres requisitos:

a) En primer lugar es preciso tener en cuenta que los hechos omisivos no pueden ser configurados sin una referencia al deber que impone al sujeto realizar la acción. La más clásica teoría del delito de omisión consideró que las omisiones se caracterizaban por la no ejecución de una “acción esperada”, como es claro, esperada por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, es de la esencia misma de los delitos de omisión que el hecho tenga una referencia normativa.

b) En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, la determinación de la omisión presupone la identificación del deber que impone la realización de la acción y la especificación de la acción que hubiera dado cumplimiento a tal deber.

c) En tercer lugar es preciso determinar quién es el sujeto obligado al cumplimiento del deber.

Estos elementos, por otra parte, están condicionados por cada tipo penal. Seguramente a esta cuestión se quiere referir el Ministerio Fiscal cuando afirma que en el delito fiscal la determinación del objeto “reviste especiales características” (pág. 14). Evidentemente no es lo mismo la omisión de cumplimiento de un deber de socorro que la omisión del pago de un impuesto. En el primer caso es preciso contar —independientemente de la prueba— con una denuncia o querrela que relate que una persona se encuentra desamparada y que otra, pudiendo, no le ha prestado auxilio. En el caso del delito fiscal, a su vez, el hecho sólo estará determinado a los efectos de la dirección del procedimiento contra el culpable en la medida en la que la autoridad tributaria haya procedido, por alguno de los métodos autorizados por los arts. 47/51 LGT, a la liquidación, al menos provisional (art. 123.1.2.º párrafo LGT), del impuesto, es decir, a la determinación de la deuda fiscal, proveniente del hecho imponible y del sujeto obligado, y sobre esa base haya dado impulso a la iniciación del procedimiento. Sólo a partir de ese momento se puede considerar que existe una determinación del hecho imputable a una persona, pues precisamente la liquidación del impuesto presupone la comprobación de un hecho imponible (según el art. 28.1 LGT: “el presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria”) y la imputación del mismo a un sujeto pasivo del tributo (según el art. 31.1 LGT: “es contribuyente la persona natural o jurídica a quien la ley impone la carga tributaria del hecho imponible”). Sin una liquidación

al menos provisional, sería jurídicamente imposible que el Juez que recibe la denuncia de la evasión tributaria pueda llegar a pronunciarse sobre los extremos que establecen los arts. 269 y 313 LECrim. así como informar al imputado en la forma prevista en el art. 118 de la misma Ley. La liquidación provisional del impuesto, por lo tanto, es un presupuesto de procedibilidad, en el sentido técnico que le da la doctrina, es decir: como “circunstancias de las que depende la admisión del proceso en su totalidad o ciertas partes del mismo”.

(...)

9. (...) En el recurso y en la resolución recurrida se han dado diversas interpretaciones sobre la manera de articular los plazos previstos para la prescripción de la acción en el art. 131 CP. y en el art. 64 LGT. En la sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 2000 se ha señalado en un “obiter dictum” el carácter independiente de estos plazos, conclusión ampliamente debatida en la doctrina, en la que es dominante el punto de vista contrario. En la resolución recurrida se estima que, prescrita “la acción para exigir el pago de las deudas tributarias” a los cuatro años [art. 64.b) LGT], ya no existiría el objeto de protección del delito del art. 305 CP. El recurso del Fiscal ha sostenido el punto de vista contrario.

La cuestión, sin embargo, no se agota en las soluciones con las que se contraponen el recurso y la resolución recurrida. En principio es de ratificar aquí la independencia de los plazos previstos en los arts. 131 CP y 64 LGT establecida en la STS de 6 de noviembre de 2000. Cada plazo debe regir con la finalidad que los respectivos textos legales establecen. Sin embargo, en tanto la determinación del hecho imponible eludido constituye un presupuesto procesal o de procedibilidad derivado directamente del art. 132.2 CP, del principio acusatorio y del derecho de defensa, la caducidad de las facultades de la Administración de practicar la liquidación de la deuda tributaria [art. 64.a) LGT] tiene efectos sobre la posibilidad de iniciación del procedimiento penal por un

delito fiscal correspondiente a un ejercicio respecto del que ha prescrito la facultad (el texto legal dice impropriamente “el derecho”) de la Administración de determinar la deuda tributaria.

En consecuencia: si la Administración ha practicado la determinación del impuesto eludido dentro de los cuatro años que prevé el art. 64 LGT, mientras no hayan transcurrido los cinco años que establece el art. 131 CP cabe la iniciación del proceso penal por el delito fiscal que se podría haber cometido. Por el contrario: si no han transcurrido los cinco años para la prescripción del delito, pero han transcurrido los cuatro dentro de los que la Administración estaba facultada para determinar la deuda, no será posible la iniciación del procedimiento, pues no se contará con un presupuesto del mismo.

Contra esta interpretación no sería adecuado argumentar que el art. 64 LGT en su redacción actual sólo establece un límite para la Administración, que no recortaría las facultades de ningún otro órgano de persecución del delito para la liquidación del impuesto eludido. En efecto, existen, en primer lugar, razones prácticas: sólo la Agencia Tributaria dispone de la documentación necesaria para una liquidación provisional del impuesto; una liquidación provisional de un impuesto por parte de la Policía Judicial o del Ministerio Público, en todo caso, no es fácilmente imaginable sin recurrir a los documentos e informes de la Agencia Tributaria. Pero, además, existen razones jurídicas: con la caducidad de las facultades de la Administración, establecida sin ningún límite, el legislador no puede haber querido aludir sólo al Poder Ejecutivo. Carecía de toda racionalidad jurídica que la ley sólo pretendiera eliminar a un organismo estatal especializado, trasladando sus facultades a otros no-especializados, que, en la práctica, necesitan de la cooperación del especializado para actuar eficazmente. Por otra parte, es un principio generalmente aceptado de la política criminal que no se deben criminalizar hechos que carecen de relevancia fuera del ámbito del derecho penal o que la han

perdido con el transcurso del tiempo. Lo contrario conduciría fácilmente a un derecho penal de autor, cuya compatibilidad

con los principios constitucionales ha rechazado el Tribunal Constitucional (ver STC 150/1991).

Sentencia 1729/2001, Sala de lo Penal del TS, de 15 de octubre de 2001

PENA DE MULTA. MOTIVACIÓN.

Art. 50.5.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Siguiendo los planteamientos de la STS de 11 de julio de 2001 (véase n.º 5 de esta Revista de Derecho Penal) expone los criterios para individualizar la pena de multa, insistiendo, en el caso que ahora se juzga, en la comparación de la multa penal resultante con la que cabría imponer por la vía administrativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El tercer motivo, como se ha expresado, considera infringido el art. 50.5.º del CP 1995, por estimar que la cuota diaria de 3000 es desproporcionada en relación con la situación económica del recurrente. Como ya se ha señalado los Tribunales no pueden efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que puedan afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino que únicamente tienen que tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una **razonable ponderación** de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

En este sentido ha de considerarse que una sanción económica con una cuota de

3000 ptas. diarias (90.000 ptas. al mes, durante siete meses) **puede considerarse, en lo que a la cuota se refiere, ponderada y razonable para un ganadero, propietario de su propia explotación, que alcanza las cuatrocientas vacas. Y en lo que se refiere a su extensión temporal es proporcionada a la gravedad del riesgo para la salud de los consumidores que ha determinado con su temeraria conducta.**

Una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva, y el Tribunal estaría incumpliendo su obligación de tutelar adecuada y preventivamente la salud de los consumidores a través de la proporcionada sanción penal de los comportamientos más gravemente atentatorios contra su salud. Es

claro que aun cuando la cuantía de la cuota y la extensión temporal de la multa cumplen una función diferenciada en el sistema, también lo es que **por la vía de la minimización de la cuota diaria puede vaciarse de contenido efectivo la sanción en su conjunto.**

Quinto.—No es ocioso recordar que en esta materia se produce un cierto solapamiento entre las infracciones administrativas y las penales. La reglamentación administrativa contiene un elenco muy amplio de infracciones leves, graves y muy graves (p.ej, art. 24 del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, sobre “medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productos” que tipifica en materia de adulteración de productos de origen animal, ocho modalidades conductuales como infracciones leves, otras ocho como infracciones graves y diez como infracciones administrativas muy graves). El principio de lesividad y de intervención mínima determinan que la sanción penal queda reservada para los casos más graves: aquellos en los que el objeto material (el producto alimenticio afectado) sea efectivamente nocivo para la salud de los consumidores y en que dicha nocividad adquiera una cierta relevancia, como sucede en el caso actual. **Ha de recordarse que una reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala considera la alimentación de ganado bovino con clenbuterol como gravemente peligrosa para la salud de los consumidores (sentencias de 4 de octubre y 6 de noviembre de 1999, 22 de marzo y 15 de diciembre de 2000, 20 de enero y 22 de junio de 2001).**

El principio “non bis in idem” determina que en ningún caso puede imponerse una doble sanción por los mismos hechos o en función de los mismos intereses protegidos (art. 23.3 del Real Decreto 1749/1998). La prevalencia del Orden Penal determina que la instrucción de una causa penal ante los

Tribunales de Justicia suspenderá la tramitación del procedimiento administrativo sancionador que hubiese sido incoado por los mismos hechos y, en su caso, la eficacia de los actos administrativos de imposición de sanción (art. 24.2 Real Decreto 1749/1998).

Pues bien, la infracción administrativa correlativa al acto delictivo aquí enjuiciado, es decir la “administración de sustancias prohibidas o no autorizadas a los animales de explotación”, está expresamente calificada en el art 24, apartado cuarto, epígrafe segundo del Real Decreto 1749/1998 como infracción “muy grave”, que conforme al art. 35.C).1.ª de la Ley General de Sanidad, 14/1986, de 25 de abril, al que expresamente se remite el Real Decreto citado, puede ser sancionada con multa desde 2.500.001 a 100.000.000 de ptas. Es decir que el comportamiento enjuiciado, contemplado únicamente como infracción administrativa, menos gravosa, sería sancionado con una pena pecuniaria mínima de dos millones quinientas mil ptas.

En tales circunstancias calificar de abusiva o desproporcionada una cuota diaria de 3.000 pts. (cuando la cuota legalmente venida puede alcanzar la cifra de 50.000 ptas. diarias), para el titular de una explotación ganadera importante, y una sanción pecuniaria global de poco más de medio millón de pts., a pagar en siete meses, resulta totalmente inadmisibles. A no ser que lo que se pretenda, como ya ha denunciado esta Sala en las sentencias de 7 de abril de 1999, núm. 1207/1998, y 11 de julio de 2001, núm. 1377/2001, **es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal, convirtiendo la pena de multa a través del sistema de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por las infracciones administrativas similares, de menor gravedad.**

Sentencia 1859/2001, Sala de lo Penal del TS, de 15 de octubre de 2001

DECLARACIONES TESTIFICALES PREVIAS AL JUICIO.

Arts. 746.6.º y 730 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo

SÍNTESIS

Análisis particular de una de las exigencias que deben concurrir para conceder valor probatorio a declaraciones testificales anteriores al juicio: La garantía de contradicción permitiendo a la defensa comparecer e interrogar al testigo “siempre que fuera factible”. Se plantea en un supuesto poco habitual en que la imputación de la participación delictiva se efectúa por la víctima en el juicio oral a quien hasta entonces sólo era testigo, lo que motiva la suspensión, la instrucción suplementaria y adicional procesamiento, tiempo en el cual fallece la víctima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

Es cierto que el Tribunal Constitucional tiene consolidado el criterio según el cual las diligencias practicadas en fase anterior al plenario podrán ser incorporadas a través del art. 730 LECrim. al material probatorio que el Tribunal utilice para formar su convicción siempre y cuando concurren una serie de requisitos: a) materiales: que la diligencia en cuestión no pueda ser reproducida en el juicio. Tratándose de manifestaciones personales, que el declarante haya fallecido, se encuentre fuera de la jurisdicción del Tribunal y no sea posible su comparecencia, o sea imposible de localizar por desconocimiento de su paradero; b) subjetivos: que sean intervenidas tales diligencias por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es la autoridad judicial; c) objetivo, que se contrae a la necesidad de que se garantice la contradicción, por lo cual, **siempre que sea factible**, se le ha de permitir a la defensa

la posibilidad de comparecer en la práctica de dicha diligencia a fin de que pueda interrogar al testigo, y d) formal: que el objeto de la diligencia sea introducido en el debate que se desarrolla en el juicio en condiciones que permitan su confrontación (véanse SSTC 41/1991, 303/1993, 323/1993, 79/1994, 36/1995, 51/1995, 200/1996, todas citadas en la 40/1997 de 27 de febrero).

Cuarto.—En armonía con esta doctrina, numerosos precedentes jurisprudenciales de esta Sala de casación han establecido que el derecho de interrogar a los testigos de cargo y de descargo forma parte de las garantías consagradas en el art. 24.2 de la Constitución, en particular de la que proclama el derecho a la defensa del acusado, y que explícitamente figura en el art. 6.3.d) del Convenio de Roma de 1950 y 14.3.e) del Pacto de Nueva York, que conceden a todo acusado, como mínimo, “el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él” (véanse SSTS de 20 de diciembre de 1994, 7 de diciembre de 1996, 18 de febrero y 18 de marzo de 1997, entre otras).

Adviértase, no obstante, que lo que se prescribe por el Tribunal Constitucional y por esta misma Sala es la valoración como prueba de cargo de las declaraciones inculpativas efectuadas sin contradicción “siempre que sea factible” el ejercicio de este derecho, y así lo reitera la reciente STC n.º 141/2001, de 18 de junio de 2001. Lo que significa que únicamente habrán de ser expulsadas del bagaje probatorio cuando habiendo sido factible la comparecencia del defensor del acusado a la práctica de la diligencia testifical inculpativa —en el curso de la cual hubiera podido desarrollar su derecho de defensa mediante el interrogatorio al deponente—, no le hubiera sido permitido comparecer.

Distinto es el caso en el que tal ejercicio del derecho a la contradicción no resulta posible, que es lo que sucede en el supuesto presente, porque el letrado defensor de José R. no tuvo ocasión de intervenir en la declaración prestada por la víctima ante el Juez de Instrucción en defensa de aquél, porque fue en esa diligencia donde fue inculpativo por el testigo por vez primera, ni tampoco en el acto del juicio, luego suspendido, porque en ese momento procesal José R. no estaba procesado y no era parte acusada, de manera que en ninguna de esas ocasiones fue “factible” interrogar al testigo por quien, avanzado el proceso, sería acusado y condenado.

Consideramos, por consiguiente, que en aquellos casos (como el actual) en que no ha sido procesalmente posible ejercitar en fase sumarial el derecho a la contradicción mediante el interrogatorio del testigo que acusa, y que luego tampoco puede serlo en el acto del Juicio Oral por haber fallecido, en dichos supuestos, repetimos, no es rechazable sin más la valoración de esas manifestaciones precedentes por el Tribunal sentenciador, porque ello supondría dejar en la impunidad un considerable número de hechos delictivos como, por ejemplo, los que se cometen contra el patrimonio de ciudadanos extranjeros que después de declarar ante el Juez se ausentan y quedan en ignorado paradero.

En estos supuestos nada empece —desde una perspectiva constitucional y procesal— a que el juzgador incorpore al material probatorio las declaraciones y testimonios previos al juicio a través del art. 730 LECrim., siempre y cuando las diligencias precedentes se hayan practicado ante la autoridad judicial de modo inobjetable y que el contenido de las mismas se incorpore al debate que se desarrolla en el juicio (ordinariamente mediante su lectura) en condiciones que permitan a las partes contradecir, refutar o impugnar dichas manifestaciones, en cuyo caso, en estos excepcionales supuestos, se puede considerar respetado el derecho a la contradicción.

Sentencia 1901/2001, Sala de lo Penal del TS, de 15 de octubre de 2001

SOBRESEIMIENTO LIBRE “EX OFFICIO”.

Arts. 637 y 645 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez**

SÍNTESIS

Tras exponer las razones que justifican que la facultad de sobreseimiento “ex officio” (art. 645 de la LECrim.) se limite al supuesto previsto en el art. 647.2.º, la Sala declara la nulidad del auto de sobreseimiento libre dictado por el Tribunal de Instancia por no referirse al citado supuesto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

El artículo 645 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es bien terminante al señalar que solicitada la apertura del juicio oral, aunque lo sea exclusivamente por la acusación particular, el Tribunal podrá acordar, no obstante, el sobreseimiento a que se refiere el número 2.º del artículo 637 y en cualquier otro caso no podrá prescindir de la apertura del juicio.

El criterio que se mantiene en el citado artículo que, en caso de haberse solicitado la apertura del juicio oral, exclusivamente permite el sobreseimiento libre cuando el hecho no sea constitutivo de delito, responde a que en esos supuestos lo único que se puede discutir son las cuestiones de derecho o jurídicas y ello no puede variar con la práctica de las pruebas en el acto del juicio oral, y, en consecuencia, razones de economía procesal y protección de los derechos fundamentales pueden aconsejar que el Tribunal pueda adoptar esa decisión. Por el contrario, si lo que no estuviera acreditado es que se hubiera perpetrado el hecho que hubiera dado lugar a la incoación de la causa, que es la

razón esgrimida en este procedimiento por el Tribunal de instancia para acordar el sobreseimiento libre, al tratarse de una cuestión fáctica y de prueba, resulta determinante el acto del juicio oral, de ahí que en esos casos el legislador hubiese dispuesto la necesidad, cuando hay petición de alguna de las acusaciones, de que se proceda a la apertura del juicio oral.

Así las cosas, el Tribunal de instancia no podía acordar como acordó el sobreseimiento libre por entender que no existían indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que había dado lugar a la formación de la causa, cuando la acusación particular había solicitado la apertura del juicio oral y con esa decisión se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.2 de la Constitución, y, en consecuencia, acorde con lo que se dispone en los artículos 238.2 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procede acordar la nulidad del auto recurrido, reponiéndose las actuaciones al momento anterior a dictar esa resolución y que por un Tribunal distinto se dicte otra que sea conforme con lo que se dispone en el artículo 645 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sentencia 1825/2001, Sala de lo Penal del TS, de 16 de octubre de 2001

DECLARACIONES SUMARIALES Y JUICIO CON JURADO.

Arts. 46.5, 34.3 y 53.3 LOTJ

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

SÍNTESIS

La dicción literal del art. 46.5 LOTJ no debe conducir a considerar que en el juicio con jurado no es posible conceder valor probatorio a las declaraciones sumariales si se ha procedido a su oportuna lectura en los términos previstos en los arts. 34.3 de la LOTJ y 714 y 730 de la LECrim.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

4. El recurrente considera que se ha actuado de espaldas a la dicción literal del art. 46.5 par. final, de la Ley del Jurado. Cree y estima censurable que el Jurado haya tenido en consideración “las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción” a pesar de la previsión legal de que “no tendrán valor probatorio de los hechos en ella afirmados”.

En definitiva, replantea las posibilidades probatorias de las declaraciones sumariales de un testigo.

Sobre este punto la jurisprudencia de esta Sala a unas primeras vacilaciones interpretativas le han seguido en los últimos tiempos una interpretación teleológica y sistemática, ciñendo el alcance del precepto a sus justos límites.

Es probable que la razón de esta anómala previsión legal tenga su causa, como apunta el Tribunal Superior de Justicia en sus fundamentos jurídicos, en la incumplida disposición final cuarta de la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado que establecía: “En el plazo de un año, desde la aprobación de la presente Ley, el Gobierno enviará a las Cortes Generales, un proyecto de ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, generalizando los criterios procesales instaurados en esta Ley y en el que se establezca un procedimiento fundado en los principios acusatorios y de contradicción entre las partes...” Tal “desideratum” no se ha cumplido, lo que nos obliga, partiendo de una interpretación objetiva del texto legal (“voluntas legis”) a integrarlo armónicamente en nuestro sistema procesal.

No podemos interpretar la expresión antes mencionada de tal suerte que nos conduzca al absurdo.

No debe asumirse, sin razón o fundamento alguno, que existan dos regulaciones procedimentales sobre la valoración de la prueba sumaria, una derivada de la normativa

general contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 714, 730, 741) y otra basada en una hermenéutica jurídica aislada y rígidamente autónoma del art. 46.5 “in fine” de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, calificada por la doctrina y oportunamente destacada por el Tribunal Superior, como de “esquizofrenia” procesal.

5. Cuando el precepto invocado nos dice que “las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de la prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados”, está queriendo significar, que, por sí solas o en sí mismas consideradas no debe atribuirse valor probatorio. Tampoco puede procederse a su lectura.

Ahora bien, dicho esto, no hay más remedio que armonizar este precepto con los arts. 34.3 y 53.3 de la propia Ley del Jurado.

— El primero de ellos nos dice “Las partes podrán pedir, en cualquier momento, los testimonios que les interese para su ulterior utilización en el juicio oral”.

— El art. 46.5 se expresa así: “El Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto”.

— El 53.3 por su parte establece que “el Secretario del Tribunal del Jurado incorporará el escrito con el objeto del veredicto al acta del juicio, entregando copia de ésta a las partes y a cada uno de los jurados ...”

De la coordinada interpretación de los tres preceptos es incontestable que cuando han existido contradicciones y retractaciones entre lo dicho en el juicio oral y lo declarado en la instrucción de la causa por el acusado, testigos o peritos, si la parte que formula el interrogatorio aporta el testimo-

nio de la declaración sumarial, ésta se incorpora al acta del juicio y los Jurados disponen de la misma para constatar, comprobar e interpretar los términos y alcance de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios, conforme a su recta conciencia.

En esta línea resolutive se pronuncian las sentencias de esta Sala n.º 649, de 19 de abril de 2000 y la n.º 1443, de 20 de septiembre del mismo año 2000.

6. De ahí que constituya un absurdo afirmar, como lo hace el recurrente al folio 34 de su escrito de recurso que “puede aportarse copia testimoniada de las declaraciones sumariales del testigo, preguntar por las partes sobre las contradicciones existentes, con relación a la prestada en fase oral, y pueden ser tenidas en cuenta por el Jurado

para apreciar la verosimilitud de la declaración en el plenario pero nunca para emitir un veredicto condenatorio.

No es posible razonar de este modo; pues, si de lo que se trata es de alcanzar la verdad material de lo sucedido, como objetivo del proceso penal, es inaudito que convencido el Jurado de que el testigo mintió en el plenario y fue veraz en el sumario, no pueda proclamarlo así en su veredicto, al responder a las preguntas que se le formulan.

El argumento de que el veredicto tuvo su apoyo en lo declarado en el sumario, no es exacto. Las declaraciones sumariales fueron atraídas y reconducidas al juicio oral y sometidas en él a la debida contradicción. Desde entonces, constituyen prueba válida y eficaz del plenario.

Sentencia 1828/2001, Sala de lo Penal del TS, de 16 de octubre de 2001

ATENTADO.

Arts. 550 y 552 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece una precisa caracterización de la interpretación restrictiva que viene haciendo la Sala Segunda del subtipo agravado de atentado con utilización de instrumentos peligrosos, dada la elevada pena resultante (se apela, entre otros precedentes, a la STS de 29 de enero de 2001, recogida en el n.º 3 de esta Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La doctrina de esta Sala, por ejemplo en sentencias de 25 de noviembre de 1996 y 19

de noviembre de 1999, ya ha señalado que el riguroso tratamiento penal del delito de atentado a la Autoridad en el Código Penal de 1995 impone “una interpretación del tipo sujeto al fundamento material de su incrimi-

nación, contando con la perspectiva del principio de proporcionalidad”.

Ello determina una triple consecuencia, como puede deducirse de nuestra doctrina jurisprudencial:

En primer lugar la exclusión de la aplicación del tipo a aquellas “conductas de menor entidad que ni gramatical ni racionalmente puedan ser calificadas de atentado sin forzar exageradamente el sentido del término” (véanse las sentencias citadas de 25 de noviembre de 1996 núm. 920/1996 y 19 de noviembre de 1999, núm. 1453/1999).

En segundo lugar la corrección del anterior criterio jurisprudencial que incluía en el delito de atentado la totalidad de los supuestos de resistencia **activa**, y que había sido doctrinalmente criticado por considerarlo una interpretación extensiva del tipo, limitándose por la nueva doctrina jurisprudencial la aplicación del atentado exclusivamente a los supuestos de resistencia **activa grave**, en concordancia con la nueva redacción legal del art. 550, que se refiere expresamente como atentado a la resistencia activa calificada como “también grave”. En consecuencia en el delito de resistencia del art. 556 tienen cabida, junto a los supuestos de resistencia pasiva, otros de resistencia activa que no estén revestidos de dicha nota de gravedad (Sentencias 3 de octubre de 1996, núm. 665/1996, 11 de marzo de 1997, núm. 303/1997, que especifica y consolida la doctrina y 12 de mayo de 2000, núm. 853/2000, entre otras).

Este cambio de criterio jurisprudencial está avalado por el Nuevo Código Penal pues, como acabamos de señalar, en el art. 550 se describe como uno de los modos del delito de atentado el de la resistencia activa grave, es decir queda definido el atentado **por la nota de la actividad y la nota de la gravedad**, de donde el delito de resistencia del art. 556, tipificado de modo residual en su actual deslinde con el delito de atentado, se caracteriza no sólo por la nota de la pasividad —criterio de la anterior interpretación jurisprudencial—, sino también y principal-

mente por la nota de la **no gravedad** aunque exista un comportamiento de oposición activa.

Y en tercer lugar la restricción del subtipo agravado del art. 551 1.º teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada supuesto para constatar si efectivamente un instrumento que “genéricamente” puede calificarse de peligroso, en su modo concreto de utilización merece también dicha calificación (Sentencia de 20 de diciembre de 2000, núm. 2003/2000, entre otras), es decir atendiendo a si concurren en el caso concreto las condiciones que, de modo material y no meramente formal, justifican la agravación.

Tercero.—Centrándonos en este último supuesto, que es el aplicable en el caso actual, y ampliando las referencias a la reciente doctrina jurisprudencial sobre la restrictiva aplicación del subtipo, debemos remitirnos a la sentencia 1872/2000, de 5 de diciembre, que en un supuesto muy similar al actualmente enjuiciado, señaló que ciertamente no cabe apreciar el subtipo agravado del artículo 552.1.º del Código Penal más que en aquellos casos en que en primer lugar se aprecie la existencia de una verdadera agresión —y no sólo una acción intimidatoria— y en segundo lugar ésta se verifique con armas u otro medio peligroso. Y dado que el hecho probado describía un uso intimidatorio del “cuchillo limitado a la acción de esgrimirlo frente a uno de los Policías, sin culminar en una verdadera agresión”, se estimó el motivo y se excluyó la aplicación del subtipo agravado, con el apoyo del Ministerio Fiscal.

Asimismo en la sentencia núm. 2003/2000, de 20 de diciembre, se estima el recurso y se excluye la apreciación del subtipo pese a que la sentencia impugnada afirma la consideración de medio peligroso desde la percepción inmediata de una cayada “de tamaño considerable”, por estimar que desde el examen de las concretas circunstancias no se aprecia la peligrosidad que supone la aplicación del tipo agravado. “Aun-

que la cayada fuera de tamaño considerable, “su empleo fue con escasa intensidad” dado las leves lesiones que produjo en el brazo, una contusión que pudo ser evitada mediante la interposición del brazo”.

Por último en la más reciente sentencia núm. 87/2001, de 29 de enero, se estima también el recurso en el que se alega infracción de ley por aplicación indebida del art. 552.1.ª CP que agrava el delito de atentado “si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso”, ratificando expresamente el criterio de otras sentencias anteriores expresando: “Estimamos que tiene razón el recurrente cuando dice que agresión no existió en el caso presente, pues al policía local sólo le amenazó encañonándolo con su pistola hacia el pecho y obligándole a que dejara su arma en el suelo. Agresión, según el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, en la acepción que ahora nos interesa, significa “acto de acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño”, lo que no ocurre cuando el arma de fuego se utiliza sólo para amenazar, aunque la amenaza se dirija contra un agente de la autoridad y apuntándole directamente, que es lo que aquí ocurrió. De otro modo nos encontraríamos ante una aplicación extensiva de la norma en contra del reo, que violaría el principio de legalidad. En este mismo sentido se han pronunciado tres recientes sentencias de esta Sala, la de 5 de noviembre de 1998, relativa a un caso de intimidación con navaja, y las de 23 de marzo de 1999 y 21 de enero de 2000 que contemplan supuestos en que también se encañonó a un policía con una pistola, como aquí ocurrió. En la primera y tercera se eliminó por el TS la agravación específica del art. 552.1.ª que se había apreciado en la sentencia de la Audiencia Provincial, mientras que en la segunda se respetó la calificación de atentado simple, que había hecho la Audiencia Provincial sin aplicar el art. 232.1.º CP anterior, equivalente al actual 552.1.ª No cabe confundir el uso de armas o medios peligrosos que cualifica, por ejemplo, el delito de robo en el art. 242.2 CP, y la agresión con armas u otro

medio peligroso aquí contemplado. Cuando se amenaza con la exhibición de una pistola hay uso de arma, pero para que pueda hablarse de agresión tiene que existir algo más, algún acto de acometimiento que, cuando de arma de fuego se trate, puede consistir en el hecho de disparar. Ha de estimarse este motivo que mereció el apoyo del Ministerio Fiscal”.

Cuarto.—Aplicando dicha doctrina al caso actual procede indudablemente la apreciación del motivo. Podría alegarse que en el caso enjuiciado el uso del destornillador no fue meramente intimidativo, pues según el hecho probado el recurrente llegó a abalanzarse hacia uno de los policías, aún cuando no le alcanzase porque otro agente se interpuso en su camino, deteniéndole antes de que llegase siquiera a rozarle. Pero lo que tienen en común los supuestos citados es la consideración de que el tipo agravado requiere, como ya se ha expresado, una **interpretación restrictiva que sujete su aplicación al fundamento material de la agravación**. Es decir que se hace necesario valorar en cada caso si la modalidad concreta de uso o empleo de un instrumento peligroso, en atención al tipo de agresión realizada, creó efectivamente un peligro relevante que justifique materialmente la aplicación del subtipo, atendiendo al rigor punitivo con el que se sanciona legalmente.

Y ha de estimarse que si la doctrina citada de esta Sala considera que incluso el uso de una pistola frente a los agentes policiales no justifica la aplicación del subtipo si el arma no llega a dispararse, debiendo sancionarse el hecho por el tipo básico, difícilmente puede ser apreciado en un supuesto como el actual en el que el recurrente “no llegó a culminar una verdadera agresión”, pues se limitó a salir del coche esgrimiendo un destornillador, cuyo tamaño y entidad se ignoran, lanzándose hacia uno de los policías que le habían detenido sin alcanzarle en ningún momento, encontrándose a un metro de distancia del agente cuando fue sujetado por otro de los policías actuantes. Cabe calificar

el hecho como un acto de resistencia grave a la detención, lamentablemente habitual en supuestos de enfrentamiento entre policías y delincuentes, bien resuelto por la probada profesionalidad de los agentes, que debe efectivamente ser sancionado como delito de atentado con la penalidad prevista para el

mismo, en un grado superior al mínimo atendiendo las circunstancias del hecho, pero sin aplicación del subtipo agravado que queda reservado para supuestos en que la modalidad agresiva permita apreciar una mayor concreción y proximidad en la puesta en peligro grave de la integridad del agredido.

Sentencia 1835/2001, Sala de lo Penal del TS, de 17 de octubre de 2001

VEREDICTO DEL JURADO.

Arts. 24.2 CE; 238.3.º LOPJ; 41 y 63 LOTJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

Devuelto el veredicto al jurado para subsanar determinadas deficiencias y emitido uno nuevo reconsiderando el anterior en su conjunto, no cabe que el Magistrado-presidente dicte sentencia manteniendo intactas las conclusiones del veredicto primeramente emitido, integrándola con la respuesta dada en el segundo a los interrogantes planteados por él en la devolución. Tal modo de proceder invade el ámbito de decisión propio del jurado produciendo la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El presente recurso tiene como antecedentes algunas vicisitudes procesales producidas en el trámite de emisión del veredicto por el Jurado y en su tratamiento por el Magistrado-presidente, de las que es necesario dejar sintética constancia. Este último, al examinar el acta de aquél entregado por el Jurado, advirtió algún defecto de pronunciamiento. En concreto, sobre la alternativa recogida bajo los ordinales

9.º y 13.º y acerca de la culpabilidad o inculpabilidad del acusado. Por tal motivo, lo devolvió para su integración en forma.

El Jurado volvió a deliberar sobre el objeto del veredicto en esa nueva perspectiva y, en vez de limitarse a tratar en exclusiva las cuestiones cuya omisión había sido puesta de relieve, emitió un nuevo veredicto reconsiderando el anterior en su conjunto. En vista de ello, el Magistrado-presidente entendió que debía mantener intactas las conclusiones del primeramente emitido, in-

tegrándolas con la respuesta dada ahora a los interrogantes planteados por él en el momento de la devolución a que se ha hecho referencia. Y, a tenor del veredicto así configurado, dictó sentencia.

El Fiscal y la acusación particular formularon recurso de apelación. En ambos casos, el primer motivo se resolvía en la denuncia de infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, por la interferencia del Magistrado-presidente en el ámbito de la determinación de los hechos y la culpabilidad, que es competencia exclusiva del Jurado. Esta causa de impugnación fue acogida por el Tribunal de apelación, que declaró la nulidad de la sentencia y del juicio, disponiendo la celebración de uno nuevo con otro Tribunal. El fallo ha sido impugnado en casación por la defensa.

(...)

Cuarto.—(...) La Ley del Tribunal del Jurado (LTJ) confiere a éste en exclusiva el cometido de emitir el veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable (art. 3.1), mientras prescribe que el Magistrado-presidente, al elaborar la sentencia, “recogerá el veredicto del Jurado” (art. 4.1). Después (art. 63) y sólo para el supuesto de que el veredicto presente determinadas deficiencias, la ley impone al Magistrado-presidente la devolución del mismo para que las subsane. De este modo, del tenor legal, resulta que aquél tiene la alternativa de atenerse a los términos del veredicto como base de la redacción de la sentencia, o bien poner de manifiesto al Jurado las eventuales insuficiencias, a los efectos del último precepto citado.

Con tales previsiones legales se establece un preciso criterio de demarcación de las competencias decisorias del Jurado y del Magistrado-presidente, de manera que éste sólo puede incidir sobre el contenido del veredicto en los aludidos términos críticos cuando el mismo presente alguna incorrección. Es el único supuesto en el que la ley le habilita para hacerlo, de manera que, fuera de él, la intervención que implique

algún grado de censura tendrá carácter extralegal.

Tal es lo que debe predicarse de la producida en el caso que se examina, como en un valorable ejercicio de autocrítica reconoce el propio Magistrado-presidente en la sentencia, cuando reconoce que lo legalmente debido habría sido la nueva devolución del veredicto. Esto, partiendo, como él hace, del presupuesto de que el Jurado había trascendido los límites de su habilitación legal al realizar un reexamen del veredicto inicial, en lugar de limitarse a subsanar los defectos que aquél le había puesto de manifiesto.

Pero sucede que ese planteamiento peca de un formalismo excesivo que, desde luego, no puede decirse venga reclamado por la ley; y que tampoco se ajusta a las reglas empíricas del operar judicial.

En cuanto a lo primero, es claro que la elaboración del veredicto se localiza procesalmente en el momento de la valoración de la prueba y de la decisión sobre los hechos. En esta fase el Jurado tiene su ámbito decisonal circunscrito por los términos de la definición del objeto del veredicto que el Magistrado-presidente hubiera realizado. Y hay que entender que ese momento procesal, como tal, y con él la atribución de jurisdicción a los jueces populares, no precluye hasta que el veredicto es definitivamente aceptado por aquél. Afirmar otra cosa, aparte de que no podría hacerse con base legal expresa, sería como sostener que la competencia del Jurado para decidir en la materia de su competencia jurisdiccional es susceptible de extinguirse de manera parcial, en casos como el presente, respecto de aquellas partes del material fáctico sobre las que ya se hubiera resuelto a satisfacción del Magistrado-presidente, cuando éste, no obstante, hubiera devuelto el veredicto para una reconsideración parcial (art. 63 LTJ).

Como se ha dicho, no hay fundamento legal directo para una tesis como la sustentada en este caso por el Magistrado-presidente y tampoco podría recabarse para la misma el convincente apoyo indirecto de algún precepto. Esto, no por imprevisión legislativa,

sino por una exigencia de método que emana de la propia naturaleza de la función jurisdiccional. En efecto, en el desarrollo de ésta y muy en particular en la valoración de la prueba, debe procederse, primero, de forma analítica, lo que habitualmente lleva a establecer conclusiones parciales y, en principio, provisionales, que pueden o no resultar definitivas en el momento ulterior de la valoración del cuadro probatorio en su conjunto. Por otro lado, es bien sabido que todos los momentos o elementos de este último (como, obviamente, los del hecho mismo lo estuvieron en la realidad), se hallan estrechamente interrelacionados. Tanto, que, como con frecuencia sucede, la aportación de un nuevo dato obliga a realizar ajustes sobre la convicción relativa a otros que se creía definitivamente adquiridos, bien para desecharlos o para hacerles objeto de una interpretación o valoración diferentes. Dicho en términos coloquiales, en la elaboración de la sentencia, tanto en lo que se refiere a la cuestión de hecho como a la de derecho, el modo habitual de operar se resuelve en un cierto “ir y venir” de la “parte” al “todo” y de éste a “las partes”, lo propio de un trabajo complejo en progresión. Y tales desplazamientos, como es bien sabido, deben producirse con frecuencia asimismo entre la “*quaestio facti*” y la “*quaestio iuris*”, por su estrecha implicación recíproca (aunque, tratándose del juicio con Jurado, esto juegue de forma limitada, sólo por razones institucionales).

Así las cosas, y llevando este discurso al caso concreto que se examina, lo sucedido al Jurado a partir de la recepción del veredicto para su rectificación es algo que no sólo no rompe el marco legal del enjuiciamiento sino que, puede decirse, pertenece a la fisiología del juicio jurisdiccional. Y es que el Jurado, al extender su examen a los aspectos del material probatorio relacionados con las cuestiones hacia las que reclamó su atención el Magistrado-presidente (al poner de relieve los defectos del veredicto), vio determinados aspectos de aquél de forma que consideró más rigurosa o correcta y

—como es habitual en la práctica judicial— reajustó su convicción al respecto en coherencia con tal apreciación. Todo ello, actuando dentro del ámbito de la decisión —el de la valoración de la prueba— sobre el que aún tenía íntegramente atribuida la competencia.

Quinto.—A partir de lo razonado, la conclusión es que no existió extralimitación por parte del Jurado cuando dio al veredicto, una vez devuelto, el tratamiento que consta. Con la consecuencia, en cambio, de tener que afirmar que aquélla se produjo, sin embargo, en el modo de proceder del Magistrado-presidente. Porque, aunque, en una aproximación superficial al asunto, pudiera decirse que actuó dentro del marco del veredicto y con un material aportado por el Jurado, lo cierto es que lo hizo operando sobre él de manera particularmente selectiva, y alterando su sentido, al dar relieve para la decisión a aspectos de aquél que el Jurado había reconsiderado y desechado, y quitárselo a otros en los que se expresaba el criterio definitivo del tribunal popular.

Siendo así, hay que entender que el modo de operar del Magistrado-presidente afectó de forma negativa al “derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley” (art. 24.2.º CE), puesto que ejerció —extensivamente— su potestad jurisdiccional en una forma que no era la determinada por la ley (art. 117.3 CE). Con ello invadió el área decisional del Jurado, que es el “juez natural” de los hechos. Y al hacerlo deparó indefensión actual a las partes acusadoras, que carecieron de otra forma de hacer valer su derecho al tratamiento de la “*quaestio facti*” en su integridad por el juez competente para ello, que no fuera plantear el asunto en otra instancia, como lo han hecho.

En todo caso, habría que considerar asimismo producido un supuesto de nulidad del art. 238.3.º LOPJ, por haberse prescindido “total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley”. Esto, con el aludido resultado de

efectiva indefensión para las acusaciones, puesto que sus pretensiones, que a criterio del Jurado expresado en su veredicto defini-

tivo debían prevalecer, resultaron, no obstante, desestimadas en virtud de una opción sin sustrato legal del Magistrado-presidente.

Sentencia 1837/2001, Sala de lo Penal del TS, de 19 de octubre de 2001

CONCURSO DE DELITOS.

Arts. 73 y ss. Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio**

SÍNTESIS

Se entiende por la Sala Segunda —con discutible criterio— que la fabricación de explosivos no está en conexión medial o instrumental con el homicidio intentado utilizando tal explosivo y que los distintos homicidios intentados con una misma acción no están entre sí en concurso ideal, sino real.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2. La sentencia que se impugna condenó al acusado: a) por dos delitos de homicidio en grado de tentativa, uno de lesiones y otro de daños, en régimen de concurso ideal propio, y b) por un delito de fabricación de explosivos en régimen de concurso medial entre el mismo y los otros cuatro delitos antes mencionados.

3. El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, ha de prosperar. El concurso ideal, según la dicción literal del art. 77 requiere un solo hecho. La doctrina mantuvo la equivalencia entre hecho y acción, cuando la acción se consideraba el eje del sistema penal, lo que se ha ido matizando gradualmente, hasta distinguir entre ambos conceptos: la unidad de hecho no es lo mismo que la uni-

dad de acción. Los tipos penales describen conductas pero también resultados. Cuando se trata del homicidio, lo que se tiene en cuenta, a los efectos del art. 77, no sería tanto la acción de matar sino el hecho de matar, que comprende la acción y el resultado. Si los resultados son varios homicidios directamente queridos por el sujeto (consumados o intentados) con dolo directo, estaremos en presencia de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, tanto desde el punto de vista de la antijuricidad como de la culpabilidad (en este sentido sentencia 861/1997, de 11 de junio). Así sucedió en el presente caso en que el acusado, según el tercero de los hechos probados, "...decidió matar a María José y a José Alberto...", realizando la agresión a los mismos en la forma descrita expresivamente en los apartados cuarto y quinto del relato fáctico, que la Sala califica en el fundamento jurídico quinto, muy co-

rectamente, de dos delitos de homicidio en grado de tentativa, pues dos fueron los sujetos pasivos y, en definitiva, dos fueron los hechos en régimen, por tanto, de concurso real y no de concurso ideal como ha entendido la Sala en su valioso y meritorio análisis de la materia que es, ciertamente, una de las más complejas de la dogmática penal. Las lesiones y daños, en grado de consumación, son delitos igualmente autónomos, como resultados heterogéneos, calificados en la sentencia impugnada como tales, en los fundamentos séptimo o noveno, por dolo directo de segundo grado, y por tanto en concurso real (SS 1302/2001, de 2 de julio y 1289/2000, de 12 de julio).

4. Se impugna también en el recurso que la fabricación y tenencia de explosivos, tipificado en el art. 568 del CP, por el que fue condenado el acusado, esté relacionado en “concurso medial” a los otros cuatro delitos analizados en los apartados anteriores, sino que es también una manifestación del concurso real de delitos.

El concurso medial, teleológico o finalista es una rara figura en nuestras leyes (S 26 de julio de 1998) y constituye, una modalidad del concurso real aunque se sanciona como concurso ideal.

Esta Sala ha reiterado que el medio necesario, como dice el art. 77 del CP, no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, real y concreto, con refe-

rencia a la particular situación fáctica. Necesaria se ofrecerá una acción cuando aparezca, en apreciación racional de los hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción. “Para que proceda la estimación del concurso ideal se dijo en la Sentencia de 9 de febrero 1990 no basta la preordenación psíquica, porque la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su casualidad efectiva y no en el orden teleológico individual” (S 19 de septiembre de 1996 citada por la 1289/2000, de 12 de julio).

En aplicación de esta doctrina el delito de fabricación de explosivos no está en relación de necesaria concurrencia con los otros cuatro delitos, porque todos ellos pudieron ser objetivamente cometidos sin utilizar el artefacto explosivo del que no puede decirse que esté en relación medial necesaria con aquellos, lo que parece claro sin tener que llegar a la exasperación interpretativa de la imprescindible concurrencia de medio a fin. (S 1289/2000, 12 de julio).

Sentencia 1953/2001, Sala de lo Penal del TS, de 23 de octubre de 2001

IMPEDIMENTO DEL EJERCICIO DE DERECHOS CÍVICOS.

Art. 542 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se expone la doctrina jurisprudencial en torno al delito previsto en el art. 542 del CP: impedimento del ejercicio de derechos cívicos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...)

La norma que tipifica el ilícito previsto y penado en el art. 542 CP (ex 194 CP anterior) tiene un carácter residual o subsidiario establecido por el legislador con la finalidad de cubrir los atentados contra los derechos cívicos o fundamentales de la persona cometidos por los funcionarios públicos y carentes de una expresa protección penal. Como ya se decía en la sentencia de 1 de octubre de 1993, con la expresión “derechos cívicos” el legislador quiere referirse a los derechos políticos, entendiéndolo como tales, no sólo los estrictos derechos de participación en las instituciones propias de la organización del Estado, sino todos aquellos que se reputan como fundamentales de la persona, con amparo en nuestra Constitución a través de los cuales tal persona, en cuanto ciudadano, participa en los asuntos de la comunidad. Ello se refuerza hoy ante la consideración de que aunque la Sección del Código donde se ubica el artículo 542 comprende de modo genérico los delitos contra “otros derechos individuales”, la rúbrica del Capítulo se refiere a “derechos fundamentales y libertades públicas”, todo ello en el marco de los “delitos contra la Constitución”. La Ley penal ha de complementarse, pues, con el listado de derechos alumbrados en el texto constitucional. La mención de “leyes” mantenida en la norma del art. 542 ha de entenderse como referida a disposiciones legales dictadas en desarrollo de los derechos fundamentales. Entre aludidos derechos fundamentales entrarán en la órbita aplicativa de la regla legal aquellos que por su propia naturaleza puedan responder al mecanismo que la norma penal prevé. Ha de tratarse de derechos o libertades públicas para cuyo ejercicio el ciudadano necesite realizar una conducta que pueda ser impedida por la autoridad o funcionario público.

En cuanto a los componentes de esta figura, el sujeto activo del delito ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. Nos encontramos ante un delito especial impropio, al exigirse unas determinadas cualidades en el sujeto activo. No basta con la condición “in genere” de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional (SSTS de 22 de diciembre de 1992 y 7 de febrero de 1994).

La conducta típica ha de consistir en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, bien por medio de coacciones, amenazas, engaño o simple negativa; es indiferente el medio con tal que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstaculizando e impidiendo la pretendida actuación del derecho (SSTS de 22 de diciembre de 1992, 8 de febrero de 1993 y 7 de febrero de 1994). Por otra parte, se trata de un delito de resultado al exigirse para su consumación que efectivamente haya llegado a producirse la realidad del impedimento. No bastando el acuerdo o resolución de impedir, de modo que el ciudadano no pueda ejercitar su derecho precisamente por el obstáculo que para ello supone la actuación del funcionario o autoridad.

En cuanto al elemento subjetivo, el Código de 1995 sólo concibe la modalidad dolosa, dolo directo de resultado abarcador de todos los elementos objetivos del tipo. El precepto exige que el impedimento se produzca a sabiendas, es decir, con clara voluntad de impedir el ejercicio de los derechos de los que se conoce pertenecen al sujeto pasivo que intenta actuarlos (STS 249/1998, de 24 de febrero), porque no basta con la objetiva acción impeditiva, sino que es necesario que exista un propósito deliberado de cercenar el ejercicio del derecho y, por ello, resultan atípicas aquellas conductas

que paralizando momentáneamente o demorando la activación del derecho fundamental, obedecen a un criterio interpretativo del funcionario público que solamente retarda el ejercicio del derecho y la tutela que ello comporta (véase STS de 19 de octubre de 1995). A tenor de lo expuesto, resulta claro

que el delito del art. 542 CP necesita la concurrencia de un sujeto activo funcionario público, una acción u omisión generadora del resultado impositivo y un dolo específico de actuar aquél a sabiendas y con propósito deliberado de impedir el ejercicio del derecho a su titular.

Sentencia 1962/2001, Sala de lo Penal del TS, de 23 de octubre de 2001

ENTRADA Y REGISTRO Y ASISTENCIA LETRADA.

Arts. 118, 302.2.º y 569 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

Con cita de la STS 265/2001, de 27 de febrero (reproducida en el n.º 4 de esta Revista) se declara que el registro practicado con presencia del interesado, pero sin asistencia letrada, no vulnera el derecho de defensa en aquellos casos en que se ha dispuesto el secreto de las actuaciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Al amparo del art. 5.4 LOPJ, denuncia vulneración del derecho constitucional a la asistencia letrada al detenido, del art. 17.3 CE, en relación con los arts. 11.1 y 283.3 LOPJ.

El argumento de apoyo es que el registro practicado en el domicilio de la abuela del recurrente (...) se llevó a cabo con presencia de aquél, pero no de su letrado, cuando lo cierto es que se hallaba preso por esta causa y ya lo había designado.

(...)

La actuación que se examina no se halla aquejada de tacha de invalidez desde la perspectiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, puesto que fue acordada mediante auto debidamente fundado, emitido por el juez competente. Pero es cierto que se llevó a cabo sin que el afectado por la misma pudiera estar asistido por su letrado.

El Fiscal, se opone a este motivo con el argumento de que el incumplimiento que se denuncia no puede operar en este caso, puesto que se encuentra previsto sólo para las declaraciones y reconocimientos de identidad, de manera que no podría darse el alcan-

ce extensivo que se pretende a lo dispuesto por el art. 118 LECrim.

Esta sala ha resuelto en el sentido más favorable al derecho de defensa y a la posibilidad de contradecir, en supuestos como el que se examina (así, en sentencia 265/2001, de 27 de febrero), pronunciándose a favor del derecho del imputado a contar con su letrado en actuaciones del género de la que aquí se examina, pero dejando fuera de esta

regla general los supuestos en que se hubiera declarado secreto el procedimiento, como resulta del tenor 302.2.º LECrim. Y es el caso, puesto que en la causa, en la misma fecha y antes de dictarse el auto que autorizaba la entrada y registro, se había dictado otro declarando secretas las actuaciones.

De este modo, la decisión del juzgado que se cuestiona es inobjetable y el motivo debe rechazarse.

Sentencia 1912/2001, Sala de lo Penal del TS, de 24 de octubre de 2001

INTERROGATORIO DE TESTIGO ENFERMO.

Arts. 718, 719 y 730 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

La posibilidad de dar lectura en el juicio oral a las declaraciones testimoniales sumariales por la vía del art. 730 de la LECrim. no puede ampliarse a los supuestos de enfermedad de testigos, debiendo seguirse aquí la solución prevista en el art. 718 (interrogatorio domiciliario).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

1. La vulneración constitucional alegada, radica en que el Tribunal sentenciador no ha valorado la principal prueba de cargo propuesta por el Ministerio Fiscal, de claro contenido incriminatorio, entrando únicamente a considerar si se habían cumplido o no los requisitos establecidos en los artículos 730, 718 y 719 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando dadas las circuns-

tancias concurrentes y ante la imposibilidad de comparecer en el juicio el testigo, se dio lectura a sus declaraciones con lo que se incorporaron al debate y tuvieron que ser objeto de valoración por el órgano juzgador.

El testigo no pudo comparecer, por estar afectado de una enfermedad pulmonar de carácter persistente y grave que le mantenía postrado en cama y en manifiesta imposibilidad de declarar y comparecer en las sesiones del juicio oral, extremo éste que fue debidamente acreditado, no sólo por informes

médicos sino por dictamen emitido por el médico forense de Alicante, lugar de su residencia, que acudió al domicilio y verificó su enfermedad e imposibilidad de declarar, lo que motivó el dictamen del Ministerio Fiscal, previo a las sesiones del juicio en el sentido de prescindir de su presencia, que no de su testimonio, en las mismas. En consecuencia se dio lectura a sus declaraciones y fueron sometidas a contradicción, al ser preguntado el acusado sobre la conversación telefónica que mantuvo con él y sobre la venta de cocaína, extremo que como es lógico, negó.

(...)

3. En los supuestos de enfermedad, como sucede en el caso presente, la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene previstos mecanismos procesales, para tomar declaración al testigo que está imposibilitado de comparecer al plenario por razón de su grave enfermedad. Los artículos 718 y 719 de dicha ley regulan los supuestos de incomparecencia de un testigo por imposibilidad. En el caso de que se trate de una persona que reside en el lugar del juicio y su testimonio sea importante, como sucede en el supuesto presente, al ser la única prueba incriminatoria, el Presidente designará a uno de los componentes de la Sala para que, constituyéndose en la residencia del testigo, puedan las partes hacerle las preguntas que consideren oportunas. El Secretario extenderá diligencia, haciendo constar las preguntas y respuestas que se le hayan hecho, las contestaciones de éste y las incidencias que hubieren ocurrido en el acto.

En los casos en los que el testigo imposibilitado por enfermedad, no reside en el lugar de la celebración del juicio, se librará exhorto o mandamiento para que sean examinados ante el Juez correspondiente, con sujeción a las prescripciones contenidas en esta sección, es decir, con la presencia de las partes para que pueda establecerse la debida contradicción, que debe sustituir a la consignación por escrito de las preguntas o respuestas.

La sustitución del testimonio directo está perfectamente justificada en los casos de imposibilidad manifiesta de lograr la comparecencia del testigo, fallecimiento o residencia en país extranjero, pero no puede ampliarse injustificadamente a los supuestos de enfermedad de los testigos, sobre todo cuando el órgano juzgador va a fundamentar la atribución de un hecho punible, en base a la exclusiva declaración sumarial del testigo incomparecido, pues en este caso, su testimonio adquiere tal relevancia que es necesario desplazarse, al lugar de su residencia para que las partes puedan hacerle las preguntas que estimaren oportunas.

4. No puede acusarse a la Sala sentenciadora de pasividad procesal, al no poner en marcha de oficio las previsiones establecidas, para el caso de los testigos enfermos e imposibilitados de acudir al llamamiento del Tribunal, ya que para acceder a la suspensión del juicio que dicha decisión lleva aparejada se debe atender a las normas contenidas en los artículos 746 y 747 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según el artículo 746.3.º procederá la suspensión del juicio cuando no comparezcan lo testigos de cargo o de descargo ofrecidos por las partes y se considere necesaria la declaración de los mismos. En este caso, además, el párrafo tercero del citado precepto, advierte que en los supuestos de enfermedad habrá que dar efectividad a los mecanismos previstos en los artículos 718 y en los dos siguientes.

El Tribunal ha mantenido una actitud imparcial, al dejar en manos de la parte a la que interesaba el testimonio, la solicitud de la adopción de las medidas de suspensión, tal como dispone el artículo 747 de Ley Procesal Penal, que sólo prevé la suspensión de oficio en los supuestos de resolución de cuestiones incidentales, práctica de diligencias no testificales fuera del lugar de las sesiones, enfermedad de los componentes del Tribunal, del defensor de cualquiera las partes y enfermedad del procesado. En el caso de incomparecencia de los testigos, la suspensión tiene que venir precedida de la peti-

ción de las partes que lo hubiesen propuesto y estimasen imprescindible su declaración. El Ministerio Fiscal debió ser consciente de esta posibilidad y actuar de conformidad con la misma, acudiendo a las fórmulas procesales establecidas, a las que nos hemos

referido con anterioridad, luego si alguna indefensión se le ha producido pudo haber sido por no haber utilizado las previsiones legales establecidas para los supuestos concretos establecidos en la normativa procesal.

Sentencia 1949/2001, Sala de lo Penal del TS, de 29 de octubre de 2001

PRUEBA INDICIARIA (HUELLAS DACTILARES).

Arts. 24 CE y 741 LECrim.

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

SÍNTESIS

Análisis de los supuestos en los que la prueba indiciaria basada en el hallazgo de huellas dactilares puede ser suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha avalado reiteradamente la eficacia de la prueba indiciaria como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia.

(...)

La fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede de la interrelación y combinación de los indicios, que concurren y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS de 14 de febrero y 1 de marzo del 2000 entre otras muchas), **y es por ello por lo que ordinariamente el indicio único resulta insuficiente.**

Segundo.—En el caso actual concurre, sin embargo, un indicio especialmente signi-

ficativo, es decir de una “singular potencia acreditativa”. En efecto, como destaca el Tribunal de instancia, las huellas dactilares del recurrente se encontraron en el lugar de los hechos, pero no en un sitio cualquiera, sino precisamente en la cerradura que forzó el ladrón para poder penetrar en el lugar del delito.

(...)

La pericia dactiloscópica constituye una prueba directa —o más bien cabría decir plena— en lo que respecta a la acreditación de la presencia de una persona determinada en el lugar en el que la huella se encuentra y permite establecer, con seguridad prácticamente absoluta, que sus manos han estado en contacto con la superficie en la que aparecen impresas.

La conexión de estos datos con la atribución al titular de las huellas de la participación en el hecho delictivo, necesita, sin embargo, un juicio lógico inductivo sólidamente construido del que pueda deducirse, sin duda racional alguna, que por el lugar en el que se encuentra la huella o por el conjunto de circunstancias concurrentes ésta necesariamente procede del autor del hecho delictivo.

Por el contrario, cuando es factible establecer conclusiones alternativas plausibles, basadas en la incertidumbre o la indeterminación, el proceso valorativo debe decantarse por una solución absolutoria (sentencias de 5 de octubre y 31 de diciembre de 1999).

Tercero.—En consecuencia la cuestión suscitada en estos supuestos exige analizar si, “en el caso concreto enjuiciado”, puede deducirse por el lugar en el que se encuentra la huella o por el conjunto de circunstancias concurrentes, que ésta necesariamente procede del autor del hecho delictivo, sin duda racional alguna, o bien cabe establecer conclusiones alternativas plausibles, que conduzcan a la incertidumbre o a la indeterminación, porque las huellas han podido quedar impresas antes o con posterioridad a la comisión de los hechos delictivos de una manera ocasional.

Pues bien en el presente caso no concurre esta posibilidad alternativa plausible, dadas las específicas circunstancias concurrentes, por lo que ha de estimarse que la conclusión del Tribunal sentenciador es la única razonable y lógica, sin duda racional alguna.

En primer lugar la huella fue localizada de modo inmediatamente posterior al hecho por la policía judicial especializada, y se encontraba situada precisamente en la cerradura que necesariamente tuvo que manipular el ladrón para forzar la entrada en el lugar del hecho, no apareciendo otras huellas significativas (...)

Cuarto.—En segundo lugar el recurrente no tiene relación alguna con la vivienda donde se encontraba el garaje cuya entrada

fue forzada, por lo que no puede pensarse que hubiese dejado la huella al manipular la cerradura casualmente. No se trata de una huella dejada en un bar o en la parte exterior o libremente accesible de un establecimiento público, sino en un lugar cuyo acceso y proximidad se reserva para los usuarios. Por ello es necesario concluir que si las huellas de una persona totalmente ajena —ya condenada, por cierto, por otros robos anteriores, aunque este antecedente no lo tomemos en consideración más que a los efectos de valorar que se trata de alguien con experiencia—, se encuentran impresas en la cerradura y ésta resulta forzada, la aparición de las huellas no es casual sino que se debe precisamente a la manipulación necesaria para obtener la fractura del lugar por donde penetró el autor del robo.

En el caso actual concurre además la circunstancia especial de que el acceso al garaje no se realizó por el portón exterior, que da a la calle, sino por la puerta interior que permite acceder al mismo desde el ascensor, después de que el ladrón rompiera también la botonadura del ascensor para hacer un “puente”. Se trata, por tanto, de un lugar totalmente inaccesible a los extraños por lo que solamente siendo el autor del hecho pudo tener el recurrente acceso a la cerradura donde dejó su huella dactilar. Esta Sala ya ha considerado en ocasiones recientes la aparición de la huella dactilar “en un lugar no accesible al público” como un indicio especialmente significativo para fundamentar la condena (Sentencia de 19 de junio de 2000, núm. 1093/2000).

Quinto.—En tercer lugar el propio acusado no proporciona una explicación alternativa plausible de cómo pudieron quedar impresas sus huellas dactilares en la cerradura forzada, es más ni siquiera niega haber fracturado la cerradura y haber realizado el robo limitándose a afirmar que “no lo recuerda”. Es cierto que no recae sobre el acusado la carga de acreditar su inocencia, y que el acusado tiene derecho a no declarar o a no declararse culpable sin que este silen-

cio pueda interpretarse en su contra, conforme al principio “nemo tenetur”. Pero, como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia dictada en el caso Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, cuando existen pruebas de cargo serias de la realización de un acto delictivo —y las huellas dactilares indudable-

mente lo son— la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación “reclamada” por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, **por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna.**

Sentencia 2059/2001, Sala de lo Penal del TS, de 29 de octubre de 2001

CUESTIÓN PREJUDICIAL NO DEVOLUTIVA.

Arts. 10 LOPJ; 3 y 4 LECrim y 252 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez**

SÍNTESIS

Con cita de la STS 1490/2001 (reproducida en el n.º 5 de esta Revista) la Sala estima el motivo alegado por el recurrente y declara que la determinación de la existencia de una unión de hecho y de una comunidad de bienes constituye una cuestión prejudicial no devolutiva que debe ser resuelta por el Tribunal Penal para poder pronunciarse, a continuación, sobre la existencia del delito de apropiación indebida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Se suscita una muy interesante cuestión que ha sido objeto de consideración por sentencias de esta Sala cual es la posición que debe adoptar el Tribunal penal cuando la tipicidad de la conducta sometida a su enjuiciamiento requiere un pronunciamiento sobre una materia que, en principio, corresponde a un orden jurisdiccional distinto al penal. Es decir, cuando concurre el supuesto

previsto en el artículo 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que extiende la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal, para sólo el efecto de la represión, a las cuestiones civiles y administrativas que aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación.

Ha surgido controversia sobre la aplicación del artículo 4.º del mismo texto procesal, una posición se inclina por la subsistencia de las cuestiones prejudiciales devoluti-

vas que entrañan la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución de aquéllas por el órgano jurisdiccional competente; otras, por el contrario, afirman la eficacia derogatoria que respecto a ese artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supone lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye a cada orden jurisdiccional, a los solos efectos prejudiciales, conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.

Esta Sala se ha pronunciado a favor de la resolución, por los Tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento —efecto devolutivo— para que previamente decida un Juez de otro orden jurisdiccional.

Así, la sentencia de esta Sala 1490/2001, de 24 de julio, se pronuncia sobre esta cuestión, y recuerda que (...) el art. 10.1 de la citada LOPJ establece el principio general de que “a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente”. Esta regla viene también avalada por el reconocimiento en el art. 24.2 de la Constitución Española de 1978 del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso —con todas sus instancias— ante otro orden jurisdiccional. (...) En consecuencia, sigue afirmando la sentencia que comentamos, la regla general del art. 10.1.º de la LOPJ —que deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado deferir a otro orden jurisdiccional— tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una naturaleza penal y condicione de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda. El

mantenimiento exclusivo de las cuestiones prejudiciales devolutivas de naturaleza penal en el sistema jurisdiccional establecido por la LOPJ se encuentra además limitado por el condicionamiento consignado en el último apartado del precepto. La suspensión de los litigios seguidos ante otros órdenes jurisdiccionales para la resolución de las cuestiones prejudiciales de naturaleza penal tampoco será necesaria en los casos en que la ley así lo establezca. Ahora bien la regla contenida en el párrafo 1.º del art. 10 de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4.º de la decimonónica LECrim.

(...)

El Tribunal Constitucional no puede ser utilizado para defender una posición contraria a la que se ha dejado expresada ya que si bien, en un principio y respecto al delito de instruismo, varias sentencias se pronunciaron por el efecto devolutivo, sin embargo, como se señala en la Sentencia de esta Sala 1490/2001, de 24 de julio, esa doctrina se establece en los supuestos específicos planteados en condenas por esa figura delictiva, doctrina que el propio Tribunal Constitucional ha matizado y limitado en supuestos ajenos a esa figura delictiva (...)

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, el Tribunal de instancia ni suspendió el procedimiento para que se ejercitaran acciones civiles ni entró a resolver, como hubiera sido lo correcto, conforme a la doctrina que se ha dejado expresada, sobre la titularidad del cupón de la ONCE premiado, cuestión que aparece necesaria en orden a decidir sobre la tipicidad de la conducta enjuiciada, limitándose dicho Tribunal a señalar que esa cuestión no está decidida, afirmando que son “los órganos de la jurisdicción civil los que habrán de dirimir tan trascendente cuestión una vez se ejerci-

ten por quien se considere perjudicado las acciones que se estimen conducentes a la tutela de sus pretensiones”.

Solicitado que ha sido tal pronunciamiento del Tribunal Penal y conforme a la doctrina de esta Sala que se ha dejado antes

expresada, procede entrar en el examen, como cuestión prejudicial para analizar la concurrencia o no de los elementos integradores del tipo penal, de la titularidad sobre el cupón de la ONCE a que se refieren los escritos de acusación.

Sentencia 1807/2001, Sala de lo Penal del TS, de 30 de octubre de 2001

PRESCRIPCIÓN DEL DELITO FISCAL.

Arts. 131, 132 y 305 Código Penal

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

SÍNTESIS

Insiste en la independencia de los plazos de prescripción previstos en los artículos 131 del CP y 64 de la LGT y precisa el alcance de la excepción a la que se refiere la STS de 10 de octubre de 2001, recogida en este mismo número de la Revista de Derecho Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno.—(...)

En su desarrollo, el núcleo de la impugnación casacional se centra en la incidencia que en esta materia tiene la entrada en vigor del art. 24 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente (que modifica, a su vez, el art. 64 de la Ley General Tributaria), en cuanto reduce a cuatro años el plazo de prescripción del derecho de la Administración Tributaria para determinar la deuda tributaria mediante la liquidación, desde la perspectiva de la analogía con la figura de la excusa absolutoria por regularización tributaria, que fue también la postura que mantuvo la parte recurrente en la instancia. Señala, en definitiva, el recurrente que por la prescripción de cua-

tro años que confiere a la Administración el derecho (la facultad, en términos jurídicos) para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, supone una automática regularización de la deuda tributaria, a los efectos de la excusa absolutoria dispuesta en el precepto penal contenido en el art. 349 del Código penal de 1973, coincidente en esta materia con el art. 305 del Código penal vigente.

Ciertamente que la cuestión planteada dista mucho de ser pacífica en la doctrina científica, habiéndose decantado algunas posiciones doctrinales por mantener que, a partir de la entrada en vigor de dicha ley, el 1 de enero de 1999, el plazo de prescripción del delito contra la Hacienda Pública, hoy comprendido en el art. 305 del Código penal vigente, se sitúa en los cuatro años que mar-

ca la Ley 1/1998, quedando derogado tácitamente en esta materia el art. 131 del Código penal. Para ello se ha alegado el principio de unidad del ordenamiento jurídico y la desaparición de la lesividad de la conducta, por no conculcarse el bien jurídico protegido al no subsistir la deuda tributaria como condición de punibilidad.

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en Sentencias de fecha 6 de noviembre de 2000 y de 10 de octubre de 2001, si bien en esta última resolución se mantuvo, con relación al impuesto de sociedades —precisamente el tributo sobre el que recaía el delito—, que era necesario que no hubieran transcurrido los cuatro años que prevé el art. 64 de la Ley General Tributaria, dentro de los cuales la Administración debía determinar el impuesto eludido. Ahora bien, con unas precisiones que después destacaremos, dadas las peculiaridades del caso planteado, resuelto por aludida Sentencia de 10 de octubre de 2001, y que no son aplicables al supuesto contemplado en esta censura casacional.

Conviene señalar que, por consiguiente, esta Sala ya ha resuelto la cuestión de la prescripción del delito con relación a la incidencia que pueda tener en esta materia la Ley 1/1998, en las dos Sentencias citadas (art. 1.6 del Código civil), pues “nada obsta a que el delito se someta legalmente a plazos de prescripción más largos que la infracción administrativa, en razón de su mayor gravedad” (STS 6 de noviembre de 2000). En este mismo sentido, la segunda Sentencia de esta Sala sobre esta materia mantiene que por el transcurso del “término de cinco años para la prescripción... la acción para la persecución del delito se había extinguido”, por lo que “es de ratificar aquí la independencia de los plazos previstos en los arts. 131 Código penal y 64 LGT establecida en la STS 6 de noviembre de 2000” (STS 10 de octubre de 2001).

Ya hemos declarado que la extinción de la obligación tributaria por prescripción (STS 6 de noviembre de 2000) no puede determinar la atipicidad sobrevenida de la

conducta delictiva, “pues la tipicidad es un concepto que viene referido al momento en que se realizó la acción u omisión típica, y en dicho momento no cabe duda alguna de la concurrencia de la deuda tributaria y de su elusión en forma típica, por lo que se consumó la actuación delictiva sin que pueda incidir en la tipicidad, ya realizada, una eventual extinción posterior de la deuda tributaria.”

En efecto, el fundamento de la prescripción penal representa una manifestación más del “ius puniendi” del Estado, que se conecta con el plazo dispuesto por el legislador penal desde que el delito se consumó, y ello en razón de la mayor gravedad que significa su comisión en relación con una infracción administrativa. Del mismo modo que los delitos contra la salud pública (arts. 359 y siguientes del Código penal), o los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos (arts. 563 y ss.) se consuman desde el momento en que se realiza la acción delictiva prevista por el legislador, aunque la infracción administrativa con la que están conectados, pueda encontrarse prescrita administrativamente, siempre que dentro del período marcado por el legislador penal, se active —en condiciones de regularidad procesal y con la suficiente determinación—, la instrucción procesal de donde deriva el esclarecimiento de sus contornos jurídico-penales. En definitiva, las finalidades son diversas y la gravedad de las conductas, también, y por ello, como hemos dejado transcrito anteriormente, se declara la independencia de ambos plazos de prescripción. De manera que el momento consumativo lo marca, según reiterada doctrina jurisprudencial, la finalización del plazo de declaración voluntaria (Sentencia de 26 de julio de 1999, y las en ella citadas) y la finalización del mismo, los artículos 131 y 132 del Código penal. En el intermedio, puede producirse una denuncia o querrela del Ministerio fiscal, Abogado del Estado o representante procesal de la Administración autonómica, foral o local, o

“cuando el Ministerio fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias” (como dice el art. 305.4 del Código penal), e incluso puede producirse el supuesto contemplado en el art. 77.6 de la Ley General Tributaria, a tenor del cual la Administración Tributaria pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no dicte Sentencia firme, o tenga lugar el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio fiscal.

Ahora bien, la Sentencia de 10 de octubre de 2001 condiciona la perseguibilidad del delito fiscal —en el caso concreto enjuiciado— a que dentro del plazo de vigencia de la acción de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, se hayan realizado actividades inspectoras por parte de los órganos correspondientes de la Administración de donde se deduzca de forma comprensible la persecución administrativa (eventualmente, penal) que se deduce de la presunta elusión tributaria que se investiga. Pero, en el caso resuelto por la misma —diferente al aquí enjuiciado—, se declaró que “la cuestión, como tal es irrelevante, dado que el Ministerio Público sólo se ha valido de las liquidaciones practicadas por la Agencia Tributaria. En tal situación no ofrece duda que el hecho por el que se acusó fue determinado provisionalmente después de haber decaído las facultades de la Agencia Tributaria según el art. 64 LGT”.

Sin perjuicio de la validez general que tienen las exigencias respecto de la determinación del hecho inherente al art. 132.2 del Código penal, en relación con el supuesto aquí sometido a nuestra consideración, debemos declarar que no se requiere propiamente liquidación, ni siquiera provisional de carácter administrativo (como en el caso de la STS de 10 de octubre de 2001), porque tal liquidación corresponderá a los órganos judiciales en fase de enjuiciamiento,

los cuales determinarán el alcance de la cuantificación eludida por el acusado, superior siempre a la cantidad de quince millones de pesetas, que es el elemento normativo que cualifica el delito, y ello porque del tenor del art. 66 de la LGT, los plazos de prescripción correspondientes se interrumpen —en la vía administrativa— por cualquier acción de la Administración Tributaria, realizada con conocimiento formal del sujeto pasivo, conducente al reconocimiento, regularización, inspección, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del tributo devengado por cada hecho imponible, e incluso por la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador, que deberá naturalmente paralizarse en caso de pasar el tanto de culpa a los Tribunales, mediante acción ordinariamente activada por el Ministerio fiscal. Tal interrupción de la prescripción administrativa, será ajena a la penal, por el principio de independencia que se predica de ambas clases de infracciones y sus correspondientes resortes interruptores.

En segundo lugar, hemos de destacar que la doctrina que tal Sentencia mantiene, en el caso que resuelve, se proyecta sobre aquellos supuestos (como el enjuiciado en la misma) en que la Administración tributaria tenía todos los elementos necesarios para iniciar una acción inspectora, y sin embargo, no se practicó, por ninguno de los mecanismos anteriormente citados, *pero no es trasladable al caso de autos*, en que los datos de donde se deduce la infracción criminal aparecen como consecuencia de la instrucción procesal, investigación judicial que permite al Juez, una vez que tiene conocimiento de la “notitia criminis”, a través de los diversos modos que puede ingresar en el proceso penal, con una determinación indiciaria, al menos, respecto del ilícito investigado, y que permita conocer el alcance de la imputación, con la determinación que ya hemos puesto de manifiesto, en anteriores fundamentos jurídicos, pues *en este caso* no puede decirse que sea necesaria la liquidación administrativa previa, por no contar con tales datos la

Administración tributaria, y estar sin embargo el delito en condiciones de ser perseguido, por no haber transcurrido aún el plazo de prescripción a que hace referencia el art. 131 del Código penal (en relación con el 132.2). En otras palabras, la STS 10 de octubre de 2001 se refiere sólo a las ocasiones en que la Agencia Tributaria tenía en su poder los elementos para determinar el impuesto evadido y en los que el Fiscal sólo se ha valido de las liquidaciones provisionales que le proporcionó la Agencia Tributaria, como hemos dejado transcrito más arriba.

En suma, estas condiciones no se cumplen en el supuesto ahora enjuiciado, some-

tido a nuestra revisión casacional, toda vez que la Agencia Tributaria no tenía en su poder los elementos referentes a la base imponible (real) que sólo fueron puestos de manifiesto por la investigación judicial y ello impedía notoriamente toda posibilidad de una liquidación provisional. Ante tal coyuntura, en que la actividad inspectora llevada a cabo por la Agencia Tributaria no tuviera los elementos completos del hecho imponible, ni su base tributaria, porque los mismos han provenido en el curso —y como consecuencia— de una investigación judicial, la determinación del hecho criminal dentro del plazo de prescripción del delito no dependerá de tal actuación administrativa.

Sentencia 2027/2001, Sala de lo Penal del TS, de 6 de noviembre de 2001

TRÁFICO DE DROGAS. NOTORIA IMPORTANCIA.

Art. 369.3.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Aunque algunas sentencias previas, desde la STS 1836/2001, de 23 de octubre, aplican los nuevos criterios establecidos por Acuerdo de la Sala de lo Penal del TS, de 19 de octubre de 2001, en orden a la determinación de la “notoria importancia” de la droga, a la que se refiere el tipo agravado previsto en el art. 369.3.º del CP (véase el mencionado Acuerdo en el n.º 5 de esta Revista de Derecho Penal), ésta es la primera sentencia que hace explícitos los argumentos en los que se apoya el cambio de criterio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) La cuestión suscitada impone la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial aprobado por el Pleno de esta Sala en su reunión del pasado 19 de octubre,

conforme al cual **debe considerarse como cantidad de notoria importancia** a los efectos de la aplicación del subtipo agravado prevenido en el art. 369 3º del CP 1995, la equivalente a quinientas dosis del consumo diario estimado de un adicto medio. **En**

lo que se refiere a la cocaína este consumo diario lo cifra en 1,5 gramos el Instituto Nacional de Toxicología, en su informe de 18 de octubre pasado emitido a solicitud de esta Sala y que se toma como pauta de referencia para garantizar la uniformidad en la aplicación del subtipo, **lo que representa un total de 750 gramos para las quinientas dosis.**

La aplicación de este nuevo criterio cuantitativo es fruto de un prolongado y meditado debate, que se ha venido desarrollando en esta Sala desde la aprobación del Código Penal de 1995 para atemperar el concepto normativo de notoria importancia a la realidad social y a las exigencias impuestas por los principios fundamentales de legalidad y proporcionalidad. Debate en el que se ha prestado especial atención a los criterios expresados por la doctrina y por las resoluciones de las Audiencias Provinciales.

Desde la perspectiva del principio de legalidad es preciso considerar que nos encontramos ante una agravación que viene determinada por un concepto normativo cuyo alcance no ha sido fijado “a priori” por el legislador, sino que tiene que ser precisado valorativamente por el juzgador, con el margen de inseguridad que ello conlleva. El ámbito de libertad de dicha heterointegración judicial no puede ser absoluto, sino que viene condicionado por un criterio de estricta legalidad que impide aplicar la agravación más allá del sentido literal posible de la locución que la define, evitando cualquier riesgo de interpretación extensiva “in malam partem”.

El legislador no ha establecido el subtipo agravado para aquellos casos en que la cantidad de droga objeto de la conducta enjuiciada fuese meramente “importante”, criterio valorativo de difícil concreción, sino que lo limitó con mayor precisión a aquellos supuestos en que la importancia fuese notoria, es decir manifiesta, reconocida por todos, pues éste es el significado lingüístico de la calificación de notoriedad. Pues bien, es lo cierto que los parámetros utilizados por este

Tribunal desde 1984 para la aplicación del subtipo, ya no son, en la realidad social, criminológica y legislativa actual, reconocidos “por todos”, sino por el contrario fuertemente cuestionados por la doctrina y la práctica jurisdiccional de los Tribunales de instancia, **habiendo desaparecido el consenso necesario en la comunidad jurídica para que un criterio de agravación pueda ser legítimamente calificado como “notorio”.** En definitiva se impone su revisión.

Tercero.—Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad ha de tenerse en cuenta que el marco punitivo aplicable a partir de la aprobación del Código Penal de 1995, es sensiblemente más riguroso que el que constituyó el sustrato de la doctrina jurisprudencial iniciada y consolidada en los años ochenta. Este nuevo marco punitivo responde, en realidad, a pautas internacionales, siendo de destacar que en estas pautas no se incluye habitualmente una agravación de esta naturaleza. Parece claro que un elemental criterio de proporcionalidad exige interpretar el límite entre lo habitual y lo “notoriamente importante”, es decir lo que excede notoriamente de los supuestos ordinarios ya sancionados rigurosamente por el tipo básico, atendiendo como parámetros a la realidad criminológica, que determina que lo que era extraordinario en 1984 ya no lo sea en la actualidad, y **sobre todo a la relevancia del incremento punitivo que viene impuesto por la aplicación de la agravación.**

Y en este sentido es claro que si en el nuevo marco legislativo la “notoria importancia” determina un incremento ciertamente extraordinario de penalidad (un mínimo de nueve años de privación de libertad para los casos de cocaína, que son los más frecuentes), la agravación debe aplicarse exclusivamente a supuestos de verdadera y manifiesta importancia, que justifiquen este acentuado incremento punitivo. En consecuencia la doctrina jurisprudencial debe evolucionar para adaptarse al nuevo marco legislativo.

Cuarto.—En tercer lugar concurren también razones de efectividad. El nuevo marco punitivo, —para simplificar y centrarnos en los casos más relevantes vamos a referirnos al establecido para las drogas del tipo de la cocaína— abarca un amplio arco para el tipo básico, de tres a nueve años de privación de libertad, que permite una aplicación proporcionada y efectiva del instrumento penal, valorando la gravedad relativa de las conductas enjuiciadas y la culpabilidad de su autor, e individualizando la pena correspondiente. De este modo **cabe una respuesta punitiva diferenciada, y en consecuencia más efectiva, proporcionada y disuasoria**, que permite sancionar más gravemente, por ejemplo, la introducción de seiscientos gramos de cocaína que la de doscientos, sin abandonar el marco punitivo básico. Y diferenciar, al mismo tiempo, dichos supuestos de los notoriamente importantes, que determinan la aplicación del marco agravado de nueve a trece años y seis meses de prisión.

Sin embargo la aplicación de un límite muy reducido de la notoria importancia, determina en la práctica que todos esos supuestos se traten de forma indiferenciada, con la imposición de la pena de nueve años de prisión, mínimo del tipo agravado. Con ello no sólo se vulnera el principio de proporcionalidad, sino que se distorsiona la efectividad de la respuesta penal, **que es eficaz cuando es afinada y no cuando es indiscriminada**. La consecuencia inmediata es que se prima indirectamente el gran tráfico, pues la sanción será en la práctica la misma por cinco Kilos de cocaína que por quinientos gramos.

Esta distorsión no solamente se produce por la mínima capacidad de individualizar las respuestas, sino también por la reacción jurisdiccional frente a la necesidad de aplicar de forma generalizada, a supuestos menores, la penalidad tan rigurosa prevenida para el subtipo agravado. Dado que la elevada magnitud del mínimo no permite individualizar la pena atendiendo a las circunstancias personales de los autores, los Tribunales de instancia, en la búsqueda de una

justicia material que los reducidos límites de la notoria importancia dificulta extraordinariamente, se ven forzados, en ocasiones, a la apreciación de dudosas eximentes incompletas (estado de necesidad, miedo insuperable), o bien grados imperfectos de ejecución (tentativa) o de participación (complicidad), según ha podido apreciar este Tribunal a través de la experiencia proporcionada por el ejercicio de su labor casacional desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Esta experiencia constituye una razón adicional para adaptar el criterio jurisprudencial a las necesidades derivadas del nuevo marco punitivo.

En definitiva, tanto razones de legalidad, como de proporcionalidad y de eficacia, aconsejan la modificación, meditada, del referido criterio jurisprudencial.

Quinto.—Expuesta la necesidad de la modificación, es preciso ahora concretar los nuevos parámetros. Es claro que la seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación de la ley imponen establecer unos criterios precisos, que puedan aplicarse generalizadamente a toda clase de drogas y que concreten aquello que es considerado como notoriamente importante a estos efectos por la mayoría de la Sala casacional.

Tratándose de tráfico de estupefacientes, **parece razonable partir de las cifras que cuantifican el consumo diario estimado de un consumidor medio, y a partir de ahí fijar la notoria importancia en atención a la cantidad de droga que permita abastecer un mercado importante (cincuenta consumidores) durante un período relevante de tiempo (diez días). Se obtiene así la cifra de quinientas dosis de consumo diario, aplicable a todas las drogas**, que ha merecido la aprobación del Pleno de esta Sala.

Para garantizar la uniformidad en la aplicación del subtipo se toma como pauta de referencia para determinar el consumo diario de cada una de las drogas el informe de 18 de octubre del año en curso emitido a solicitud de esta Sala por el Instituto Nacio-

nal de Toxicología. En lo que se refiere a los supuestos más frecuentes, las quinientas dosis equivalen a 750 gramos para la cocaína, 300 para la heroína y 2.500 gramos para el hachís.

Este nuevo criterio exige la individualización de la pena dentro del marco punitivo completo de tres a nueve años de prisión,

valorando en cada caso la cantidad de droga ocupada. Cuando la importancia de la droga objeto del delito enjuiciado sea relevante, superior a la cifra que con la doctrina anterior integraba el subtipo de notoria importancia, la pena a imponer no debería ser inferior a los cinco años de privación de libertad.

Sentencia 2052/2001, Sala de lo Penal del TS, de 7 de noviembre de 2001

COHECHO.

Arts. 386 Código Penal 1973 y 420 Código Penal 1995

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

SÍNTESIS

Constituye cohecho el ofrecimiento directo o indirecto de incentivos por un laboratorio farmacéutico a un médico de la Seguridad Social para la prescripción de medicamentos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

El artículo 7.2.º de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, dispone que queda expresamente prohibido el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración, o a sus parientes y personas de su convivencia.

La introducción de un incentivo económico por la prescripción de unos medicamentos determinados, distorsiona la función de la prescripción que debe estar esencial-

mente orientada por el interés del paciente y no por el del médico. Con estas prácticas ilegales se perjudica seriamente la salud de los pacientes, pues el abuso de medicamentos, cuyo empleo racional es beneficioso, puede originar problemas de salud graves. Se perjudica también la economía de los enfermos, pues, en igualdad de condiciones, el médico puede optar por la prescripción que personalmente le resulte más beneficiosa en función del “incentivo” económico que va a percibir, aun cuando sea innecesariamente más costosa. Se perjudica al Sistema Nacional de Salud, cuando éste sufraga el coste de los medicamentos, pues se fomenta la prescripción por factores ajenos a las necesidades clínicas. Y se perjudica, por último, la libre competencia y la transparencia del mercado, al emplearse métodos ilegales de

comercialización, en detrimento de la calidad y el precio.

En consecuencia el ofrecimiento directo e indirecto de incentivos, por parte del recurrente como administrador único de un laboratorio farmacéutico, y por tanto con interés directo en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos, a un médico encargado de su prescripción, constituye una conducta legalmente prohibida. Conducta que cuando se realiza en relación con profesionales privados da lugar a la infracción administrativa expresamente prevista en el art. 108.16 de la Ley del Medicamento. Pero cuando las dádivas o presentes se ofrecen o entregan a quienes en sentido jurídico-penal son funcionarios públicos, es decir a profesionales sanitarios integrados en el Servicio Nacional de Salud, constituyen un delito de cohecho, pues en este caso se vulneran adicionalmente los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir el desempeño de las funciones públicas.

La alegación de que los pagos efectuados al facultativo lo fueron supuestamente como “remuneración de actividades de farmacovigilancia”, no altera lo expresado, pues en el relato fáctico consta que estas cantidades se abonaban como incentivo “al objeto de aumentar las ventas de las especialidades que elaboraba tal Laboratorio”, es decir que constituían incentivos “indirectos”, expresamente prohibidos. A esos efectos resulta irrelevante que se llegase o no a confeccionar algún supuesto trabajo de farmacovigilancia, pues lo que se expresa claramente en el relato fáctico, y se razona extensamente en la fundamentación jurídica, es que estas supuestas actividades no eran más que mera cobertura del pago destinado a incrementar la dispensación de los medicamentos del laboratorio.

Ha de recordarse que la Sala sentenciadora razona en su fundamentación que el propio pagador de las dádivas reconoció expresamente que la cobertura de los supuestos estudios de farmacovigilancia era simplemente una forma más “elegante” de pagar a los médicos, es decir que constituía un

método fraudulento para intentar eludir la expresa y contundente prohibición legal. Asimismo los dictámenes periciales acreditaban que dichos estudios o no se confeccionaban o bien eran pura apariencia, por lo que constituían “actividades encubiertas de inducción a la prescripción o incentivos prohibidos a los prescriptores”, conclusión del dictamen pericial que la Sala asume como propia y que le sirve para fundamentar su convicción.

(...)

Quinto.—(...) La “injusticia” del acto en el art. 386 del Código Penal de 1973 y en el art. 420 del Código Penal de 1995, consiste en una contradicción material y relevante con el Ordenamiento jurídico y no en una mera ilegalidad formal o administrativa (Ver p.ej. STS 1493/1999, de 21 de diciembre, STS 1952/2000, de 19 de diciembre o STS núm. 20/2001, de 28 de marzo de 2001).

Para calificar el carácter justo o injusto de decisiones públicas de elección entre varias posibilidades alternativas, como sucede cuando se opta por la prescripción de los medicamentos de un laboratorio o de otro con características similares, ha de tenerse en cuenta que la opción final cuenta con componentes de discrecionalidad difícilmente controlables, por lo que **el propio hecho de que la decisión no se adopte sobre la base de los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir la función pública sino influida y predeterminada por el aliciente económico, determina la injusticia del acto**, (ver STS núm. 20/2001, de 28 de marzo de 2001).

No se trata de identificar la injusticia del acto con la propia percepción de la dádiva, sino de constatar el hecho de que la prescripción de medicamentos de un laboratorio concreto bajo la influencia de la percepción previa o prometida de incentivos económicos que pretenden precisamente incrementar ilegalmente el número de dichas prescripciones, constituye un comportamiento manifiestamente contrario a nuestro ordenamiento jurídico (art. 7.º de la Ley del Medi-

camento). Y no se diga que es necesario demostrar que se prescribieron medicamentos innecesarios o prescindiendo de otros más específicos o con incremento arbitrario del gasto, pues lo relevante es que la dádiva estaba específicamente dirigida a obtener dicho comportamiento injusto (incrementar las prescripciones por encima del número de las que se hubiesen producido sin ella) y está acreditado que estas prescripciones se efectuaron, como pretendía el recurrente, por lo que el hecho de que las prescripciones se realizasen “bajo la corruptora influencia de la dádiva” las convierte en injustas.

Ha de recordarse que, como ya se ha expuesto razonadamente en el fundamento jurídico segundo, la introducción de un incentivo económico por la prescripción de los medicamentos de un determinado laboratorio distorsiona la función propia de la prescripción facultativa, y con ello: a) se pone

en peligro la salud de los pacientes, b) se perjudica económicamente a los enfermos como consumidores y c) se perjudica al Sistema Nacional de Salud, cuando éste sufragara el coste de los medicamentos.

No hay que olvidar que las recetas oficiales de la Seguridad Social no solamente cumplen una función estrictamente terapéutica sino que también constituyen el soporte probatorio de un desplazamiento patrimonial: el que fundado en la fuerza probatoria del documento efectuará la Seguridad Social para sufragar el coste farmacéutico de la atención de un enfermo. Es claro que la dádiva va destinada precisamente a que las prescripciones o recetas se elaboren en función de criterios no estrictamente clínicos. Y es claro que prescribir o recetar en estas condiciones constituye un acto contrario al ordenamiento, intrínsecamente injusto. El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

Sentencia 2081/2001, Sala de lo Penal del TS, de 9 de noviembre de 2001

GRABACIÓN DE CONVERSACIONES CON AGENTES ENCUBIERTOS.

Arts. 18.3 y 24.2 CE; 11.1 LOPJ y 282 bis LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

SÍNTESIS

La grabación subrepticia de una conversación mantenida con agentes encubiertos no vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones del acusado, aunque sí el derecho a no declarar contra sí mismo. No obstante la Sala estima no vulnerado el derecho a la presunción de inocencia puesto que en la causa existieron otras pruebas de cargo no contaminadas por la estimada viciada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Ante todo, debemos desechar la pretensión de que la grabación de la conversación

en que los Agentes encubiertos simulaban estar interesados en la compra de hachís suponga una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones que garantiza el art.

18.3 CE. De acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala en Sentencias como la de 30 de mayo de 1995 y 1 de junio de 2001, el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro. Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido: no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el art. 18.3 CE, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto. Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue. Es por ello por lo que no puede decirse que, con la grabación subrepticia de la conversación de referencia se vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que tal infracción deba determinar la imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven.

Un problema diverso del que acabamos de considerar es el que plantea la posibilidad de que, grabando subrepticamente unas manifestaciones que implican, con mayor o menor claridad, la confesión de una actividad delictiva, se vulneren los derechos, igualmente fundamentales, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que reconoce el art. 24.2 CE. El riesgo evidentemente existe y es probable que, en el caso que estamos considerando, se concretase el riesgo en una lesión real de los cita-

dos derechos. Por esta razón, si en los autos de la instancia no hubiese más prueba contra este recurrente que las declaraciones de signo autoinculpatorio, contenidas en la cinta en que se registró su conversación con los Agentes encubiertos, acaso nos encontraríamos ante una ausencia de prueba, por la prohibición “ex” art. 11.1 LOPJ de valorar pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales, en cuyo caso la declaración de su culpabilidad hubiese infringido, como en este motivo se postula, su derecho a la presunción de inocencia. No son, sin embargo, aquellas declaraciones la única prueba que el Tribunal de instancia pudo apreciar y valorar para llegar a convencerse de que el recurrente tenía en su poder una crecida cantidad de estupefacientes que destinaba a su difusión. Dicho convencimiento estuvo basado, ante todo, en el hecho material de la ocupación de la droga en poder de dos personas de las que racionalmente se podía pensar actuaban por cuenta del recurrente y, complementariamente, del relato que ofrecieron de su propia actuación los Agentes de la Guardia Civil que pactaron la detención de aquellos dos cuando intentaban entregarles la droga en la creencia de que eran también traficantes. E importa subrayar que estas pruebas, de claro sentido de cargo y sometidas a contradicción en el juicio oral, no estaban contaminadas por la violación de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable a que ya nos hemos referido. Cualesquiera que fuesen los términos exactos en que el recurrente se expresó ante los Agentes encubiertos, la posterior actuación de éstos, poniendo de manifiesto que el recurrente tenía una importante cantidad de hachís con el propósito de venderla, no estuvo determinada por una confesión realizada sin previa instrucción de sus derechos al confesante sino por la posterior decisión de éste de llevar a cabo la venta de la droga que tenía en su poder.

Sentencia 2107/2001, Sala de lo Penal del TS, de 12 de noviembre de 2001

MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Art. 101 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se establece que el máximo de duración del internamiento psiquiátrico previsto para el inimputable en el art. 101 del CP se corresponde con el límite máximo de la pena que (en abstracto) se hubiera podido imponer, sin necesidad por tanto de determinar qué pena concreta se habría impuesto en caso de ser declarado el sujeto plenamente responsable.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

Nos encontramos ante una medida de seguridad consistente en el internamiento de quien fue autor de un delito de homicidio (art. 138 CP) cometido en grado de tentativa (arts. 16 y 62), sin circunstancias concurrentes y siendo la sentencia de instancia absoluta por haberse apreciado la eximente 1.ª del art. 20 CP.

Conforme a la novedosa regulación que esta materia tiene en el vigente CP, son necesarios los siguientes requisitos para que pueda acordarse por un tribunal de justicia una medida de seguridad de internamiento en un centro para tratamiento médico:

1.º Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito (arts. 6.1 y 95.1.1.ª) Ya han desaparecido de nuestra legislación las medidas de seguridad predelictuales.

2.º Que ese delito aparezca sancionado en la ley penal con pena privativa de libertad (art. 95.2), que son las del art. 35.

3.º Que haya peligrosidad criminal (art. 6.1) o, como dice el art. 95.1.2.ª, “que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

4.º Que sea necesaria esta medida de seguridad concreta (“si fuere necesaria”, dice el art. 101.1). Es decir, estos internamientos (los del art. 101, y también los de los arts. 102, 103 y 104) tienen carácter subsidiario respecto de las demás medidas que no consisten en privación de libertad: si puede obtenerse un adecuado tratamiento de la peligrosidad sin acudir al internamiento, habrán de aplicarse alguna o algunas de las previstas en los arts. 105 a 108 CP. Además, desaparecida la necesidad de esta medida concreta, habrá de cesar, o ser sustituida por otra o suspendida (arts. 6.2 y 97).

Por otro lado, hay que señalar aquí dos de las limitaciones expresadas en el art. 6.2:

1.ª Las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido,

concepto que no aparece luego desarrollado en los arts. 95 y ss.

2.^a Tampoco pueden resultar de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. A este límite de duración se refieren los arts. 6.2 101 a 104. Los arts. 101, 102 y 103 dicen que “el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable”; mientras que el 104 dice que “no podrá exceder de la pena prevista por el código para el delito”. Por sus términos literales este artículo 104 se refiere a la pena en abstracto prevista en la ley. Por el contrario los arts. 101, 102 y 103 parecen aludir a la pena concreta que tendría que haberse impuesto en el caso de que no se hubiera aplicado la eximente.

Entendemos que los términos del art. 104, antes referidos, señalan un límite máximo para la medida de seguridad, en los casos de eximente incompleta de los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 20, que coincidirá con el límite máximo de la pena señalada para el delito de que se trate. Adviértase que la norma general del art. 6.2 CP habla de este límite máximo con referencia a la “pena abstractamente aplicable al hecho cometido”.

Y esto habrá de tenerse en cuenta también para cuando se aplican estas eximentes con la consiguiente absolución por su carácter completo.

Es decir, estimamos que no es necesario, tanto en los casos de eximente completa como en los de incompleta, que el juzgado o tribunal determine en concreto en su sentencia qué sanción habría fijado teniendo en cuenta todos los elementos que el CP pone a su disposición para la individualización de la pena, de modo que esta pena en concreto sea el límite máximo que la medida de internamiento no puede rebasar.

Dada la diferencia de naturaleza, fundamento y finalidad que hay entre las penas y las medidas de seguridad, estimamos que la pena concreta a imponer en el caso para la hipótesis en que haya de aplicarse una eximente (completa o incompleta) no constitu-

ye el límite de la duración del internamiento de la medida de seguridad aplicable. Entendemos que tal límite se encuentra en el tope máximo de la pena a imponer habida cuenta del tipo concreto de que se trate, su grado de ejecución (consumación o tentativa), su grado de participación (autoría o complicidad), así como las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieran concurrir (siempre que estén desconectadas de aquello por lo que se aplicó la eximente —completa o incompleta—). Ha de calcularse, pues, ese límite máximo de la duración de la medida de seguridad por el límite máximo de la pena a imponer, no por la pena concreta con que se hubiera sancionado de no existir esa eximente. Por eso el órgano jurisdiccional que impone una medida de seguridad consistente en privación de libertad sólo ha de tener en cuenta ese máximo legal posible de duración de la pena si no hubiera habido eximente, y no tiene obligación de determinar en concreto cuál habría sido esa pena de no haber concurrido la eximente.

Así, por ejemplo, en el caso presente nos encontramos ante:

Un delito de homicidio castigado en el art. 138 CP con pena de prisión de diez a quince años;

Un grado de ejecución consistente en tentativa que lleva consigo la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados;

Un grado de participación de autoría,

La no concurrencia de circunstancias atenuantes ni agravantes que permita recorrer toda la escala de la pena correspondiente (art. 66, regla 1.^a)

Con todos estos datos la pena máxima a imponer sería la de diez años de prisión, pues el tribunal, de no haber existido la eximente que se aplicó, habría podido bajar en uno o dos grados la pena de diez a quince años de prisión, de modo que, como bien dice el recurrente, bajando un grado nos colocamos en una duración de cinco a diez años y bajando dos nos situamos entre dos años y seis meses y cinco años. Como aquí no es necesario individualizar la pena, pues no ha de imponerse ninguna, a los efectos de

determinar ese límite máximo de la medida de internamiento, como la pena podía haber alcanzado hasta los diez años de prisión, éste ha de ser el máximo permitido para la fijación de la duración del internamiento de la medida de seguridad impuesta. Máximo que lo es respecto de una medida de tratamiento, que sólo subsistirá mientras este tratamiento sea necesario como prevención de la criminalidad del sujeto y que, por tanto, se encuentra sometido a las posibilidades de cese, sustitución o suspensión conforme al resultado de ese tratamiento en aplicación de lo dispuesto en los artículos 97 y 98 CP.

Cierto es que podría haberse acordado un límite inferior a ese de diez años impuesto en la sentencia recurrida, cinco años como dice el recurrente en este motivo 3.º; pero

consideramos que es adecuada esa duración máxima de diez años en atención a dos factores:

1.º La gravedad de los hechos: incendio de un coche, con peligro para la vida de la persona que lo ocupaba, en la vía pública, en una calle céntrica de Madrid y que de hecho se propagó a otro vehículo. Hay peligrosidad respecto de un delito de singular gravedad.

2.º La clase de enfermedad padecida por el sujeto, muy peligrosa en cuanto al pronóstico de repetición de conductas semejantes, por el delirio y las alucinaciones que producen y por el mal pronóstico en orden a una remisión definitiva de la enfermedad sufrida.

Sentencia 2066/2001, Sala de lo Penal del TS, de 12 de noviembre de 2001

INTRUSISMO.

Art. 403 Código Penal

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

SÍNTESIS

Amplia exposición de la interpretación “constitucional” del delito de intrusismo, especialmente después de la STC 174/2000, de 26 de junio (recogida en el n.º 2 de esta Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El art. 403 del Código Penal de 1995 dispone que el que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legisla-

ción vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses.

Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

La interpretación del inciso segundo del párrafo primero que se refiere a actividades profesionales que exigieren un título oficial, ha resultado polémica. En principio parece claro, y así lo entendió la Instrucción 2/96 de la Fiscalía General del Estado y la mayor parte de la doctrina que comentó inicialmente el Nuevo Código Penal, que el legislador estableció aquí un tipo atenuado autónomo respecto del inciso primero, sancionando con una pena inferior la injerencia en profesiones cuyo ejercicio exija un título oficial no académico. Es decir que el legislador ha querido extender expresamente la protección penal más allá de la injerencia en profesiones cuyo ejercicio requiere titulación académica. Esta interpretación es la que se deduce del sentido propio de las palabras de la Ley, y también de los antecedentes del debate legislativo.

Tercero.—Pero esta interpretación parece chocar con los criterios expresados con anterioridad por el Tribunal Constitucional sobre el delito de intrusismo definido en el art. 321 del anterior Código Penal.

En efecto la sobreaundante doctrina del Tribunal Constitucional sobre el delito de intrusismo definido en el art. 321.1.º del anterior Código Penal, sentada en la STC 111/1993, de 25 de marzo, y seguida por numerosas resoluciones que aplicaron la misma doctrina (...) estimó que el término “título oficial” a que se refería el art. 321.1 CP no podía ser entendido sino como “título académico oficial”. Por ello la interpretación de dicho artículo que admitía la sanción como delito de intrusismo de injerencias en profesiones que exigiesen “título oficial”, como decía el artículo, pero no “título académico oficial”, **vulneraba frontalmente el principio de legalidad penal** y constituía un caso de extensión “in malam partem” del alcance del tipo a supuestos que no podían considerarse incluidos en él.

Esta doctrina se apoyaba básicamente en la forma en que se gestó la referida norma. Fue introducida en la revisión del Código Penal operada por Decreto de 24 enero de 1963, en virtud de la autorización conferida a tal efecto por la Ley de Bases 79/1961, de 23 diciembre y, en concreto, por su base 5.ª, que expresaba que el art. 321 sería modificado “conforme a las exigencias actuales para lograr una mayor eficacia en la represión del intrusismo, castigando a los que, sin poseer condiciones legales para ello, ejercieran actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título académico oficial o reconocido por las Leyes del Estado o los Convenios Internacionales”.

De este precedente deduce el Tribunal Constitucional, con buen criterio, que, al omitirse en la redacción definitiva del art. 321.1.º el calificativo de “académico” que en la base 5.ª se unía indisolublemente al “título” cuya falta de posesión quería sancionarse, el precepto no respondía estrictamente al mandato establecido en la Ley de Bases. Teniendo en cuenta el superior rango normativo de esta Ley, el art. 321.1.º necesariamente tenía que quedar limitado a sancionar la realización de actos propios de una profesión cuyo ejercicio requiriese estar en posesión de un “título académico” y no sólo de un título oficial.

Cuarto.—Desde esta perspectiva el problema se encontraría resuelto con la redacción del art. 403 del nuevo Código Penal, pues dado el rango normativo y el origen directamente parlamentario de este nuevo texto, el legislador ha podido, con plena libertad, extender la protección penal del delito de intrusismo más allá de la injerencia en profesiones cuyo ejercicio requiere titulación académica, al no encontrarse ya limitado por el texto de la referida Ley de Bases. No habría, pues, vulneración del principio de legalidad por la aplicación del art. 403 párrafo primero inciso segundo del Código Penal de 1995, a la sanción penal de actividades desarrolladas con injerencia en el ámbito propio de una profesión por quienes no

estuvieren en posesión del título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, aun cuando dicho título no fuese académico.

Pero la cuestión no resulta tan sencilla porque el Tribunal Constitucional, al analizar este problema, no se limitó a apreciar la vulneración del principio de legalidad en función de la extralimitación del art. 321.1.º del anterior Código Penal respecto de la Ley de Bases, sino que, con pretensión de generalidad, también declaró contrario al **principio constitucional de proporcionalidad** entre el injusto y la pena, en relación con el reconocimiento a la libre elección de profesión u oficio que establece el art. 35 de la Constitución, dispensar la intensa protección penal del art. 321 del Código Penal de 1973 frente a injerencias en profesiones que, **precisamente por no requerir un título académico oficial, no afectan a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional** —como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad—, pues en tales casos estima que “bastaría con la mera imposición de una sanción administrativa” (STC 111/1993).

Quinto.—En la misma resolución y en otras posteriores hasta las recientes STC 142/1999, de 22 de julio y STC 174/2000, de 26 de junio, el Tribunal Constitucional, que en esta materia de intrusismo ha mostrado una posición muy activa, ha entrado también en la interpretación, más bien de legislación ordinaria, de lo que debe entenderse en cada caso por “título académico”. A estos efectos ha declarado que “lo verdaderamente relevante a efectos constitucionales no es si la profesión exige como uno más de entre los requisitos necesarios para ejercerla el disponer de un título universitario, sino si el título en sí de la profesión de que se trate es un título académico, para cuya obtención sea preciso haber superado estudios superiores específicos y que sea expedido por una autoridad académica”.

Esta posición ha sido doctrinalmente criticada. De un lado no parece sencillo hallar

en la Constitución un sustento directo de este monopolio de las autoridades académicas, en detrimento de las competencias de otros organismos públicos, para la expedición de títulos profesionales merecedores de tutela penal. Máxime en la actual sociedad de riesgo en la que existen numerosas fuentes de peligro que requieren un control profesional riguroso, ejercido por profesionales acreditados públicamente, pero no necesariamente por vía académica. De otro la experiencia acredita que ni todas las profesiones ejercidas con título académico afectan a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional —como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad— ni es difícil encontrar profesiones que requieren un título oficial, no académico, cuyo correcto ejercicio sí afecta de modo relevante a dichos bienes, pensemos por ejemplo en los controladores aéreos o los pilotos de líneas comerciales.

Sexto.—La referida doctrina constitucional determinó, en cualquier caso, que, tras la publicación del Código Penal de 1995 en el que el legislador diseñó expresamente un tipo penal atenuado para sancionar el intrusismo en profesiones requeridas de título oficial, no académico, subsistiese la duda sobre la concurrencia en el nuevo art. 403 párrafo primero inciso segundo de un vicio de inconstitucionalidad por afectación al principio de proporcionalidad. Ello ha llevado a la doctrina y a la práctica jurisdiccional a esperar expectantes los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta materia, posteriores a la publicación del Nuevo Código. Cabe imaginar que la nueva protección penal, menos intensa que la del art. 321.1.º del CP 1973 (pena atenuada de multa frente a la pena de prisión menor del texto legal anterior) y dotada de una cobertura legislativa renovada, pudiera superar la objeción de falta de proporcionalidad, **al menos respecto de aquellas profesiones cuyo ejercicio sin el título oficial que acredite la capacitación pudiese afectar a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional.**

Aún cuando el Tribunal Constitucional ha continuado dictando sentencias sobre la materia con posterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 (SSTC 130/1997, de 15 de julio, 219/1997, de 4 de diciembre, o 142/1999, de 22 de julio), en ellas se ha limitado a reiterar de forma prácticamente literal su doctrina anterior, sin referirse en absoluto a la modificación operada por vía legislativa. Ello ha sido posible porque estas resoluciones, en las que por lo general se concedía el amparo, se referían a supuestos en los que se había hecho aplicación del Código Penal anterior.

En la STC 174/2000, de 26 de junio, el Tribunal Constitucional se enfrentó a un recurso de amparo en el que la condena por intrusismo se había dictado ya conforme al nuevo Código, pero aplicando el inciso primero (título académico) a una profesión que en realidad sólo requería título oficial. El Tribunal Constitucional reiteró su doctrina tradicional sin referencia alguna a la influencia sobre la misma de la modificación operada por el nuevo texto penal aplicado. En consecuencia no se pronunció sobre la eventual constitucionalidad del inciso segundo o sobre el hecho de que, al menos desde la perspectiva del principio de legalidad, existía una nueva cobertura para la sanción penal de estas conductas.

Por otra parte la pena prevenida para este tipo delictivo (simple multa) determina que las sentencias dictadas no tengan ordinariamente acceso a la casación al corresponder la competencia para el enjuiciamiento a los Juzgados de lo Penal (el presente recurso tiene su origen en el hecho de que se formuló conjuntamente acusación por otro tipo delictivo, lo que determinó la competencia de la Audiencia Provincial). Con ello se dio lugar a una diversidad de criterios en los Tribunales de apelación.

Finalmente diversos órganos jurisdiccionales plantearon directamente ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del párrafo primero del art. 403 del Código Penal de 1995, “al poder ser contrario al principio

de proporcionalidad contenido en el art. 9.3 de la Constitución” (Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4162/98, entre otras). Por Auto de 12 de diciembre de 2000, el Tribunal Constitucional declaró terminado el proceso constitucional derivado de la Cuestión 4162/98, por desaparición sobrevenida de objeto, como consecuencia de la entrada en vigor del art. 3.º del Real Decreto-Ley 4/2000 que suprime la necesidad de título oficial habilitante para ejercer las funciones propias de la profesión de los agentes de la propiedad inmobiliaria, inadmitiéndose por Auto de la misma fecha la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1282/2000, que tenía el mismo objeto.

Séptimo.—Como se señalará finalmente la entrada en vigor del citado art. 3.º del Real Decreto-Ley 4/2000 debe determinar también la estimación del presente recurso.

Pero antes deben efectuarse algunas consideraciones sobre la aplicación del citado inciso segundo del párrafo primero del art. 403 del Código Penal de 1995, dado que, como se ha señalado, son escasos los supuestos en que este tipo delictivo tiene acceso a la casación y este Tribunal no puede desconocer su función unificadora en la interpretación del ordenamiento penal.

Se ha propuesto una tesis, doctrinalmente minoritaria, que pretende solventar el problema interpretativo destinando este inciso segundo a sancionar los supuestos en los cuales, para el ejercicio de una profesión determinada, no basta la titulación académica sino que se precisa una titulación oficial adicional que acredite conocimientos específicos y habilite para dicho ejercicio (así el título de médico especialista respecto del título académico de licenciado en medicina y cirugía). Esta interpretación resulta sugerente pero en realidad desconoce la génesis legislativa del precepto, va más allá del sentido literal de la norma y puede generar una nueva aplicación extensiva “in malam partem” de la intervención penal al amplio mundo de las especialidades profesionales que no parece fuese contemplado por el le-

gisador como destinatario de esta modalidad delictiva. Sin garantizar, por otra parte, que determinadas actividades profesionales, no necesariamente académicas, que inciden en los bienes individuales más relevantes de los ciudadanos, se ejercitan por aquellas personas que poseen reconocidamente los conocimientos necesarios.

Descartando en consecuencia esta interpretación, y en tanto no exista pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre su constitucionalidad, la aplicación del citado inciso segundo del párrafo primero del art. 403 del Código Penal de 1995 debe aceptar que efectivamente el legislador de 1995 quiso ampliar el ámbito de lo punible en materia del delito de intrusismo, prohibiendo bajo pena la realización de determinadas actividades sin poseer título académico (inciso primero) u oficial (inciso segundo) y renovando con ello la configuración penal del tipo, respetándose con ello el mandato constitucional que sujeta a los Jueces y Tribunales al “imperio de la Ley” (art. 117 CE).

Octavo.—Pero seguidamente ha de cumplirse asimismo el mandato contenido en el artículo 5.1.º de la L.O.P.J. e interpretar el nuevo tipo conforme a la doctrina constitucional, lo que significa: a) restringir la aplicación del tipo atenuado del inciso segundo a supuestos en que el intrusismo se produzca en profesiones que requieran una especial capacitación de la que dependan bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional, como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad (STC 111/1993, de 25 de marzo, y concordantes), b) excluir radicalmente su aplicación en aquellas profesiones en las que ya existe pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional afirmando que no se observa en el ejercicio genérico de la misma un interés público esencial que en el juicio de proporcionalidad le haga merecedor de tan alto grado de protección como la dispensada a través del sistema penal de sanciones; esto excluye de la sanción penal el supuesto aquí enjuiciado de los agentes de la propiedad inmobiliaria, con-

forme a una reiteradísima doctrina constitucional, así como las funciones propias de los Gestores Administrativos conforme a las SSTC 130/1997, de 15 de julio, 219/1997, de 4 de diciembre, 142/1999, de 22 de julio y 174/2000, de 26 de junio, c) interpretar el precepto atendiendo esencialmente al bien jurídico protegido, la apariencia de verdad que poseen determinados títulos y que constituye mecanismo necesario y esencial para garantizar a los ciudadanos la capacitación de determinados profesionales. Bien jurídico de carácter colectivo y no individual, cuya lesión afecta a la sociedad y no a particulares intereses patrimoniales individuales o de grupo, como pueden ser los miembros de un colectivo profesional. Es el interés público el único que puede fundamentar y legitimar cualquier restricción penal al acceso a una profesión mediante la exigencia de un título oficial, académico o no.

En consecuencia procede la estimación del recurso interpuesto, aun sin necesidad de aplicar retroactivamente el citado art. 3.º del Real Decreto-Ley 4/2000, pues por aplicación directa de la doctrina expresada del Tribunal Constitucional, el ejercicio sin título de la profesión de agente de la propiedad inmobiliaria, o de la de gestor administrativo, no justifica la imposición de una sanción penal.

Noveno.—En cualquier caso ha de señalarse que el pasado año entró en vigor el Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, cuyo art. 3.º dispone expresamente que “las actividades enumeradas en el art. 1.º del Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta General, podrán ser ejercidas libremente sin necesidad de estar en posesión de título alguno ni de pertenecer a ningún Colegio Oficial”.

En la exposición de motivos de la norma se justifica esta disposición expresando que “el Real Decreto-Ley pretende clarificar la

situación actual del ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria que se encuentra afectada por la falta de una jurisprudencia unánime que reconozca que dicha actividad no está reservada a ningún colectivo singular de profesionales”.

Las actividades enumeradas como propias de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria en el citado artículo 1.º del Decreto 3248/1969 son la compraventa y permuta de fincas rústicas y urbanas, los préstamos con garantía hipotecaria sobre fincas rústicas y urbanas, los arrendamientos rústicos y urbanos y traspasos de estos últimos, así como la evacuación de consultas y dictámenes que le

sean solicitados sobre el valor de la venta, cesión o traspaso de los bienes inmuebles enumerados.

En consecuencia en el momento actual realizar actos de mediación y corretaje en patrimonio de terceros en el ámbito inmobiliario no requiere titulación alguna, por lo que la realización de dichas actividades, aun habitualmente, no puede integrar un delito de intrusismo. Es claro que esta norma administrativa, que complementa el tipo penal, es de aplicación retroactiva en lo que favorezca al reo (art. 2 2.º del CP de 1995 y sentencia de 6 de noviembre de 2000, entre otras).

Sentencia 1574/2001, Sala de lo Penal del TS, de 14 de noviembre de 2001

SENTENCIA EN CAUSA CON JURADO.

Art. 846 bis.c) apartado a) LECrim.

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

SÍNTESIS

La Sala casa la sentencia dictada en apelación por el TSJ anulatoria de la condenatoria recaída en causa con Jurado, pronunciándose sobre las siguientes cuestiones: expone la doctrina general sobre el motivo de apelación del apartado a) del art. 846 bis.c) de la LECrim.; declara la improcedencia del reenvío cuando se estime un motivo de infracción de ley que deje sin efecto la anulación previa del TSJ, siguiendo la solución adoptada en la STS 1618/2000 (reproducida en el núm. 3 de esta Revista); afirma la necesidad de que en previsión de esta hipótesis las partes replanteen en casación al recurrir la sentencia anulatoria del TSJ los motivos de apelación que consideren subsistentes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La sentencia impugnada, pronunciada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, estima el

recurso de apelación interpuesto contra sentencia condenatoria por delito de homicidio dictada por el Tribunal del Jurado, y ordena devolver la causa a la Audiencia Provincial de Barcelona, para la celebración de nuevo

juicio. El motivo de apelación que dio lugar a la nulidad fue el prevenido en el apartado a) del art. 846 bis.c) de la Lecrim.: que en el procedimiento o en la sentencia se haya incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión, si se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación.

El quebrantamiento normativo consistió en la denegación por el Magistrado-Presidente de la solicitud de la defensa para que en el objeto del veredicto se incluyese una adición fáctica referida a que entre el acusado y la víctima existía una relación fría, por disparidad de carácter entre ellos, y que “simplemente convivían en paz en la vivienda común aunque sin relación afectiva o de comunicación entre ellos”. La adición se solicitó por la defensa por entender que si se declaraba probada por el Jurado en el plano fáctico esta ausencia de afectividad entre el acusado y su víctima con ello quedaría excluida en el plano jurídico la agravante de parentesco, expresando que “la jurisprudencia para apreciar la agravante de parentesco por afinidad requiere la existencia de efectivo afecto”. La denegación del Magistrado-Presidente se motivó expresamente señalando que la doctrina jurisprudencial en que decía apoyarse la solicitud no era correcta y que podía producir confusión en el Jurado.

Segundo.—El único motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, por infracción de precepto constitucional, denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1.º de la Constitución Española. El Ministerio Público deriva dicha vulneración del hecho de que la sentencia de apelación ha anulado indebidamente una sentencia correctamente dictada por el Tribunal del Jurado, impidiendo la efectividad de esta resolución judicial.

(...)

Tercero.—El recurso debe ser estimado por las razones expuestas por el Ministerio Fiscal. En primer lugar la decisión del Ma-

gistrado-Presidente fue correcta, pues conforme a nuestra doctrina jurisprudencial la adición propuesta por la defensa era irrelevante y podía introducir confusión. En segundo lugar, aun cuando se sostuviese la relevancia de la precisión fáctica propuesta, la denegación no habría producido indefensión, pues la ausencia de un pronunciamiento sobre la misma no impide cuestionar en vía de recurso la concurrencia de la agravante, y el efecto que este cuestionamiento podría originar es la desestimación de la agravante por falta de base fáctica suficiente, pero no la anulación de todo el juicio para reiterar otro en el que la función del Jurado se limitase prácticamente a pronunciarse sobre una cuestión secundaria.

(...)

Sexto.—(...) Ello nos conduce a realizar algunas precisiones sobre la apreciación del motivo de apelación prevenido en el apartado a) del art. 846 bis.c) de la Lecrim, cuando la infracción denunciada sólo puede incidir sobre una circunstancia de agravación.

Ha de tenerse en cuenta que la estimación de este motivo de recurso conlleva la anulación del juicio y su íntegra repetición ante un nuevo jurado. La anulación determina que el nuevo Jurado deba pronunciarse sobre la totalidad de las cuestiones suscitadas, con posibilidad de que la nueva sentencia resulte incluso más gravosa para el recurrente: por ejemplo en el caso actual un nuevo juicio podría determinar una condena por asesinato y no por simple homicidio. Por ello la estimación de este motivo debe producirse en supuestos muy excepcionales, como expresa la propia norma legal, pues no es suficiente con que el Tribunal de Apelación haya apreciado alguna infracción de las normas y garantías procesales sino que es imprescindible que dicha infracción haya ocasionado indefensión.

Séptimo.—Esta indefensión, concebida como la denegación de la tutela judicial en su conjunto y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24.2 de la Constitución

Española, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. (...)

Por ello en materia de redacción del objeto del veredicto, cuestión de suma complejidad y trascendencia en la que el Legislador ha atribuido la responsabilidad final al Magistrado-Presidente, no puede ser suficiente para determinar la anulación del juicio una mera discrepancia de criterio del Tribunal de Apelación con el Magistrado-Presidente sobre si debió o no admitir una modificación propuesta por las partes. En el caso actual la decisión del Magistrado-Presidente fue claramente la correcta, pero como es lo cierto que puede depender de una multiplicidad de factores, entre otros, como aquí ha sucedido, la interpretación que se mantenga sobre una determinada doctrina jurisprudencial, aun cuando la decisión del Magistrado-Presidente hubiese sido discutible o incluso incorrecta, la anulación del juicio solamente procedería si afectase a un elemento relevante de la sentencia que no pudiese ser impugnado en otra forma.

Cuando la cuestión no afecte a la participación delictiva del recurrente ni tampoco a la calificación del hecho, sino a la eventual concurrencia de una agravante la ausencia de un pronunciamiento sobre algún elemento fáctico accidental no impide cuestionar en vía de recurso la concurrencia de la agravante alegando falta de base fáctica suficiente, y el efecto que este cuestionamiento podría originar es la desestimación de la agravante por falta del sustento fáctico necesario, pero no la anulación de todo el juicio para reiterar otro en el que la función del Jurado se limitase prácticamente a pronunciarse sobre una cuestión secundaria.

En el caso actual es claro la manifiesta desproporción e incluso absurdo de que el juicio debiera repetirse íntegramente, con nuevo Jurado y posibilidad de nueva sentencia incluso más gravosa para el recurrente, no para que el Jurado se pronunciase sobre

la autoría del homicidio o incluso sobre la concurrencia de los elementos fácticos determinantes de la calificación del hecho como homicidio o asesinato, sino únicamente para añadir al veredicto anterior su opinión sobre una cuestión tan secundaria e íntima como lo es si la relación previa entre el homicida y su víctima era más o menos “fría” o más o menos “afectiva”.

(...)

Octavo.—En este orden de cosas, hemos acordado la estimación del motivo y consecuentemente la validez del enjuiciamiento ante el Tribunal de Jurado, abriéndose una doble posibilidad. Primera, el reenvío al Tribunal Superior de Justicia para que, acordada la validez del juicio del Tribunal de Jurado, resuelva otras impugnaciones que le fueran planteadas en la apelación. En segundo lugar, resolver el objeto del recurso, consecuentemente, lo que ha sido sometido al conocimiento de esta Sala, es decir, la declaración de nulidad que fue acordada por la Sentencia de la apelación y recurrida ante esta Sala.

Esta segunda alternativa es la que debemos acoger, siguiendo el precedente de la referida sentencia núm. 1618/2000, de 19 de octubre. En primer lugar, porque cualquiera de las soluciones que adoptemos ha de procurar la resolución del conflicto que comporta todo enjuiciamiento en un plazo razonable, lo que no se alcanzaría si propiciáramos el reenvío de la decisión al Tribunal de Apelación con posterior impugnación casacional (...)

En segundo lugar porque legalmente la técnica del reenvío sólo se establece en nuestro ordenamiento procesal para los supuestos en los que se declara en casación la existencia de un vicio “in procedendo”, un quebrantamiento de forma, que no es el caso del fallo de este recurso de casación, que en realidad estima un motivo por infracción de ley. Ha de recordarse que un vicio procesal “in iudicando” cuya consecuencia es la nulidad del enjuiciamiento y su repetición, se transforma en una infracción de ley cuando

es recurrida en casación la sentencia que lo aprecia, pues en dicho recurso se comprueba si la norma en cuya virtud se acuerda la nulidad ha sido, o no, correctamente aplicada.

El recurso de casación penal contra una sentencia dictada en apelación en materia de la competencia del Tribunal del Jurado, trasladada, por tanto, el enjuiciamiento en vía de recurso al Tribunal Casacional, incluidos los errores “in iudicando” que sean replanteados por las partes ante el Tribunal de Casación y que deben ser resueltos por esta Sala cuando le hayan sido efectivamente planteados, poniendo fin definitivamente a la cuestión deducida ante el Poder Judicial en el que esta Sala constituye el órgano jurisdiccional superior en el orden penal (art. 123 CE). Si dichos motivos de recurso no se replantean ante el Tribunal de Casación, ha de entenderse que la parte recurrente renuncia a ellos, pues no es posible legalmente ni razonable en la práctica, remitir su resolución a otro ulterior pronunciamiento del Tribunal de apelación.

El objeto de la impugnación casacional se concreta, por tanto, en el contenido de los escritos de formalización y de impugnación en los que las partes pueden, y deben, expresar, respectivamente sus discrepancias con la Sentencia recurrida y, en su caso, reproducir ante esta Sala la disensión que en su día se articuló a través de la apelación, en previsión de una hipotética estimación del recurso planteado frente a una nulidad declarada. Así, de esta manera, satisfharemos los derechos e intereses de las partes en el enjuiciamiento y la necesidad de resolver definitivamente el objeto del proceso en un plazo razonable por los órganos jurisdiccionales del orden penal en el que, como se dijo, se integra esta Sala como órgano jurisdiccional superior.

En el supuesto de la presente impugnación, la formalización insta a que declaremos que el juicio ante el Tribunal de Jurado fue correctamente celebrado, que no concurre la causa de nulidad que declaró el Tribunal Superior de Justicia en la apelación, y que consecuentemente declaremos válido el enjuiciamiento realizado.

Sentencia 2153/2001, Sala de lo Penal del TS, de 15 de noviembre de 2001

OMISIÓN DE PRONUNCIAMIENTO DEL JURADO SOBRE PROPOSICIÓN DE INDULTO.

Arts. 52.2 y 63.1 LOTJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio**

SÍNTESIS

La omisión de respuesta por parte del Jurado a la proposición de indulto, no es causa de devolución del veredicto habida cuenta, entre otros extremos, del carácter potestativo que su proposición tiene para el Magistrado-presidente y de la falta de carácter vinculante del veredicto en lo relativo a este extremo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

3. La doctrina ha señalado el carácter potestativo, para el Magistrado-Presidente, del apartado 2 del art. 52 de la LOTJ para recabar el criterio del Jurado sobre aplicación de los beneficios de la remisión condicional (salvo cuando proceda por ministerio de la Ley conforme al art. 94 del CP de 1973) y sobre la solicitud de indulto. Por lo que a éste se refiere se ha subrayado que queda al arbitrio del Magistrado-Presidente la decisión de incluirlo en el objeto del veredicto y que la Ley, en caso de omisión del Jurado, no ha previsto expresamente que sea causa de su devolución, pues no se trata propiamente ni de una declaración de hechos ni de una declaración de culpabilidad aunque se incluya, con desafortunada técnica, en el mismo epígrafe c) del art. 61.1 de la LOTJ, que se refiere al pronunciamiento del Jurado sobre la culpabilidad o no culpabilidad del acusado.

4. Esta Sala ha destacado la significativa modificación del texto original del art. 52.2 de la LOTJ 5/1995, de 22 de mayo, por la LO 8/1995, de 16 de noviembre, en un supuesto próximo al aquí contemplado, en el que se impugnaba la decisión del Magistrado-Presidente de no proponer un indulto parcial en contra del criterio favorable de seis de los Jurados, destacando también la singularidad de la votación para que se solicite el indulto y la no inclusión de la misma en las causas de devolución del veredicto. La sentencia 1458/1998, de 27 de noviembre, estableció que aun cuando el criterio del Jurado sobre la petición de indulto deba fijarse a través de la preceptiva votación (art. 60.3 LOTJ) y aparezca consignado en el correspondiente apartado del Acta [art. 61.c).2.º LOTJ], tales prescripciones no integran el contenido esencial del veredicto, como se postulaba en aquel recurso, como decisión que vincula al Magistrado-Presidente, que sólo está ineludiblemente ligado

al pronunciamiento del Jurado acerca de los hechos y sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado.

(...)

En este sentido la sentencia añade que no cabe extender la naturaleza vinculante del veredicto al criterio del Jurado sobre la aplicación de los beneficios de la remisión condicional y la petición de indulto basándose, “de un lado, en que la modificación del texto normativo del citado art. 52.2.º, en el que se sustituyó el vocablo ‘someterá’ por el de ‘recabará’, expresa una voluntad legislativa de que lo que, en principio, era un imperativo mandato, quede reducido a una mera consulta para conocer el criterio del Jurado y, por otro, la especificidad del régimen de votación —reduciendo siempre a cinco el número de votos— sobre tales cuestiones (art. 60.3.º de la referida Ley Orgánica) y el hecho de que la ausencia de pronunciamiento sobre las mismas no constituye causa de devolución (art. 63.1.º del Texto Legal citado), (...)

5. En el caso ahora enjuiciado es significativo que la defensa, en el trámite del art. 53 de la LOTJ, no solicitó al Magistrado-Presidente que se incluyera la petición de indulto en el veredicto. Fue el propio Magistrado-Presidente el que así lo acordó, por propia iniciativa, en cumplimiento del art. 52.2 de la LOTJ, como antes se dijo. Leído el veredicto el Ministerio Fiscal, el acusador particular y la defensa, tras sus respectivos informes sobre la pena a imponer, manifestaron su postura favorable a la suspensión condicional de la pena pero ninguno de los tres, incluida la defensa, nada alegaron sobre el indulto omitido en el veredicto y fue también en ese momento cuando es, otra vez, el Magistrado-Presidente el que hizo constar la omisión producida lo que determinó entonces la “protesta” de la defensa. No es de extrañar que si el Magistrado-Presidente, no estaba vinculado por el veredicto del Jurado para incluir la solicitud de indulto en la sen-

tencia —aunque el Jurado lo hubiera propuesto expresamente— no se considerara obligado a hacerlo cuando nada al respecto se había dicho por el Jurado, teniendo en cuenta, por otra parte, que se había producido unanimidad, positiva y expresa, en que se incluyera la remisión de la pena en la sentencia, como así se hizo. Postular, ahora, nada

menos que la nulidad del acto del juicio oral, devolviendo la causa al Tribunal del Jurado para la celebración de nuevo juicio, es una pretensión creadora de injustificadas y perjudiciales dilaciones, tanto más cuando la omisión denunciada no le produjo indefensión al recurrente ni vulneró su derecho fundamental a la tutela judicial.

Sentencia 2184/2001, Sala de lo Penal del TS, de 23 de noviembre de 2001

DILIGENCIA POLICIAL Y PRUEBA PRECONSTITUIDA.

Arts. 282, 334 y 336 LECrim.

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

SÍNTESIS

La errónea consideración como prueba preconstituida de lo que era una mera diligencia policial (recogida de muestras por agentes del SEPRO-NA para su posterior análisis pericial) condujo a que el Tribunal de instancia exigiera a ésta unos requisitos innecesarios y a que dejara de valorar la prueba pericial y testifical practicadas. La Sala estima el recurso del Fiscal anulando la sentencia impugnada y el juicio celebrado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El primer motivo del recurso del Ministerio Fiscal se articula por infracción de ley del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.º número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva, al proceso debido y a la utilización de los medios de prueba idóneos, dere-

chos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española.

Afirma en primer lugar el Ministerio Fiscal su legitimación para invocar la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva pues como recuerdan, entre otras, las sentencias de esta Sala números 1455/1997 y 1641/1998, (esta última precisamente en materia delitos contra el medio ambiente), el Fiscal representa la sociedad y defiende sus intereses y en el ejercicio de

sus derechos e intereses se le deben reconocer los mismos derechos procesales que las demás partes.

El Ministerio Fiscal formuló su acusación contra todos los acusados basándose, fundamentalmente, en la diligencia de inspección y recogida de muestras de las aguas residuales evacuadas desde las factorías de los acusados, así como de las muestras de las aguas del cauce del río Ripoll antes de recibir aquéllas y después, producida ya la correspondiente dilución, realizando dicha actuación una dotación del Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil (SEPRONA). Igualmente se fundamentó dicha acusación en el análisis posterior de las muestras recogidas en esa diligencia, verificándose dicha pericia por los laboratorios oficiales del Instituto Nacional de Toxicología y de la Sociedad General de Aguas de Barcelona así como en el informe que emitió el Servicio de Medio Ambiente del Instituto Nacional de Toxicología relativo al grave riesgo ambiental producido por aquellos vertidos.

En el acto del juicio oral comparecieron y declararon, a propuesta del Ministerio Fiscal, los agentes de la Guardia Civil que practicaron dicha diligencia, los analistas de los referidos laboratorios y la perito que emitió el citado dictamen o informe sobre el riesgo ambiental, ratificando, ampliando y sometiendo a plena contradicción procesal su actuación o valoración.

Tercero.—(...) la tesis central de la sentencia recurrida para la anulación de la prueba consiste en que la Sala sentenciadora estima que la recogida de las muestras de los vertidos por los servicios del Seprona para su análisis por los Laboratorios oficiales constituye una *prueba preconstituida*, por lo que dicha toma de muestras debió practicarse en condiciones similares de contradicción a las exigibles para la práctica de la prueba en el procedimiento judicial, lo que no se hizo en este caso, por lo que se vulneró el principio de contradicción, originando indefensión a los acusados.

Esta indefensión procede, esencialmente, de que no se informó expresamente a los representantes de las empresas en esta diligencia policial inicial de toma de muestras de la existencia de una investigación preprocesal por la posible comisión de un delito contra el medio ambiente y tampoco de los parámetros concretos que iban a ser analizados por los laboratorios, aun cuando estos datos sí fueron conocidos por los acusados desde el primer momento de su imputación judicial.

El criterio del Tribunal sentenciador no puede compartirse, pues en realidad **la acusación no se fundamenta en una prueba preconstituida sino en una prueba pericial y testifical sobreabundante, legalmente practicada con las debidas garantías en el acto del juicio oral**, que constituye una prueba en sentido propio, regularmente celebrada, que ha sido sometida en el juicio a la debida contradicción, y que puede ser valorada de modo directo, con inmediación, por lo que no constituye una prueba ilícita sino que es plenamente válida para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia.

(...)

Quinto.—(...) En primer lugar la recogida de las muestras de los vertidos por los servicios del Seprona para su análisis por los Laboratorios oficiales no constituye una prueba preconstituida, por lo que dicha toma de muestras no necesitaba practicarse en condiciones similares de contradicción a las exigibles para la práctica de la prueba en el procedimiento judicial.

La norma analógicamente aplicable a esta actuación policial preprocesal, y con independencia de la normativa administrativa que disciplina específicamente estas actuaciones, es la de la recogida u ocupación de los efectos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y que se encontrasen en el lugar en que éste se cometió, en sus inmediaciones o en poder del reo (arts. 334 y 336 de la LECriminal), **que únicamente exige que se extienda un acta o diligencia expresiva del lugar, tiempo y oca-**

sión en que se encontraron, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo, diligencia que será firmada por la persona en cuyo poder fuesen hallados, notificándose a la misma el auto en que se mande recogerlos, obviamente si se hubiese dictado previamente, pudiendo acordarse el reconocimiento pericial de los referidos efectos si fuera conveniente

Como ha señalado reiteradamente la doctrina jurisprudencial (STS 30 de mayo de 2000, núm. 996/2000, por todas), estas diligencias pueden practicarse a prevención por la propia policía judicial, tal y como se establece en el art. 282 de la LECriminal que autoriza expresamente a la policía judicial a “recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiese peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad Judicial”.

Los preceptos de la LECriminal relativos a la recogida de pruebas materiales de la realización del delito en el lugar de los hechos (art. 326, inspección ocular; 334, cuerpo del delito, etc.), deben ponerse en relación con los arts. 282 y 286.2.º de la misma ley y con el Real Decreto 769/1987, de 17 de junio, regulador de las funciones de la Policía Judicial, de cuya combinada aplicación se deduce la interpretación racional y actualizada de la norma en el sentido de que la labor especializada de búsqueda y ocupación de vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito en el lugar de los hechos compete al personal técnico especializado de la Policía Judicial, bajo la superior dirección del Juez Instructor cuando estén incoadas diligencias penales, pero sin necesidad de su intervención personal. (Sentencias 267/1999, de 24 de febrero, 715/2000, de 27 de abril y núm. 873/2001, de 18 de mayo.)

En el caso actual se extendió un acta o diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se tomaron las muestras, describiéndolas minuciosamente así como las circunstancias de su hallazgo, acta que fue fir-

mada por una persona responsable de la empresa causante de los vertidos, por lo que se han cumplido los requisitos legales indispensables de la recogida de muestras o vestigios, desde la perspectiva del carácter meramente policial que tiene esta diligencia, y sin perjuicio de su necesaria acreditación en el juicio mediante comparecencia personal de los agentes policiales.

Sexto.—En segundo lugar el hecho de que a los interesados se les comunique o no expresamente en esta actuación policial previa que la toma de muestras estaba destinada a la investigación y prueba de un presunto delito ambiental no constituye infracción legal alguna pues en este inicial momento de la investigación policial preprocesal no está legalmente prevista dicha específica información, máxime cuando las muestras pueden estar igualmente destinadas a la investigación de una infracción administrativa ambiental, no necesariamente penal. Sólo si los resultados obtenidos ponen de manifiesto una infracción de suficiente entidad para poder perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, la diligencia policial puede servir de base a una denuncia o querrela penal, en otro caso la infracción será meramente administrativa.

Pero fundamentalmente no puede derivarse de esta supuesta omisión indefensión alguna pues es manifiesto que la toma de muestras de unos vertidos industriales por los agentes del Seprona de la Guardia Civil tiene como obvia finalidad la investigación o acreditación de una infracción medioambiental, delictiva o no según la gravedad que resulte del análisis de los vertidos. Y decimos, además, omisión “supuesta”, pues los agentes comparecientes en el juicio declararon bajo juramento que se informó verbalmente a los intervinientes del dato absolutamente obvio de que del resultado de los análisis podía derivarse una denuncia por delito ecológico. En cualquier caso, al comienzo del proceso penal, cuando los implicados declararon en calidad de imputados, fueron debidamente informados de los hechos que

se les imputaban, y en el momento procesal legalmente prevenido para ello, también de su calificación jurídica, que no compete realizar a los agentes policiales.

(...)

Séptimo.—En tercer lugar el hecho de que a los acusados se les informase o no expresamente por los agentes policiales de los parámetros concretos que iban a ser objeto de análisis tampoco determina vulneración constitucional alguna pues no corresponde a los agentes policiales proporcionar

esta información técnica, y por otra parte no puede alegarse indefensión, pues es indudable que dichos parámetros no podían ser otros que los establecidos en el Anexo al Título IV del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que los acusados, como responsables de actividades industriales contaminantes conocían forzosamente. En cualquier caso en cuanto comenzó el procedimiento penal los imputados tuvieron conocimiento completo de los dictámenes periciales, pudiendo impugnar razonadamente sus conclusiones, como así hicieron.

Sentencia 622/2001, Sala de lo Penal del TS, de 26 de noviembre de 2001

DILACIONES INDEBIDAS.

Art. 21.6.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri**

SÍNTESIS

Doctrina general sobre los efectos de las dilaciones indebidas, destacando el cambio de criterio de la Sala Segunda, desde su inicial consideración por la vía de la solicitud de indulto, al criterio actual, que entiende aplicable, como muy cualificada, la circunstancia atenuante analógica prevista en el art. 21.6.º del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se halla reconocido de forma expresa en el art. 24.2.º de la CE, y también en el art. 6.1.º del Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, y en el art. 14.3.c) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966. En dichos Tratados Internacionales, suscritos por el Estado español, y que lo vinculan por la vía

del art. 96 de la CE, se formula el derecho del acusado a que su causa se vea en un plazo razonable.

En cuanto a las condiciones para que se produzcan dilaciones indebidas, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que no basta que se rebasen los plazos procesales en las actuaciones, sino que es necesario que exista un retraso injustificado y de importancia en relación a la complejidad de la causa y desde luego no imputable al recurrente.

En cuanto a la forma de reparar la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ha sido doctrina de esta Sala y del Tribunal constitucional que el cauce para compensar la vulneración es el indulto, con las posibilidades de la suspensión de la ejecución de la pena mientras se tramitaba la solicitud de la medida de gracia según prevé el art. 4 ap. 4 del CP (dicha doctrina se reflejó en el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda de 29 de abril de 1997, en el que se llegó a la conclusión de que no había base legal para aplicar una atenuante al acusado, con apoyo en la vulneración de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 15 de julio de 1982, dictada en el caso *Eckle* ha admitido la compensación de la lesión sufrida en el derecho fundamental mediante una atenuación proporcional de la pena, y ha considerado que era una forma adecuada de reparar la vulneración del derecho del acusado a ser juzgado en un plazo razonable.

En el Pleno de esta Sala Segunda celebrado el 21 de mayo de 1999, se cambió el criterio del Pleno anterior, llegándose al acuerdo de que “la solución jurisdiccional a la lesión producida por la existencia de un proceso con dilaciones indebidas, era la de compensarla con la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación del art. 21.6 del CP”.

De conformidad con el criterio de dicho Pleno, la sentencia de esta Sala Segunda nú-

mero 934 de 1999, de 8 de junio, estimó correcta la aplicación de la atenuante analógica 10.ª del art. 9 del CP de 1973 y 6.ª del art. 21 del CP de 1995, para reparar las lesiones derivadas de las dilaciones indebidas en el proceso. Según la mencionada sentencia: a) Los Tribunales deben tener la capacidad de reparar la lesión de un derecho fundamental, por lo que desplazar tal facultad del ejecutivo resulta difícilmente compatible con la norma del art. 117 de la CE; b) Negar a los Tribunales competencia para reparar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas supondría recortar el derecho a la tutela judicial efectiva; c) El Legislador no ha dado una solución expresa a la cuestión en el nuevo Código Penal. Se considera en la citada sentencia 934 de 1999 que si la Ley compensa las pérdidas legítimamente ocasionadas por el Estado en el curso de un proceso penal, en los supuestos previstos en los arts. 58 y 49 del CP, es también evidente que con más razón debe proceder de la misma manera cuando la lesión jurídica no está justificada, por ejemplo, en el caso de las dilaciones indebidas del proceso.

La nueva doctrina se ha aceptado en las sentencias 1033/1999, de 25 de junio, 386/2000, de 13 de marzo, 112/2000, de 24 de junio y 46/2001, de 24 de enero, en la que se acordó que la atenuante analógica, para compensar las dilaciones indebidas, habría de imponerse como muy cualificada, para obtener un efecto reductor de la pena.

Sentencia 2217/2001, Sala de lo Penal del TS, de 26 de noviembre de 2001

JUICIO CON JURADO: IMPUGNACIÓN DE LA INADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

Arts. 1, 5 y 36 LOTJ; 676 y 846 bis.a) LECrim.

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

SÍNTESIS

Abierto el procedimiento por el cauce de la LOTJ, la impugnación de la decisión del Magistrado-presidente considerando aquél inadecuado ha de canalizarse a través del recurso de apelación ante el correspondiente TSJ y no directamente en casación ante el TS.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Es objeto de esta censura casacional el Auto de 10 de enero de 2001 dictado por el Magistrado-Presidente designado por el turno correspondiente (Sección 23.^a de la Audiencia Provincial de Madrid), dentro del procedimiento de la LOTJ 5/1995, por el que se acordó la inadecuación del procedimiento incoado por el Juzgado instructor que abrió el proceso penal por Tribunal del Jurado, instaurado en dicha Ley Orgánica, en atención a la entidad punitiva de los hechos enjuiciados (curso real de delitos, cuando uno de ellos no venga atribuido al conocimiento del Jurado), ordenando, de oficio, que las actuaciones se acomoden al trámite de sumario ordinario, “por cuyo procedimiento deberán continuar hasta el enjuiciamiento de los hechos por la Audiencia Provincial”. Frente a esta decisión, se concedió por el citado órgano judicial recurso de casación para ante esta Sala, (...)

Segundo.—Centrado así el debate, es obvio que la primera cuestión que debe analizarse es la viabilidad procesal de este recurso extraordinario de casación, al menos en su vertiente directa respecto a la decisión del Magistrado-Presidente de la Audiencia Provincial, (...)

La inadecuación del procedimiento ha de referirse a la viabilidad procesal del proceso que instaura la LOTJ, con relación a los demás previstos y definidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, particularmente el

sumario ordinario o el procedimiento penal abreviado (art. 14.3.^o y 4.^o) Tal cuestión, en consecuencia, estará ligada a la falta de vinculación de los hechos enjuiciados con el catálogo que se dispone en el art. 1.^o de la LOTJ, no siendo constitutivos de ninguno de ellos, o bien por la existencia de un concurso de delitos (ideal o real), o la concurrencia de conexidad procesal, que ha de resolverse por las reglas que se contienen en el art. 5.^o de la misma. Las partes pueden utilizar esta vía impugnativa relativa a la corrección del procedimiento previamente, en el escrito de solicitud de apertura del juicio oral (art. 29.5): (...) Pero también pueden indudablemente plantear esta cuestión sobre regularidad procesal del procedimiento ante el Tribunal del Jurado al personarse ante el órgano de enjuiciamiento, como una cuestión previa del art. 36 de la LOTJ. En tal caso, la tramitación del incidente se arreglará a lo dispuesto en los artículos 668 a 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 36.2 LOTJ), para los artículos de previo pronunciamiento (Título II del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Contra la decisión del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado relativa a esta cuestión de inadecuación del procedimiento, procede recurso de apelación, por disponerlo así el art. 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y particularmente, de modo expreso, el art. 846 bis.a) de la misma, con el siguiente tenor literal: “serán también apelables los autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que se

dicten resolviendo cuestiones a que se refiere el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, así como en los casos señalados en el artículo 676 de la presente Ley". El órgano "ad quem" es la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma, que se compondrá, para conocer de este recurso, por tres magistrados.

La claridad de esta norma viene reforzada por el Acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda de fecha 8 de mayo de 1998, si bien referido a los Autos dictados por las Audiencias resolutorias de las declinatorias y los que admitan las excepciones 2.ª, 3.ª y 4.ª del art. 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, analizando el art. 676 de la misma, modificado por la LO 5/1995. La Sala acordó que dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que la apelación que en él se contempla es únicamente admisible en el ámbito competencial que la LO 5/1995 atribuye al Jurado, y su decisión en este limitado campo corresponde al Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Fuera de ese ámbito procesal, el recurso que corresponde es el de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a través de lo dispuesto en el art. 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De manera que la apelación que instaura ese precepto de la ley procesal penal (art. 676) lo será cuando el procedimiento abierto sea el del Tribunal del Jurado (LO 5/1995), y de casación, cuando el procedimiento sea ordinario, entendido como de conocimiento por la Audiencia Provincial, constituida por tres magistrados sin la concurrencia del colegio popular. Esta interpretación viene impuesta por lo determinado en el art. 57.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y es coherente con lo preceptuado en el art. 25 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, calificando la redacción de la norma "sin duda de un error técnico del legislador", la Sentencia de esta Sala de 6 de julio de 1998.

De modo que abierto el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, la resolución

que dicte el Magistrado-Presidente resolviendo cualquiera de las cuestiones previstas en el art. 36 de la LO 5/1995, por el procedimiento diseñado por los artículos 668 a 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, será susceptible de ser recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal de la correspondiente Comunidad Autónoma, a través de las normas procesales que se contienen en los artículos 846 bis a) a bis f) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Resuelto así este tema, debemos hacer también otras consideraciones: a) que el Magistrado-Presidente puede, como así lo hizo en este caso, plantearse de oficio su propia competencia, incluyendo también dentro de dicho presupuesto procesal, la adecuación del concreto procedimiento para enjuiciar los hechos delictivos que fueron calificados provisionalmente por las partes intervinientes, considerando de oficio, como así ocurrió, que el procedimiento aplicable lo era a través de las normas procesales del sumario ordinario, con diferente órgano de enjuiciamiento, en el aspecto de su composición cualitativa (arts. 1, 8 y 19 LECrim. y 9 LOPJ); b) que bien haya sido objetado el procedimiento a instancia de parte, bien se deduzca la cuestión de oficio, su naturaleza procesal será la misma, y correlativamente, el órgano revisor de esta decisión no puede ser diferente, procediendo en consecuencia su conocimiento en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de la correspondiente Comunidad Autónoma; c) que es cierto que el Tribunal Supremo, como se expone en el Auto impugnado, ha resuelto cuestiones similares en otras ocasiones, directamente procedentes de resoluciones judiciales dimanantes de una Audiencia Provincial sin pasar por el filtro de dicha apelación, pero tales Sentencias se dictaron en el ámbito del procedimiento del sumario ordinario, cuestionándose la aplicación del enjuiciamiento a través de las normas de la LOTJ. Tal desdoblamiento no conculca derecho alguno, pero en todo caso es deseable que, por una u otra vía, la última decisión sea dictada por

esta Sala, creadora de jurisprudencia (art. 1.6 del Código civil), unificadora de doctrina legal (art. 123.1 CE) y que garantiza la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

(...)

Tercero.—Procede, en consecuencia, acogiendo la tesis del Ministerio fiscal en esta instancia, declarar la inadmisión del recurso de casación (art. 884.2.º LECrim.), lo que en este estadio procesal se traducirá en la desestimación del recurso interpuesto, pero

declarando que la inadmisión de esta impugnación casacional no supone la pérdida del derecho al recurso de apelación procedente, por lo que deberá instruirse a las partes del derecho a interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal de la correspondiente Comunidad Autónoma, conforme autoriza el art. 846 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y lo ordenado en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, junto al art. 2.º de la propia Ley Procesal Penal.

Sentencia 2220/2001, Sala de lo Penal del TS, de 26 de noviembre de 2001

COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL Y DEL JUZGADO CENTRAL DE MENORES.

Art. 65.6.º LOPJ; D. Transitoria LO 4/1988, de reforma de la LE-Crim.; D. Transitoria única 6.ª y D. Adicional 4.ª.2.a) LORPM.

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

SÍNTESIS

Se estima el recurso del Ministerio Fiscal anulando la sentencia de instancia de la Audiencia Provincial declarando la competencia de la Audiencia Nacional. No obstante, la minoría de edad de los autores de los hechos determina la remisión de las actuaciones al Ministerio Fiscal adscrito al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional para instrucción del procedimiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La atribución de la competencia a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se establece legalmente en función de la natura-

leza de determinados tipos delictivos, por medio de un listado de concretos delitos, entre los que se incluyen, además de los cometidos fuera del territorio nacional, los enumerados en el art. 65.1.º de la LOPJ. En el núm. 6.º del referido precepto se establece, de modo residual pero especialmente rele-

vante, que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional también será competente para conocer de “cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes”. Es en este supuesto en el que se encuentran las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de estos grupos o individuos, así como los delitos conexos con los anteriores, conforme a la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tercero.—Con arreglo a ello, la Sala de instancia debió declinar la competencia a favor de la Audiencia Nacional, al haber sido objeto de acusación (...) por el Ministerio Fiscal, en su calificación definitiva, como autores de un delito de tenencia de explosivos en relación con otro del art. 174 bis.b) del Código Penal de 1973, que se refiere a acciones realizadas por los integrantes o colaboradores de bandas armadas, por lo que la competencia debe ser atribuida a la Sala Penal de la Audiencia Nacional, ya que la última infracción es competencia exclusiva de este órgano jurisdiccional.

Como señalan las sentencias de esta Sala de 24 de marzo de 1992, 7 de diciembre de 2000 y 23 de mayo de 2001, núm. 922/2001, la competencia viene determinada por las pretensiones deducidas por las partes acusadoras en los escritos de calificación. Esta norma tiene su excepción en lo prevenido por el art. 793.8.º de la LECrim. para los supuestos de discrepancia entre las acusaciones, en los que la decisión sobre competencia corresponde al órgano jurisdiccional, excepción que no concurre en el presente caso.

Cuarto.—La estimación del recurso debe determinar la anulación de la sentencia de instancia, por quebrantamiento del derecho constitucional al juez predeterminado por la ley, que en este supuesto equivale a un quebrantamiento de forma. Ahora bien dicha decisión no implica en el caso presente la remisión de las actuaciones a la Audiencia Nacional, para su enjuiciamiento, pues una vez anulada la sentencia el proceso se retrotrae a una fase anterior a la de enjuiciamiento, lo que obliga a aplicar el punto Sexto de la Disposición Transitoria única de la LORRPM (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, modificada por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, ambas de 22 de diciembre), ya que los acusados eran menores de dieciocho años cuando cometieron los hechos.

Conforme a dicha disposición en los procedimientos penales en curso a la entrada en vigor de la Ley, en los que haya imputadas personas por la comisión de hechos delictivos cuando aún no hayan cumplido los dieciocho años, el Juez o Tribunal competente remitirá las actuaciones practicadas al Ministerio Fiscal para que instruya el procedimiento regulado en la misma.

(...)

En consecuencia la anulación de la sentencia impugnada conlleva la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, para que, una vez practicadas las anotaciones y actuaciones oportunas, las remita al Ministerio Fiscal adscrito al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, para que instruya el procedimiento regulado en la LORRPM [Disposición Adicional Cuarta.2.a) de la citada Ley].

Sentencia 2227/2001, Sala de lo Penal del TS, de 29 de noviembre de 2001

DELITO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LA FAUNA.

Art. 334 Código Penal

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

SÍNTESIS

La mera tenencia de especies amenazadas (el imputado se dedicaba a su cría) no está incluida entre las conductas típicas previstas en el art. 334 del CP, pero puede constituir un “acto de ejecución” que permita calificar el hecho como tentativa del mencionado delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) El legislador prevé tres acciones distintas: cazar o pescar, realizar actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, comerciar o traficar con ellas o con sus restos. Los recurrentes sostienen que la posesión preordenada al tráfico o que impida o dificulte la reproducción o migración de las especies amenazadas es incluíble en el precepto mencionado.

Dicha interpretación presenta ciertas dificultades derivadas de la observancia del principio de legalidad penal (artículo 25.1 C.E. y 1.1 y 2.1 C.P.): a) ante todo la tenencia como tal de especies amenazadas no está incluida en el precepto. Sin embargo, el legislador sí prevé la posesión como conducta típica en la Ley de Represión del Contrabando, 12/1995, de 12 de diciembre, posterior al vigente Código Penal. Así, se considera delito de contrabando en el artículo 2.1.f), realizar, sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos, operaciones de

importación, exportación, comercio, tenencia, o circulación de especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, y en el Reglamento (C.E.E.) número 3626/82, del Consejo, de 3 de diciembre de 1982, siempre que el valor de los bienes, mercancías, género o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas. Su justificación estaría en la previa introducción ilegal de la especie en territorio español, pero fijándose la conminación penal cuando el valor sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas, pues siendo inferior se aplicará la infracción administrativa. En cualquier caso, saliendo al paso de lo alegado por la acusación particular, dicha normativa especial no es aplicable puesto que no consta la introducción ilegal en España de las crías intervenidas; b) también en el Código Penal, cuando el legislador ha querido penar la tenencia o posesión autónomamente, así lo ha hecho. Ejemplo de ello son los artículos 348, a propósito de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas o asfixiantes, o el 371 que se refiere a equipos, materiales o sustancias

enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988, sobre tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Es más, el propio artículo 368 C.P. subordina expresamente la posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas a los fines descritos en el mismo (cultivo, elaboración o tráfico, ...); también el artículo 386 se refiere a la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución. Ello significa que la posesión o tenencia en sí misma no está prevista en el tipo descrito en el artículo 334, así como tampoco cabe deducir implícitamente, a los efectos de entender consumado el delito, su preordenación al tráfico por falta de descripción típica. El delito se consuma mediante los actos típicos de comercio o tráfico de las especies amenazadas; c) la realización de actividades que impidan o dificulten la reproducción o migración de aquéllas puede entrañar desde luego posesión de las mismas. Sin embargo, en el caso sería preciso que el relato fáctico consignase el sustrato de igual orden que permitiese deducir tal impedimento o dificultad teniendo en cuenta que se trata de actividades en relación con épocas o momentos determinados de la vida de las aves; d) la norma principal extrapenal de remisión de derecho interno del artículo 334 C.P., está constituida por la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre. Es cierto que su artículo 26 prohíbe la posesión, tráfico y comercio de ejemplares vivos o muertos o de sus restos, incluyendo el comercio exterior, en relación a los animales silvestres y especialmente los comprendidos en alguna de las categorías enunciadas en el artículo 29, como es el caso. Sin embargo, el legislador penal ha conminado el tráfico y comercio, pero no la posesión, y por ello no es posible integrar por esta vía el citado precepto pues se desbordaría el principio de legalidad, constituyendo dicha posesión, en su caso, una infracción administrativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, la tenencia o posesión no constituye acción típica a los efectos de la consumación del delito por el que se acusa, sin que tampoco, por lo ya apuntado, sea posible entender que su preordenación al tráfico equivalga a ello. Es necesario algo más para que exista tráfico o comercio, concretamente, traslado, transferencia o circulación de dicha posesión a terceros, lo que no sucede en el presente caso.

Siendo ello así, se trata de determinar si la señalada posesión por persona que profesionalmente se dedica a la cría de aves rapaces tiene o no relevancia penal desde el punto de vista de la fase ya externa de la ejecución del delito o si por el contrario dicha posesión es inocua a estos efectos. En síntesis, se plantea la cuestión relativa a la tentativa.

Ésta supone ya pasar de la fase preparatoria a la de ejecución, pues como señala el artículo 16.1 C.P. hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor, es decir: objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, la voluntad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, la ausencia de un desistimiento voluntario. Mientras que en relación con los actos preparatorios la regla general es la de su impunidad, cuando se ha pasado ya a la fase ejecutiva del delito el principio que opera es el de la punición de la tentativa con las excepciones señaladas en el artículo 15 C.P.

Desde luego la posesión descrita en el "factum" es indudable que forma ya parte de la acción típica y conlleva por sí sola una puesta en peligro del bien jurídico protegido. A este respecto debemos señalar que según el "factum" el acusado "carecía de la preceptiva autorización administrativa requerida en relación a los halcones que vola-

ban en su finca y alimentaba”. Se trata por ello de una posesión ilegal. El artículo 28 de la Ley 4/1989 establece que las prohibiciones del artículo 26.4, entre ellas la posesión, podrán quedar sin efecto, previa autorización administrativa del órgano competente, señalando a continuación las circunstancias que deben concurrir para ello, que se refieren a supuestos de perjuicios para la salud y seguridad de las personas, para las propias especies protegidas, para los cultivos, ganado,, necesidad por razón de investigación, educación, repoblación o reintroducción, o cuando se precise para la cría en cautividad o para prevenir accidentes para la seguridad aérea. Ninguna de estas justificaciones, evidentemente rigurosas, se suscitan en el presente caso. Si a ello añadimos la condición profesional de criador del acusa-

do, la inferencia no puede ser otra que la existencia del elemento subjetivo consistente en su voluntad de vender o traficar con los halcones intervenidos y si se cortó el desarrollo material de la acción hasta alcanzar la consumación no fue por otra razón que la intervención de los agentes de la Guardia Civil en la finca del ahora recurrido.

Cabría objetar que la presente posesión constituye por sí sola una infracción administrativa. Sin embargo, con independencia del principio general de punición de la tentativa, lo cierto es que la conducta del acusado en relación con la protección de la especie es acreedora de dicha conminación penal, no sólo por ajustarse al tipo, sino igualmente por la intensidad del ataque al bien jurídico protegido habida cuenta las circunstancias señaladas anteriormente.

Sentencia 2292/2001, Sala de lo Penal del TS, de 29 de noviembre de 2001

ENTRADA Y REGISTRO EN BUQUE MERCANTE.

Art. 554 LECrim.

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

SÍNTESIS

Pese a la consideración general como domicilio de los buques mercantes (art. 554 de la LECrim.) únicamente gozan de la protección constitucional derivada de la inviolabilidad del domicilio aquellos apartados del buque donde pueda ser desarrollada la vida privada de una persona.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Decimoprimer.—(...)

No obstante lo anterior, se recuerda la reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la protección de la inviolabilidad del domicilio. Éste es con-

siderado como el espacio cerrado donde una persona desarrolla su vida privada. Constitucionalmente el concepto de domicilio aparece asociado al de privacidad, de manera que la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se concreta a la entrada ilícita e ilegítima en los ámbitos de

privacidad de una persona en los espacios que acota para su desarrollo. El que el art. 554 de la Ley procesal establezca la consideración de domicilio a los buques mercantes nacionales no atrae sobre todo el buque la protección constitucional derivada de la inviolabilidad del domicilio sino exclusivamente a aquellos apartados del buque donde pueda ser desarrollada la vida privada de una persona. En este sentido, Sentencias de esta Sala, como la de 3 de febrero de 1997, excluyen la necesidad de autorización judicial previa al registro efectuado sobre la bodega de un buque “por no constituir domicilio de una persona”; en el mismo sentido, la STS 1108/1999, de 6 de septiembre. Se hace preciso distinguir la protección legal que el ordenamiento procesal dispone para el registro de buques extranjeros y españoles. Para los

primeros, el art. 561 dispone una norma específica que exige la autorización del Capitán y, en caso de negativa, del Cónsul de su nación. Para los nacionales será de aplicación la norma española que, como hemos visto, diferencia la protección del ámbito de privacidad de lo que no lo es. Resulta, en este sentido, obvio que la bodega del buque, donde se alojaba la sustancia tóxica, no aparece especialmente protegida en los términos que el recurrente sugiere.

En lo referente a la ocupación de la droga su acreditación en el enjuiciamiento resultó de la testifical y documental practicada en el enjuiciamiento que posibilitó al tribunal de instancia formar su convicción sobre la ocupación de la sustancia tóxica y el lugar en el que se encontraba almacenada.

Sentencia 2347/2001, Sala de lo Penal del TS, de 12 de diciembre de 2001

PREVARICACIÓN.

Art. 404 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se sintetiza la doctrina general de la Sala Segunda en orden a los requisitos que configuran el delito de prevaricación, insistiendo sobre todo en el significado del término “arbitrario”, utilizado por el legislador en el art. 404 del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...)

Como señala la Sentencia de 21 de diciembre de 1999, dictada en el denominado caso Roldán, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de

acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación y que son esencialmente tres: 1.º) Servicio prioritario a los intereses generales. 2.º) Sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. 3.º) Absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE).

De modo más específico la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, pero únicamente frente a ilegalidades severas y dolosas, para respetar coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.

La conducta típica consiste (arts. 404 del CP de 1995 y 358.1.º del CP de 1973) en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo, a sabiendas de su injusticia. Como señala la Sentencia núm. 674/1998, de 9 de junio, “el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límites en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...”

De modo más sintético señala la Sentencia de 15 de octubre de 1999 (núm. 2/1999, de Causas Especiales), que “la prevaricación consiste en el abuso de la posición que el Derecho otorga al Juez o funcionario, con

evidente quebranto de sus deberes constitucionales”.

El nuevo Código Penal ha venido, en consecuencia, a clarificar el tipo objetivo del delito, no innovando sino recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como “arbitrarias” las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho. Esta ausencia de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, y la manifiesta contradicción con la Justicia, son los elementos que caracterizan al acto arbitrario (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998, de 9 de junio).

La injusticia o arbitrariedad a que se refiere la resolución puede verse concretada en la absoluta falta de competencia del acusado, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, de modo que ésta implique un torcimiento del derecho, o una contradicción con el Ordenamiento jurídico, de tal manera patente y grosera, que pueda ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad que puede ser producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el mundo del Derecho (Sentencias Sala 2.ª Tribunal Supremo de 20 de abril de 1995, o 1 de abril de 1996 entre otras).

Sentencia 2471/2001, Sala de lo Penal del TS, de 20 de diciembre de 2001

TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.

Art. 563 Código Penal

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

SÍNTESIS

Interpretación restrictiva del delito de tenencia ilícita de armas, convirtiéndolo, de simple delito de peligro abstracto, en otro de peligro presunto, de acuerdo con los principios de intervención mínima y proporcionalidad. Se trata, en el caso enjuiciado, de la tenencia, declarada atípica por la Sala, de un bastón o estoque. (Sigue la misma doctrina fijada en la STS 26/2001, de 22 de enero, recogida en el n.º 3 de la RDP.)

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La impugnación del Ministerio fiscal se contrae a la absolución de la acusada María Sol a quien se intervino en el vehículo que conducía habitualmente un bastón-estoque de 44 centímetros de hoja. Denuncia el error de derecho en el que incurre la sentencia al inaplicar al hecho probado el art. 563 del Código Penal que castiga la tenencia de armas prohibidas.

Arguye el Ministerio fiscal que contrariamente a lo expuesto en la sentencia impugnada, el delito de tenencia de armas prohibidas es un delito de peligro abstracto que unido a su porte en el vehículo, lo que excluye una finalidad de ornato o de colección, integra el tipo penal dejado de aplicar.

El objeto del recurso lo constituye el análisis del tipo penal, el 563 del Código penal y el art. 4.º del Reglamento de armas aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, con relación a los principios de intervención mínima, de proporcionalidad y de legalidad que informan el Derecho penal y su aplicación.

Desde el principio de legalidad, la subsunción no parece problemática. El art. 563 refiere el hecho típico con la expresión de tenencia de armas prohibidas y por tales ha de considerarse el bastón-estoque, expresamente relacionado en el art. 4 del Reglamento. Se cumple la exigencia de certeza derivada del principio de legalidad, median-

te la remisión a una norma que expresamente recoge la conducta prohibida.

Pero es preciso una interpretación que superando la pura aplicación gramatical y automática haga compatible su previsión típica con los principios de intervención mínima y de proporcionalidad “para no desbordar las previsiones del legislador y extender, de manera automática, el tipo penal a conductas que son usuales socialmente y que es dudoso que merezcan, sin más, un reproche penal superior incluso a la tenencia ilícita de armas de fuego reglamentadas”. (STS 26/2001, de 22 de enero.)

Comprobando la penalidad prevista en el art. 563, tenencia de armas prohibidas, de uno a tres años, y los del art. 564, de fuego reglamentadas, de 6 meses a dos años, se plantea un problema de proporcionalidad pues siendo la segunda más grave desde la antijuricidad tiene, sin embargo, una consecuencia jurídica menor. Esta desproporción obliga a una interpretación del contenido del tipo huyendo de aplicaciones gramaticales absolutamente desproporcionadas. En este sentido se ha pronunciado mayoritariamente la jurisprudencia de esta Sala (Cfr. SSTs. 8 de noviembre de 1998, 1541/1999, de 28 de octubre, 74/2001, de 22 de enero).

El argumento de estas sentencias es coincidente. Se trata de indagar si la tenencia del arma prohibida agrede el bien jurídico protegido por la norma penal y éste no es otro que la consideración de las armas prohibidas como “un peligro presunto para la segu-

ridad”. Cuando la tenencia supone, por las circunstancias del tenedor, la actividad a la que se dedica, las condiciones de la tenencia, un potencial peligro, la conducta puede ser integrada en la tipicidad, sin perjuicio de que constatada la falta de intención de usar el arma puede verse favorecido por el tipo atenuado del art. 565 del Código Penal.

Si, por el contrario, la tenencia de un arma prohibida no supone ningún peligro para el bien jurídico lo que no concurre es la tipicidad del art. 563 y ello ocurrirá en los supuestos de tenencia para ornato, colección o curiosidad, o para su utilización para fines usuales y no peligrosos. También en el supuesto objeto de la censura casacional donde el bastón-estoque es encontrado en un vehículo propiedad de una persona y habitualmente conducido por la acusada. No hay constancia de su titularidad ni de una tenencia en el seno de una actividad que pudiera suponer el peligro protegido por la norma

por lo que la absolución declarada por la Sala de instancia no es errónea.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado, Consulta 14/1997, cuando afirma que la mera y simple posesión no integra el tipo penal del art. 563. La aplicación del tipo del art. 563 requiere una concreción del peligro que para la seguridad colectiva pueda derivarse de una tenencia. En otras palabras, como exigencia del principio de lesividad la conducta subsumible debe suponer un principio de afectación del bien jurídico protegido por la norma penal. Desde esta perspectiva el delito participa de la naturaleza de los delitos de peligro abstracto con concreción del peligro, que no concurre en el supuesto de la casación donde la intervención del bastón-estoque en el maletero de un coche propiedad de una tercera persona no supuso peligro para el bien jurídico protegido.

Sentencia 2187/2001, Sala de lo Penal del TS, de 21 de diciembre de 2001

DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.

Arts. 325 y 328 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Martín Canivell**

SÍNTESIS

A propósito de la tipificación correcta de la conducta consistente en el almacenamiento ilícito de purines, delimita la Sala el ámbito respectivo de aplicación de los artículos 325 y 328 del CP, en orden a justificar la diferencia de penas que en ellos se preven.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El acusado a quien hace referencia el motivo fue condenado por un delito del artículo

328 del mismo Código Penal, pero absuelto de la comisión de un delito del 325 del que había sido acusado. La introducción novedosa en el Código Penal de 1995 de la figura delictiva del artículo 328 ha determinado

dudas sobre cuándo procede su aplicación y no la del 325, habiendo determinado ya que el primero de los citados haya sido calificado doctrinalmente de controvertido artículo. Ambas figuras delictivas, encuadradas en el mismo capítulo (el III del título XVI del libro II del Código Penal), que engloba delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, son delitos de peligro concreto pues en la descripción de ambos se incluyen como elemento del tipo la posibilidad de que las conductas que sancionan puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. La menor penalidad que para el delito del artículo 328 en comparación con el del artículo 325 establece el Código no tiene en sus respectivas redacciones otra diferencia importante que, en la figura del 325, ha de concurrir con la realización de emisiones, vertidos y demás formas de comisión que se enumeran, la contravención de Leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, mientras que en el 328 tal clase de contravención no es exigida. Parece pues que el añadido de esa infracción normativa está en la base del mayor disvalor que tal conducta ha merecido del legislador, careciendo de especial relevancia la distinción entre que en una conducta se pena el establecimiento de depósito o vertederos, lo que parece indicar una actuación lógicamente previa en el tiempo a la provocación o realización de vertidos, emisiones y etc. que se enumeran en el artículo 325 porque, en modo alguno se condiciona en este último citado artículo que esas nocivas intromisiones en el medio ambiente resulten de un previo establecimiento de depósitos o vertederos y, por otra parte, estos últimos aún constituidos sin contravención a normas protectoras del medio ambiente, cuando se contravengan esas normas me-

dante emisiones, radiaciones o vertidos, determinan la aplicación al que los haya provocado o realizado del artículo 325 cuando con ello pueda perjudicar el equilibrio ambiental cuando se contravengan esas normas mediante emisiones, radiaciones o vertidos determinando la aplicación al que los haya provocado o realizado del artículo 325 cuando con ello pueda perjudicar el equilibrio ambiental.

En el caso presente no sólo procedió el acusado a establecer un depósito de purines, sino que lo hizo sin adoptar las precauciones necesarias y sin contar con las autorizaciones administrativas precisas, de tal modo que se trataba de un depósito clandestino y sin posible control sanitario ni ambiental, sino que, además, como se recoge con carácter fáctico en el primer fundamento de la sentencia recurrida, se produjeron salidas y filtraciones (en febrero de 1997) del contenido de tal depósito consistente en purines porcinos y bovinos que contienen, según dictamen pericial, microorganismos patógenos capaces de crear riesgos en el medio ambiente. Se dan con ello los elementos precisos para apreciar la figura delictiva del artículo 325 del Código Penal toda vez que, como consecuencia de la no adopción de precauciones que, caso de no haber sido ilegal el depósito que contenía los purines, le hubiera sido exigido tomar al acusado, se produjeron vertidos que, aunque no se constató produjeron nocivos efectos concretos sobre el medio ambiente, se pusieron en grave riesgo de causarlos al equilibrio del sistema natural cercano, condición esta última que, como ya se ha dicho, por sí sola basta para la concurrencia del tipo penal del citado artículo 325 del Código Penal.

En consecuencia el motivo ha de ser acogido.

Sentencia 2469/2001, Sala de lo Penal del TS, de 26 de diciembre de 2001

ASESINATO (ENSAÑAMIENTO).

Art. 139 Código Penal

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

SÍNTESIS

No concurre ensañamiento, pese a las veintiuna puñaladas asestadas, por no darse, en el caso juzgado, la especial reprochabilidad característica de la mencionada causa de agravación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Acusación Particular fundamenta el primer motivo del recurso en la infracción de los arts. 139.3.º y 140 CP, que a su juicio debieron ser aplicados. Sostiene en este sentido que, al contrario de lo apreciado por la sentencia recurrida, concurre la agravante de ensañamiento, dado que el acusado clavó su cuchillo en el cuerpo de la víctima en veintiuna ocasiones (nueve de las cuales son en el rostro y en la cabeza) y cuando ésta ya estaba agachada. Estima, además, que estas puñaladas se produjeron cuando la víctima aun estaba con vida y que inclusive en una de ellas se partió la hoja del cuchillo. Asimismo, el acusado se habría comportado friamente, pues llegó inclusive a acompañar a la víctima en la ambulancia que lo trasladó al centro hospitalario. El razonamiento concluye con una referencia a la necesidad de las nueve segundas cuchilladas. La Acusación Particular entiende que “no se hacía necesario continuar con las nueve segundas cuchilladas, una vez agachado, en la cara y la cabeza, que únicamente generaron un daño mayor, y no, la pretendida muerte”.

El motivo debe ser desestimado.

El Tribunal Superior desestimó en la sentencia recurrida la misma pretensión de la Acusación particular que es objeto de este motivo, sosteniendo que el ensañamiento, en tanto circunstancia agravante de la muerte dolosa de otro, “no siempre es coincidente con el sentir popular” y que “supone un aumento de males, innecesarios y no dirigidos a la causación del resultado (elemento objetivo) y la conciencia y voluntad de causarlos por el sujeto, denotando especial crueldad y sadismo (elemento subjetivo)”. El resultado al que llegó el Tribunal “a quo” es jurídicamente correcto.

En efecto, en la ciencia jurídico-penal moderna los elementos del asesinato se caracterizan por su capacidad de revelar una especial reprochabilidad ético-social, por oposición a los antiguos criterios psicológicos. Desde esta perspectiva los aspectos exteriores de la conducta, en especial la cantidad de golpes que produjeron la muerte, sólo tiene un sentido “indiciario-sintomático”. “Lo decisivo —se afirma en la doctrina moderna— es si, sobre la base de una ponderación total, considerando la personalidad del autor y todas las circunstancias, la muerte resulta especialmente reprochable”. De esta manera el aspecto externo del hecho queda

sometido a los resultado de una valoración especial de los elementos subjetivos.

En el caso del ensañamiento esta ponderación global de la personalidad del autor presupone que en el desarrollo de la acción se hayan puesto de manifiesto propósitos de crueldad que sean claramente diferenciables de la finalidad de quitar la vida a la víctima y que reflejen una especial satisfacción adicional por el sufrimiento innecesario que se

causa. En este contexto resulta secundaria la consideración exclusivamente numérica de las puñaladas inferidas a la víctima. Ello es así, sobre todo, en los casos como el presente, en los que la continuidad de la agresión dentro de un marco temporal reducido no permite diferenciar adecuadamente si la finalidad del autor era asegurar el resultado o, por el contrario, satisfacer su especial propósito de crueldad.

Sentencia 2470/2001, Sala de lo Penal del TS, de 27 de diciembre de 2001

DELITO PROVOCADO (INDUCCIÓN).

Art. 28 Código Penal

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

SÍNTESIS

Doctrina general (con amplias referencias jurisprudenciales) sobre la categoría de “delito provocado” y su distinción de la “provocación policial” (agente provocador).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Dicho concisamente, el delito provocado es el que surge “por obra y a estímulos de provocación” —STS de 18 de abril de 1972, de suerte que es el resultado de la actividad de dos individuos: un agente provocador y un sujeto provocado, cualquiera que sea la condición personal de uno u otro, y cualquiera que sea la naturaleza del delito provocado. La estructura del delito provocado se articula por dos elementos: como elemento objetivo debe existir una iniciativa en el agente provocador efectuada sobre el provocado, de suerte que éste actúa a consecuencia de la incitación de que es objeto, incita-

ción que tiene por objeto obtener del provocado la respuesta esperada; como elemento subjetivo, la intención que anima al provocador es la de formular denuncia criminal contra el sujeto provocado (SSTC de 22 de junio de 1950, 3 de febrero de 1964), de suerte que con independencia de los concretos móviles que pueda tener el provocador, el elemento subjetivo común de todo delito provocado es obtener el castigo del incitado, y para ello se le provoca la comisión de un hecho delictivo como medio de obtener la calculada, prevista y querida actividad delictiva, siendo consecuencia de esta estructura que existe una imposibilidad de que se alcance el resultado desaprobado por la norma, y ello bien porque como afirma la STS

de 22 de junio de 1950 “... previamente se han adoptado las medidas, precauciones y garantías para que no se produzca el resultado...”, o, como se declara en la sentencia de 27 de junio de 1967 “... no puede llegar el resultado porque habiéndose previsto éste, se impide por el inductor sea alcanzado, haciendo baldía la actividad por el empleo de medidas precautorias defensivas o de garantía...”; ello supone que en el delito provocado no existe un verdadero propósito de perpetración y consumación del delito, porque la inducción no es real sino engañosa, siendo la consecuencia de todo lo expuesto, la absoluta impunidad del delito provocado al carecer la acción de entidad suficiente para integrarse en una norma penal y ello por dos razones, la primera porque de acuerdo con la función instrumental del derecho penal como garante de los bienes jurídicos a cuya protección deben tender los tipos penales, si no existe un desvalor del resultado, porque el ataque al bien jurídico está previamente excluido, no cabe sanción alguna ni por tanto imposición de pena, salvo que se atribuya al sistema penal una función mucho más amplia en clave promocional, simbólica o ético social de más que cuestionable admisibilidad en un estado social y democrático de derecho, al alejarse del principio de intervención mínima y de protección de bien jurídico vertebradores y fundamentadores del sistema de justicia penal.

En segundo lugar, porque desde la tensión dialéctica entre eficacia policial y respeto a la legalidad no está permitido valerse de procedimientos ilegítimos para hacer efectivas las leyes como sucede en el caso de incitar a una persona a cometer un delito que de otro modo no habría cometido. La aplicación del art. 11 de la LOPJ que determina la nulidad de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales devendría en inexcusable desde la perspectiva constitucional que prohíbe toda actividad arbitraria a los poderes públicos —art. 9.3.º CE—, porque en definitiva, la misión de la

policía judicial es descubrir el delito ya cometido pero no facilitar la comisión de otro.

En este sentido podemos afirmar con la STS n.º 702/1997, de 20 de mayo de 1997 que “... por delito provocado se entiende aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las Fuerzas de Seguridad que, desando la detención de sospechosa, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiese producido, aunque de otro lado su compleja ejecución resulte prácticamente imposible por la prevista intervención “ab initio” de la fuerza policial. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático de Derecho y desde luego desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad a los poderes públicos contenidos en el art. 9.3.º de la C.E. ...”. “... La impunidad es entonces absoluta. No hay dolo criminal independiente y autónomo, como tampoco hay verdadera infracción penal, sólo el esbozo de un delito posible...”. —Idem STS n.º 53/1997, de 21 de enero—.

Cuestión distinta es la **sutil pero trascendente diferenciación entre el delito provocado y la provocación policial, tendente esta última a poner de manifiesto una situación o actividades criminales ya existentes**, singularmente de tracto sucesivo como ocurre en el tráfico de drogas, pero que permanecen ocultas, teniendo la actividad policial la única finalidad de sacar a la luz la ilicitud penal ya cometida. Figura esta del agente policial provocador que se inicia en las SSTS de 18 de abril de 1972 y se continúa en las de 20 de febrero de 1973 y 14 de junio de 1975, que no sin quiebras —S. de 8 de julio de 1980— se puede estimar totalmente consolidada en la actualidad, pudiéndose citar como exponente de ello, la ya reseñada STS n.º 702/1997, de 20 de mayo “... Es distinta la conducta que, sin

conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas...”, concluyendo la sentencia “... En el primer caso —delito provocado— no se da en el acusa-

do una soberana y libre decisión para cometer el delito. En el segundo supuesto —agente provocador— la decisión criminal es libre y nace espontáneamente...”. En el mismo sentido SSTS n.º 53/1997, de 21 de enero, 1247/1997, de 20 de octubre, 18 de marzo de 1997 y 31 de enero de 1998 a las que pueden añadirse otras anteriores SSTS de 20 de enero de 1995, 13 de julio de 1995, 11 de octubre de 1995 y 30 de diciembre de 1995, 13 de febrero de 1996 y las más recientes n.º 1587/2000, de 18 de octubre y n.º 44/2001 de 23 de enero.

Sentencia 2542/2001, Sala de lo Penal del TS, de 28 de diciembre de 2001

DELITO DE EXPROPIACIÓN ILEGAL.

Art. 541 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece la doctrina jurisprudencial en torno a los elementos que caracterizan al impropiamente denominado delito de expropiación ilegal, previsto en el art. 541 del CP, de acuerdo con una interpretación constitucional del mismo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El delito que describe y tipifica el art. 541 del Código penal vigente es la garantía penal frente al derecho de propiedad, constitucionalmente protegido en el art. 33.3 de nuestra Carta magna, al disponer que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”, enmarcándose dentro

del Capítulo V del Título XXI (de los delitos contra la Constitución), en la Sección Tercera (de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales). Tal ubicación sistemática impone una interpretación con clara vertiente constitucional y no meramente legal del expresado delito, de modo que no toda irregularidad en la tramitación del expediente expropiatorio puede dar lugar a su conculcación, sino el haberse prescindido en absoluto de tal procedimiento, añadiendo la norma penal “fuera de los casos permitidos”, lo que re-

fuerza el sentido del precepto, que es la proscripción de la confiscación o expoliación de propiedad privada, fuera de todo cauce legal y sin causa alguna justificada de utilidad pública o interés social. Por tanto, serán sus requisitos legales: a) el sujeto activo tiene que ostentar el carácter de autoridad o funcionario público, es decir, aquellos descritos como tales a efectos penales en el art. 24 del Código Penal; b) la expropiación se refiere a toda clase de bienes (muebles, inmuebles y en general todos aquellos que constituyen el patrimonio de una persona); c) que se expropie a dicha persona de sus

bienes fuera de los casos permitidos, lo que supone, en concordancia con el art. 33 CE, sin causa alguna justificada de utilidad pública o interés social; d) que se prescinda de todo procedimiento expropiatorio, es decir, sin cumplir los requisitos legales; e) que el sujeto activo actúe con dolo, que se traducirá en ánimo confiscatorio, no admitiéndose la modalidad culposa o imprudente, siendo prácticamente de nula incidencia la teoría del error, dada la condición de autoridad o funcionario público en el autor del delito, y el sentido de protección constitucional que impregna el contenido de la norma penal.

Sentencia 2546/2002, Sala de lo Penal del TS, de 2 de enero de 2002

DETERMINACIÓN DE LA PENA.

Arts. 65.4, 74 y 77 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio**

SÍNTESIS

Se explicitan los pasos a seguir en la determinación de la pena aplicable en un caso de dos delitos continuados (falsedad en documento mercantil y estafa), en concurso medial entre sí, concurriendo una circunstancia atenuante muy cualificada (véase también la STS 34/2002, de 18 de enero).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...) En el presente caso son de aplicación las reglas penológicas establecidas en los arts. 74.1 (delito continuado) y 77.2 (concurso medial) lo que obliga a imponer la mitad superior de la mitad superior (en este sentido sentencias 69/1999, de 26 de enero y 2328/2001, de 4 de diciembre).

La pena prevista en el art. 392 CP para el delito de falsedad en documento mercantil,

cometido por particular, es la de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses; la mitad superior estará comprendida entre un año y nueve meses a 3 años de prisión y entre nueve y doce meses de multa. Por lo que se refiere al delito de estafa, teniendo en cuenta que la pena en toda su extensión oscila (art. 250.1.3.º del Código Penal) entre uno y seis años de prisión y seis a doce meses de multa, la mitad superior sería la de prisión de tres años y seis meses a seis años y multa de 9 a 12 meses.

Como ambos delitos han sido apreciados en concurso medial el art. 77.2 obliga a imponer la pena prevista para la infracción más grave, que es la de estafa, en su mitad superior. La mitad superior de una pena de prisión de 3 años y seis meses, a seis años y multa de 9 a 12 meses estaría comprendida entre el límite mínimo de 4 años y 9 meses a 6 años como límite máximo y entre 10 meses y 5 días y 12 meses de multa.

Determinada así la pena que corresponde al concurso medial de los dos delitos conti-

nuados procede aplicar la individualización de la pena por el juego de la circunstancia atenuante que se aprecia como muy cualificada por su especial intensidad y teniendo en cuenta todas las circunstancias del hecho y condiciones del culpable, procede bajar dos grados la pena a imponer, uno de ellos preceptivo según el acuerdo de la Junta General de esta Sala de 22 de marzo de 1998 y jurisprudencia posterior y el otro discrecional para fijarla en un año y seis meses de prisión y multa de nueve meses con una cuota diaria de 1000 pts.

Sentencia 2083/2001, Sala de lo Penal del TS, de 10 de enero de 2002

ENTREGA VIGILADA.

Art. 263 bis LECrim.

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la entrega vigilada, y examen de la competencia del Fiscal antidroga para acordarla en el marco de unas diligencias de investigación, previas a la instrucción judicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Nos hemos referido en los motivos segundo y tercero del primer recurso a la técnica de investigación de entrega vigilada descrita en el art. 263 bis de la LECriminal. Los requisitos autorizantes de la misma, contenidos en el artículo citado, son los siguientes:

1. **Ámbito de esta técnica:** está constituido por un listado cerrado que incluye los

delitos de tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes, así como los tipificados en los arts. 371, 301, 332, 334, 386, 586, 568 y 569.

2. **Naturaleza excepcional de la medida,** que, aun admisible sólo en los delitos antes citados, exige que se trate de un caso de alta criminalidad, el propio párrafo 1.º del art. 263 bis, delimita como coordenadas dentro de las que puede acordarse esta técnica la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia.

3. **Autoridad competente,** constituida por el Juez, Ministerio Fiscal o Jefe de las

Unidades Orgánicas de Policía Judicial Central o Provincial. Resulta significativo resaltar que la Ley no impone una reserva en favor del sistema judicial —Juez o Fiscal— en orden a la autorización de este medio.

4. Resolución fundada, y por tanto, examen individualizado, “caso por caso”, según se indica en el n.º 3 del art. 263 bis.

5. Finalidad, no explícitamente prevista en la Ley, pero que es la común a toda la investigación criminal —art. 299— es decir obtención de elementos de prueba contra personas involucradas en los delitos para los que se permite esta técnica de investigación.

En el presente caso, la entrega vigilada autorizada por el Ministerio Fiscal respondía a todas las notas citadas, y en este control casacional se comprueba que la entrega vigilada fue acordada por el Fiscal Antidroga de Alicante, de forma motivada, en atención a un caso concreto de introducción clandestina de cocaína en cuantía importante y con una operación que patentiza la existencia de una organización.

Pasamos a estudiar las concretas impugnaciones efectuadas.

En relación a la incompetencia territorial del Fiscal Antidroga de Alicante, con independencia de tratarse de cuestión nueva que por ello ya debería ser desestimada, no existe tal incompetencia en la medida que su actuación fue previa al proceso penal, como lo evidencia la apertura de la investigación en el 6/1998, de 13 de enero de 1998 —Las Diligencias Previas aperturadas en el Juzga-

do de Instrucción n.º 16 de los de Valencia, lo fueron por auto de 16 de enero—, y en Alicante, porque así consta en el oficio de 12 de enero, que se le dirigió al Sr. Fiscal por la Sección de Estupefacientes. Este dato, unido a la naturaleza pre-procesal de la investigación acordada iniciada en el ejercicio de sus funciones, a la naturaleza de cuerpo único regido por principios de unidad de actuación —art. 2.º de su Estatuto Orgánico—, y que en definitiva la encuesta judicial fue dirigida e instruida por el Juzgado competente de Valencia, quien solicitó y recibió la investigación abierta por el Ministerio Fiscal —folios 289 y ss.— constituyen las argumentaciones que justifican el rechazo de la denuncia.

Sobre la apertura de los paquetes, confunde lamentablemente el estándar de garantías exigible en los registros de papeles y correspondencia y en la apertura de paquetes postales con la entrega vigilada, que consiste en la sustitución de las sustancias estupefacientes por otras inocuas, haciéndolas seguir su destino con la finalidad de descubrir a las personas implicadas. En el presente caso no había proceso judicial abierto previo a la entrega vigilada, por lo que el conocimiento judicial fue a posteriori, y ello explica que ante la petición policial de presencia del Secretario Judicial en la operación de sustitución de los paquetes que aparece en el proveído de 15 de enero del folio 107, se denegase fundamentando tal negativa en tratarse de una investigación apertura y acordada hasta ese momento por el Fiscal Antidroga de Alicante.

Sentencia 25/2002, Sala de lo Penal del TS, de 18 de enero de 2002

CONTRABANDO.

LO 12/1995, de represión del contrabando

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

SÍNTESIS

Tras minuciosa argumentación, concluye esta sentencia que la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos, no afecta al carácter delictivo de las conductas contempladas en la Ley de Contrabando.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—A través del art. 849.1.º L.E.Cr., denuncia, en el cuarto motivo, la aplicación indebida del art. 2.1.º d) de la Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando, consecuencia de la influencia o efecto de la Ley 13 de 4 de mayo de 1998 (B.O.E. 5-5-1998) de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, ya que desde su promulgación, al liberalizar el mercado de Tabacos, no sería posible hablar de géneros cuya producción, adquisición o cualquier otra actividad concerniente a las mismas, sea atribuida con carácter de monopolio al Estado.

1. Tal pretensión fue perfectamente reuelta por la Audiencia, justificando jurídicamente la vigencia de la Ley de Contrabando y del delito por el que se condena a los recurrentes, cuyos esenciales argumentos esta Sala comparte.

Ya la Ley de Contrabando de 1995 (Orgánica n.º 12 de 12 de diciembre), tuvo en cuenta la vigencia del principio de libre circulación de mercancías y del mercado único impuesto por la Unión Europea. Cuando la exposición de motivos de esta Ley se refiere al ámbito de la reforma (reformaba la precedente Ley de Contrabando de 13 de julio de 1982) nos decía “El impacto social, económico y recaudatorio del comercio ilegítimo de labores del tabaco obliga a intensificar la reacción jurídica frente a este ilícito. A tal fin se consideran géneros estancados, a efectos de la nueva Ley, las labores de tabaco, aunque se trate de mercancías comunitarias”.

A su vez, en el art. 1.º, ap. 6, intitulado “Géneros o efectos estancados”, considera tales: “los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquier otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por Ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores del tabaco, y a todas las que por ley se otorgue tal condición”.

2. La posterior Ley de 4 de mayo de 1998, de Ordenación del Mercado de Tabaco, que como Ley ordinaria resultaría inadecuada para alterar la normativa de una Ley orgánica, asume y acepta la vigencia del régimen punitivo de la Ley de Contrabando, en los siguientes términos:

a) En su Disposición final tercera es tajante cuando afirma que “La presente Ley no comportará por sí misma modificación alguna de lo establecido en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, ni de las actuales restricciones sanitarias en materia de publicidad y venta de tabacos”.

b) En la Exposición de motivos de la mentada Ley de 1998, en su párrafo 2.º se afirma: “la nueva Ley suprime los actuales monopolios de fabricación, de importación o de comercio al por mayor para las labores de tabaco, no procedentes de los Estados miembros de la Unión Europea”, para luego concluir en el párrafo siguiente que: “la nueva normativa mantiene (...) el monopolio del comercio al por menor de labores de tabaco a favor del Estado a través de la Red de Expendiciones de Tabaco y Timbre”. Añade en su justificación que “el mantenimiento de la titularidad del Estado en el monopolio

del comercio al por menor de labores de tabaco, que continúa revistiendo el carácter de servicio público, constituye un instrumento fundamental e irrenunciable del Estado para el control de un producto estancado como es el tabaco, con notable repercusión aduanera y tributaria”.

En el último párrafo de dicha Exposición de Motivos se anuncia, lo que después recalca la disposición final tercera, esto es, que la Ley en cuestión “no comporta alteraciones en las actuales restricciones societarias en materia de publicidad y venta de tabacos, ni supone modificación alguna de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Regulación del Contrabando”.

3. Con todo lo dicho, no cabe admitir ninguna errónea interpretación del art. 2.1.º ap. d) de la Ley de Contrabando, al haberse acreditado que los acusados extrajeron subrepticamente del recinto de aduanas, productos estancados sin autorización y sin cumplir las previsiones reglamentarias, con el fin de obtener un lucro económico con su distribución y venta. El producto estaba ya terminado, y en disposición de ser consumido por los fumadores. Todo ello se desprende y refleja en el “factum” de la sentencia que debe respetarse en su total contenido, orden y significación, dado el cauce procesal utilizado en el motivo.

El motivo debe desestimarse y, con él, el recurso.

Sentencia 7/2002, Sala de lo Penal del TS, de 19 de enero de 2002

DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.

Arts. 347 bis Código Penal 1973 (art. 326 Código Penal 1995)

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

SÍNTESIS

A propósito de una serie de vertidos sucesivos de las aguas residuales de una industria en un río, se analizan cuestiones como el sentido del principio de intervención mínima en la protección penal del medio ambiente, el “non bis in idem” entre delito e infracción administrativa (criticando, de pasada, la controvertida STC 177/1999, de 11 de octubre), la prescripción del delito continuado o el ámbito de aplicación de los tipos agravados de delito medioambiental.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En el primer motivo de casación que el Ministerio Fiscal formaliza en su recurso, al amparo del art. 849.1.º LECr. se denuncia

una infracción del segundo párrafo del art. 347 bis CP 1973 por no haber sido aplicado el mismo, en la Sentencia recurrida, a los hechos declarados probados. Pretende, pues, el Ministerio Público que los hechos

debieron ser subsumidos en el tipo agravado de delito contra el medio ambiente definido en el indicado precepto, basando su pretensión en que la autorización administrativa concedida a la empresa en que los acusados desempeñaban sus funciones para exceder los máximos legales, provisional y temporalmente, en los vertidos de aguas residuales al cauce del río Tordera fue contraria a la legalidad vigente y en consecuencia nula de pleno derecho. El motivo no puede ser estimado por vedarlo claramente el principio de legalidad. En el párrafo segundo del art. 347 bis CP 1973 —como hoy, en el art. 326 CP 1995— se preveían una serie de circunstancias que agravaban el tipo básico establecido en el párrafo anterior, la primera de las cuales era que la industria contaminante funcionase clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. Esta clandestinidad en el funcionamiento de la industria, en la que los acusados tenían a su cargo el control del sistema de depuración de los vertidos, en modo alguno puede ser deducida de la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida que pone de relieve, por el contrario, la inicial existencia de una licencia administrativa y la posterior presencia de la Administración autonómica en el control de los vertidos. Pretende el Ministerio Fiscal que a la clandestinidad del funcionamiento de la industria y vertido de las aguas residuales contaminantes equivale la ilegalidad de un vertido indebidamente autorizado por la Administración, pero ello supondría aplicar un precepto penal a un caso distinto del expresamente comprendido en él. Si la Administración autorizó temporalmente a la empresa para verter por encima de los niveles máximos de contaminación legalmente permitidos, podrá decirse que los responsables de la empresa continuaron actuando ilegalmente, al solo aparente amparo de una autorización que carecía de respaldo en las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente, pero no que actuaron clandestinamente. La interpretación de la norma supuestamente aplicable

que propone la parte recurrente, en cuanto implica apartarse del sentido gramatical de las palabras utilizadas por el legislador, incurre en la analogía proscrita por el principio de legalidad criminal. Debe ser rechazado, consiguientemente, el primer motivo de este recurso.

2. En el segundo motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, que se residencia también en el art. 849.1.º LECr., se denuncia una infracción, por inaplicación indebida, del párrafo tercero del art. 347 bis CP 1973 en que se establecía, con los mismos términos del vigente art. 326.e), el tipo agravado de delito contra el medio ambiente que se produce cuando los actos contaminantes originan un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico. Tampoco este motivo de impugnación puede recibir una favorable acogida. La interpretación que procede hacer de la expresión legal “deterioro irreversible o catastrófico” debe ser prudentemente rigurosa y exigente por dos razones: porque de no hacerse así se corre el peligro de vaciar prácticamente de contenido el tipo básico y porque a tenor del actual art. 326 —cuya interpretación forzosamente ha de estar condicionada por la que se haga del derogado art. 347 bis— el tipo agravado se encuentra conminado con una pena privativa de libertad cuyo límite mínimo es de cuatro años de prisión, lo que lo configura en todo caso como delito grave. De acuerdo con este criterio, debe entenderse que existirá deterioro irreversible cuando el daño en el medio ambiente que puedan ocasionar las emisiones o vertidos contaminantes alcance tal profundidad que no pueda ser remediado por la capacidad regeneradora de la propia naturaleza, haciéndose necesaria una intervención activa del hombre; y que existirá, por otra parte, deterioro catastrófico cuando el daño revista una intensidad y una extensión más que considerables por el número de elementos naturales destruidos, la población humana afectada y la duración de los efectos de la actividad contaminante. No aparece descrito en la declaración de hechos

probados un riesgo de daño que merezca ser calificado de irreversible o catastrófico. (...)

6. El cuarto motivo del recurso aparece igualmente residenciado en el art. 5.4 LOPJ pues en él se denuncia también la infracción de un precepto constitucional: el art. 25.1 CE en que se proclama el principio de legalidad que es, al mismo tiempo, un derecho fundamental de la persona. En el motivo se contienen asimismo alegaciones que tratan de poner de relieve la falta de tipicidad de los hechos enjuiciados y la indebida aplicación del art. 347 bis CP 1973. Comprensibles razones de buena metodología procesal aconsejan dejar la respuesta a estas alegaciones para el fundamento jurídico en que se analice el sexto motivo de casación formalizado en el recurso y limitarnos ahora a resolver la pretensión de que ha sido infringido, en la Sentencia recurrida, el principio de legalidad. Tal infracción se ha producido a su vez, a tenor de los argumentos de la parte recurrente, por no haber respetado el Tribunal de instancia otros dos principios de obligada observancia: el de intervención mínima del derecho penal y el “non bis in idem” que prohíbe sancionar un mismo hecho en vía administrativa y penal. Veamos el fundamento que tiene la denuncia de una y otra infracción.

Hay que decir, ante todo, que el llamado por la doctrina principio de intervención mínima no está comprendido en el de legalidad ni se deduce de él. Reducir la intervención del derecho penal, como última “ratio”, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le sitúa en un contexto de cam-

bio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos —los llamados “delitos bagatelas” o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social— pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado principio. Como se dice en la reciente Sentencia de esta Sala 1705/2001, “el medio ambiente que se puede considerar adecuado es un valor de rango constitucional puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el art. 45.1 de la Norma fundamental. La importancia de este valor aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de ‘intervención mínima’ cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas a los que lo violan. El citado art. 45 CE, en su tercer párrafo, proporciona una pauta a seguir en este sentido al prever que la ley establecerá ‘sanciones penales o, en su caso, administrativas’ para los que violen el medio ambiente. Debe tomarse, en consecuencia, con ciertas reservas la afirmación —deslizada ocasionalmente en alguna resolución de esta misma Sala— de que el derecho penal actúa, en la protección penal del medio ambiente, de forma accesoria y subsidiaria con el respeto al derecho administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra el medio ambiente presuponga que sea grave el peligro para la salud de las personas o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal derivados de la acción típica y otra, completamente distinta y no acorde con la relevancia del bien jurídico protegido, es que la interpretación del art. 347 bis CP 1973 —y de los preceptos que lo han sustituido y ampliado en el capítulo III del título XVI CP 1995— haya de hacerse sistemáticamente bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima”. No cabe, pues, sostener que en la Sentencia

recurrida ha sido infringido el principio de legalidad porque no ha sido respetado el de intervención mínima. Si el hecho enjuiciado es típico —y en su momento veremos si lo es— la condena de quienes lo realizaron no sería infracción sino riguroso cumplimiento del principio de legalidad.

Tampoco tiene demasiado fundamento la denuncia de que el Tribunal de instancia ha vulnerado el principio de legalidad por haber dictado sentencia condenatoria en contra de la prohibición “non bis in idem”. Sostiene la parte recurrente que los vertidos de aguas residuales por los que se ha condenado a los acusados dieron lugar a varios expedientes administrativos, dos de los cuales concluyeron con sanciones económicas y cita en apoyo de sus tesis la STC 177/1999, de 11 de octubre. Pero, con independencia de que la doctrina sentada en esta respetable resolución no puede considerarse, por ahora, definitivamente constitucional toda vez que disiente de la línea tradicionalmente mantenida por el Alto Intérprete de la CE y, como se dice en los votos particulares discrepantes incorporados a la Sentencia, “invierte las relaciones entre Poder Judicial y Administraciones sancionadoras que se desprenden del diseño constitucional y muy especialmente del art. 25 CE”, es lo cierto que el delito contra el medio ambiente objeto de la condena es un delito continuado que, de acuerdo con la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida, se comenzó a cometer en el año 1990 y cesó en el primer semestre de 1995, estando el mismo fraccionado en multitud de acciones contaminantes, por lo que el hecho de que la Administración sancionase en dos ocasiones a la empresa en que los acusados desempeñaban sus funciones, con motivo de las tomas de muestras realizadas el 26-11-1991 y el

5-2-1992, en modo alguno significa un obstáculo, impuesto por el principio “non bis in idem”, a la sanción penal del delito continuado en su conjunto. Todo ello nos lleva a la desestimación del cuarto motivo de casación.

7. La misma razón por la que ha sido rechazado el cuarto motivo en el último párrafo del fundamento jurídico anterior obliga a desestimar el motivo quinto en que, al amparo del art. 849.1.º LECr, se denuncia una infracción, por inaplicación indebida, del art. 113 CP 1973 que debería haber conducido al Tribunal de instancia, según la parte recurrente, a declarar prescritos todos los hechos anteriores al 23 de enero de 1991, puesto que la querrela se presentó el 23 de enero de 1996 y el citado precepto establece el plazo de cinco años para la prescripción del delito por el que han sido condenados los acusados. Es evidente que el motivo tiene que ser repelido. El instituto de la prescripción no se aplica a los hechos sino a los delitos y a las penas y los acusados han sido considerados autores de un delito continuado que se estuvo cometiendo hasta el primer semestre de 1995 y fue objeto de una querrela presentada antes de que transcurriera un año desde la comisión del último de los hechos englobados en el “continuum” delictivo, siendo doctrina constante de esta Sala —SS. de 17 de noviembre de 1964, 3 de febrero de 1984, 4 de diciembre de 1985 y 5 de febrero de 1994, entre otras muchas— que en los casos de continuidad delictiva sólo se inicia o arranca el cómputo para la prescripción desde que cesa la actividad antijurídica o se perpetra el último hecho de la cadena punible. El quinto motivo del recurso, en consecuencia, queda rechazado.

Sentencia 52/2002, Sala de lo Penal del TS, de 21 de enero de 2002

ESTAFA, DELITO CONTINUADO.

Arts. 74, 438, 248 y 249 Código Penal

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

SÍNTESIS

Además de extenderse la sentencia sobre el concepto de “engaño bastante” en el delito de estafa, aplica la doctrina jurisprudencial relativa a que la conversión de dos faltas de estafa en un delito continuado de estafa conduce a la aplicación del párrafo segundo y no del primero del art. 74 del CP, a efectos sancionatorios. La particularidad reside en que, tratándose en este caso de una falta consumada y otra intentada, el delito continuado realmente se considera sólo intentado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) La sentencia recurrida califica la primera acción del acusado como constitutiva de una falta de estafa consumada del art. 623.4 C.P., y la segunda como otra falta de estafa en grado de tentativa inculpada en el mismo precepto, en cuanto ninguna de las dos sobrepasa la cuantía de 50.000 ptas.

Partiendo de esta base, el Tribunal de instancia elabora la subsunción tomando como fundamento la doctrina jurisprudencial de esta Sala según la cual, la conversión de dos o más faltas de estafa en un delito continuado de estafa, al superar 50.000 ptas. el perjuicio total causado, aplicando el art. 74.2 C.P., es acorde con lo que dispone este precepto y conforme a la doctrina de la Sala, ratificada por el Pleno celebrado el día 27 de marzo de 1998 que estableció que “en los casos de hurtos varios, la calificación como delito o falta debe hacerse por el total sustraído, si previamente a esa valoración eco-

nómica se ha precisado continuidad en las acciones sucesivas realizadas, por la concurrencia de los requisitos del art. 74 C.P., los cuales, perjudicando al reo, deben ser interpretados restrictivamente”. Esta doctrina se ha venido aplicando también a los supuestos de estafa de modo reiterado y pacífico (véanse, de entre las más recientes, SSTS de 17 de abril y 28 de septiembre de 1998, 23 de diciembre del mismo año, 2 de octubre y 7 de noviembre de 2000), al considerar, como señala el Tribunal sentenciador, que, en uno y otro caso, se está en presencia de una unidad de actos que aisladamente considerados serían igualmente típicos, pero por constatar una unidad de resolución delictiva y una unidad de lesión jurídica aquéllos actos separados pierden su sustantividad para aparecer como elementos de un todo, exteriorizador de un dolo conjunto que se materializa en un resultado conjunto equivalente a la suma de todos los actos defraudatorios y en tal caso es obvio que el delito ha tenido una consumación progresi-

va y correlativa a la ejecución de los actos que conforman el todo (STS de 2 de octubre de 1998), habiéndose consolidado, por otra parte, el criterio de que en estos casos nada empece a que el delito continuado pueda construirse sobre infracciones en diferentes fases de ejecución, unas consumadas y otras intentadas (por todas, SSTS de 14 de julio de 1999 y 15 de diciembre de 2000). (...)

Cuarto.—(...) Es claro que ninguna diferencia existe en la estructura jurídico-penal del delito y la falta de estafa, a salvo de la cuantía del perjuicio, pues el resto de los elementos son comunes a ambas infracciones: 1) Un engaño precedente o concurrente, plasmado en algunos de los artificios incorporados a la enumeración que el Código efectuaba, y hoy concebido con un criterio amplio, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece; 2) Dicho engaño ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial; 3) Producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la que constituía la realidad; 4) Un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio para el mismo; 5) Nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima, con lo que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente el dolo “subsequens”, esto es, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate y 6) Ánimo de lucro, incorporado a la definición legal desde la reforma de 1983, que constituye el elemento subjetivo del injusto y que consiste en la intención de obtener un enriquecimiento de índole patrimonial que la doctrina jurisprudencial ha extendido a los beneficios meramente contemplativos —sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1989 y 5 de marzo de 1990—.

En cuanto al elemento aquí cuestionado, el engaño, como componente psicológico y doloso de la culpabilidad, constituye el nervio y alma de la infracción, sin cuya concu-

rrencia no existe la acción típica, y las modalidades de su aparición se extienden a un amplio espectro de manifestaciones que abarca cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación insidiosa, falacia o mendacidad con que se crea una apariencia de verdad que se despliega sobre la voluntad del sujeto pasivo para provocar el desplazamiento patrimonial. Pero no todo engaño es típico. El legislador exige que la conducta engañosa debe ser “bastante” para producir error en la víctima induciendo a ésta a realizar el acto de disposición que persigue el agente. La jurisprudencia ha venido interpretando el término “bastante” como idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, capaz de mover la voluntad normal de un hombre, por lo que queda erradicado no sólo el engaño burdo, grosero o increíble por su inaptitud de impulsar la decisión de las personas normalmente constituidas, y también aquel engaño que no posea un grado de verosimilitud suficiente, para confundir a la víctima (véanse SSTS de 5 de octubre de 1981, 11 de noviembre de 1982, 8 de febrero de 1983, 29 de marzo de 1990, 15 de julio de 1991, 23 de abril y 7 de noviembre de 1997, 26 de julio y 27 de noviembre de 2000, entre otras muchas). (...)

Quinto.—(...) el engaño “bastante” que exige el precepto penal no puede ser equiparado a engaño “perfecto” o “eficaz”, ya que, si así fuere, nunca podrían darse las formas imperfectas de ejecución de este delito, pues la perfección y efectividad del ardid supondría la consumación de la conducta típica, y, sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala presenta numerosas resoluciones de estafas en grado de tentativa que no llegaron a consumarse precisamente porque el engaño utilizado para mover la voluntad de la víctima no había alcanzado la perfección. Lo cual no quiere decir que el artificio o la maniobra engañosa no pueda ser, en tales casos, calificado de bastante. Por ello, la doctrina de este Tribunal Supremo establece que si los aspectos de temporalidad antecedente y deter-

minación causal exigen la comprobación de que el engaño ha sido anterior en el tiempo al desplazamiento patrimonial realizado por la víctima y de que ha operado en relación de causa a efecto con tal actuación del perjudicado, determinar el carácter de bastante del engaño utilizado obliga a valorar la idoneidad y eficiencia objetiva para mover la voluntad de sujeto pasivo, que varía tanto como las condiciones de las propias personas. Desde luego un engaño que se presente como inverosímil, fantástico o de tal modo burdo que lo haga increíble no podrá ser admitido como eficaz para determinar la decisión de una persona de inteligencia media o normal, pero, aun tratándose de un engaño de apariencia creíble para la generalidad de las gentes, tampoco podrá ser idóneo o bastante cuando se utilice frente a personas profesionales o expertas en la materia a que el engaño se refiere o que conste sean plenamente conocedoras de las condiciones reales o jurídicas de la situación. Difícil resulta sin embargo dar una norma de general validez, pero puede admitirse como idóneo y de normal eficacia cualquier engaño que consista en la falsa expresión de hechos o condiciones que se presenten a la generalidad de las gentes como plausibles, razonables y creíbles, debiendo observarse para ello las circunstancias concretas de cada caso (STS de 13 de marzo de 2000). (...)

Sexto.—El problema aparece a la hora de determinar el grado de ejecución que deba atribuirse al delito surgido de la acumulación de las faltas de estafas ejecutadas con los requisitos que para la continuidad delictiva establece el art. 74 C.P. La cuestión no ofrece dificultad cuando al menos dos de dichas faltas han sido consumadas y entre ambas superan el límite de las cincuenta mil pesetas, en cuyo caso el delito de estafa generado debe reputarse también como consu-

mado. Pero cuando —como sucede en el caso actual— el delito de estafa nace de la conjunción de una falta consumada y otra solamente intentada (ninguna de las cuales supera las 50.000 ptas., pero sí la suma de ambas), entiende esta Sala que aquél no puede legalmente ser calificado como consumado, por cuanto el delito de estafa no es un delito de mera actividad, sino de resultado, que no se consuma sino cuando se produce el objetivo pretendido por el autor, es decir, el desplazamiento patrimonial que permita al agente una efectiva disponibilidad del beneficio ilícitamente obtenido. En el supuesto enjuiciado, es claro que el acusado no tuvo en ningún momento la disponibilidad del total de las 52.500 ptas. a que ascendía el resultado de las dos faltas de estafa, sino única y exclusivamente de las 30.000 ptas. producto de la primera acción defraudatoria, de tal suerte que al no haberse producido el efectivo desplazamiento patrimonial con posibilidad de disposición del global de las cantidades defraudadas el delito de estafa no puede ser considerado como consumado, sino ejecutado en grado de tentativa acabada, y en este punto deberá ser anulada la sentencia de instancia, dictándose otra por esta Sala en la que, ratificándose la calificación del delito de estafa por la continuidad delictiva de las dos faltas que lo constituyen, se sancione el mismo como delito intentado y no consumado, lo cual conlleva la degradación de la pena en un grado a la señalada por la ley para tal infracción (seis meses a cuatro años de prisión) por disposición del art. 62 CP, con lo que la pena resultante es de tres a seis meses de prisión. Y como el precepto aplicado es el art. 438 que dispone la imposición de la pena señalada al delito cometido en su mitad superior, se fija ésta en la de seis meses de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos años.

Sentencia 20/2001, Sala de lo Penal del TS, de 22 de enero de 2002

VIOLENCIA DOMÉSTICA.

Art. 153 Código Penal

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

SÍNTESIS

Además de recordar la doctrina jurisprudencial que se ha ido formando en relación al delito de violencia doméstica (y de la que constituye un foco fundamental la STS 927/2000, de 24 de junio, recogida en el n.º 2 de esta RDP), se ocupa esta sentencia de problemas como la comisión por omisión de la madre que no impide las lesiones causadas a su hija por el compañero sentimental de aquélla, o el dolo eventual, o los problemas concursales que presenta el art. 153 del CP. Por otra parte, la apreciación de una posición de garante por infracción de deberes parentales absorbe la agravante de parentesco.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) La condena de la recurrente se fundamenta en su comportamiento omisivo, ocupando posición de garante, al no haber evitado la producción habitual de resultados lesivos a la víctima menor, ocasionados materialmente por su compañero sentimental, con el manifiesto conocimiento y consentimiento de la recurrente. La concurrencia de dolo eventual de muerte en la agresión final en la cabeza que provocó a la niña un hematoma subdural bilateral, que pudo haber causado el fallecimiento de la menor evitado en última instancia gracias a una intervención quirúrgica vital, se deriva de la doctrina de esta Sala sobre el dolo eventual (Sentencias 27 de diciembre de 1982, 24 de octubre de 1989, 23 de abril de 1992, 6 de junio, 30 de junio y 26 de julio de 2000, entre otras muchas). Conforme a esta doctrina quien conoce suficientemente el

peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima. En el caso actual la omisión consciente de la recurrente frente a las graves agresiones de su compañero sentimental a una niña de dos años implica una aceptación del probable resultado de muerte derivado específicamente de la última agresión, dada la naturaleza y entidad de la misma y el lugar del cuerpo afectado. (...)

Tercero.—(...) La imputación de los resultados lesivos a la madre o al padre de un menor que incumple sus deberes de custodia, atención, preservación y guarda permi-

tiendo que otro les agrede con su conocimiento, halla su fundamento en el “deber de garantía” o “posición de garante” que la ley atribuye a los progenitores y que les impone garantizar que el resultado lesivo no se produzca, por lo que la no evitación consciente y voluntaria del resultado lesivo ha de equipararse a su propia causación positiva (art. 11 del CP 1995). Este Tribunal ha aplicado reiteradamente esta misma doctrina en casos similares: Sentencias de 22 de junio de 1991, 31 de octubre de 1991, 998/1995, de 6 de octubre, 481/1997, de 15 de abril, y 1161/2000 de 26 de junio, entre otras. (...)

Octavo.—(...) La sentencia de esta Sala núm. 927/2000 de 24 de junio de 2000, realiza un detenido estudio de las características y funciones del art. 153 del Código Penal, que penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable. Su doctrina debe complementarse por otras resoluciones de esta Sala como las SSTS núm. 645/1999, de 29 de abril, 834/2000, de 19 de mayo, 1161/2000, de 26 de junio, o 164/2001, de 5 de marzo.

Conviene recordar aquí la referida doctrina, pues servirá de base no sólo para la desestimación de este motivo casacional sino también para el análisis y resolución de los planteados por el Ministerio Público.

Comienza la referida sentencia núm. 927/2000, de 24 de junio de 2000, recordando que el antecedente del actual art. 153, fue el art. 425 del Código Penal de 1973 introducido por L.O. 3/1989, de 21 de junio, que sancionó la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, descansando el tipo sobre la nota de la habitualidad.

La STS de 17 de abril de 1997 estimó que los elementos vertebradores del tipo penal de maltrato familiar habitual definido en el art. 425 del Código Penal de 1973, eran los siguientes:

- a) Que la acción suponga el ejercicio de violencia física.
- b) Que se ejerza habitualmente, con lo que a pesar de no integrar tales acciones, individualmente consideradas, más que una sucesión de faltas, si se producen de modo habitual se estaría ante un delito.
- c) Que la acción violenta puede obedecer a cualquier fin y
- d) Que tanto el sujeto activo como el pasivo deben ser cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad.

La L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, (Nuevo Código Penal) en su art. 153 recogió el delito de maltrato familiar habitual del art. 425 del anterior Código Penal con una nueva redacción, que mejoraba y corregía determinados defectos del precepto anterior:

- a) Pasan a ser comprendidas en el tipo las violencias ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o convivente y sobre ascendientes.

- b) Se introduce la exigencia de convivencia aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallan sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o de su pareja.

- c) Se conserva la nota de que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una especial relación descrita en el tipo constituida por ser cónyuge o persona “ligada de forma estable por análoga relación de afectividad”, dato que constituye la razón del tipo.

- d) La otra nota que define el tipo la constituye la habitualidad, que aquí figura como elemento valorativo no afectado por la definición legal de habitualidad contenida en el art. 94 del Código Penal, que desenvuelve su eficacia exclusiva respecto de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad como se desprende tanto de la situación sistemática del art. 94 —dentro del Capítulo III del Título III “de las pe-

nas”—, como por la expresa remisión con que se inicia el artículo “... a los efectos previstos en las secciones 1.ª y 2.ª de este capítulo...”, que se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y a la sustitución de las mismas.

La L.O. 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el propósito explicitado en su Exposición de Motivos de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas, introdujo diversas reformas tanto en el Código Penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por lo que se refiere al tipo del art. 153 estas reformas son:

a) 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.

b) Se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la violencia física y ahora se extiende también a la psíquica.

c) Se proporciona una definición legal de habitualidad que se vertebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior. La habitualidad, término de clara raíz criminológica viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la concurrencia de los elementos citados que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado,

como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada.

Como conclusión de este resumen legislativo, destaca la repetida sentencia núm. 927/2000, de 24 de junio de 2000, que **puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del art. 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal.** En efecto, 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 la protección integral de los hijos del art. 39.

Coherentemente con este enfoque, destaca la repetida Sentencia núm. 927/2000, de 24 de junio de 2000, 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 presidida 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 que 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.

Esta autonomía de bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 153 es el que permite con claridad **afirmar la sustantividad de este tipo penal**; los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito, —se estaría en un supuesto de concurso de delitos (art. 77) y no de normas—, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia como ha quedado reforzado en la reforma del tipo penal dada por la L.O. 14/1999, de 9 de junio, siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas.

A esta doctrina sentada por la sentencia núm. 927/2000, de 24 de junio de 2000, debemos añadir lo expresado en la sentencia núm. 1161/2000, de 26 de junio de 2000, cuando destaca 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.

Y asimismo lo expresado por la Sentencia núm. 164/2001, de 5 de marzo, que destaca que siendo un elemento objetivo del tipo previsto en el art. 153 CP 1995, que la violencia física se ejerza, entre otros posibles sujetos pasivos, sobre el cónyuge o los hijos, **es claro que esta relación parental no puede servir al mismo tiempo, sin mengua del principio “ne bis in idem”, para integrar el tipo y para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad**, a lo que se opone, por lo demás, el mandato del art. 67 CP.

(...)

Undécimo.—El primer motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal interesa la aplicación de la agravante de alevosía en el delito de violencia doméstica del art. 153 para ambos acusados.

El motivo no puede ser estimado. Como ya hemos señalado la doctrina de esta Sala ha ratificado que el delito de malos tratos familiares constituye un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal, afirmando también que los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. Asimismo hemos afirmado que el bien jurídico protegido por este delito no es propiamente la integridad física de los agredidos (si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y además la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio “ne bis in idem”), sino 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. También hemos destacado que esta norma penal 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, lo que determina que el tipo lleve ínsito, al menos, un cierto abuso de superioridad.

Aplicando esta doctrina a la cuestión controvertida es claro que las agravantes referidas a los medios, modos o formas con los que se ejecuta cada agresión concreta, como lo es la alevosía, deben ser apreciadas en la sanción separada de cada una de dichas agresiones como delitos o faltas contra la integridad física, pero no reproducirse al sancionar adicionalmente el delito contra la paz familiar integrado por la habitualidad del comportamiento violento, pues en primer lugar este delito no es propiamente un delito contra las personas —únicos en los que resulta aplicable la agravante de alevosía, conforme al art. 22.1.º del CP 1995— sino contra la pacífica convivencia familiar y en segundo lugar si el modo de ejecución de una agresión concreta se utilizase repetidamente tanto como agravante del delito de lesiones como del delito de malos tratos habituales, se estaría vulnerando el principio “ne bis in idem”.

Ello no quiere decir que el mayor desvalor de la acción derivado del modo alevoso de comisión de una o más agresiones quede sin sanción, pues agravará, en cada caso, si procediese, los delitos integrados por cada agresión concreta. En el supuesto actual, como se analizará seguidamente, procede la aplicación de la agravante de abuso de superioridad, que fue la expresamente solicitada por el Ministerio Público, en el delito de homicidio intentado.

Asimismo, en los delitos de violencia doméstica el Tribunal “a quo” podrá tomar en consideración en cada caso las circunstancias de las víctimas y los modos de ejecución al individualizar la pena, pudiendo recorrer la pena prevenida para el tipo en toda su extensión (art. 66.1.º del CP 1995), si el caso lo justificase y la sentencia lo motivase expresamente, sin necesidad de que dichos modos de ejecución integren circunstancias modificativas específicas propias de los delitos contra las personas.

Duodécimo.—El segundo motivo del recurso del Ministerio Público interesa la aplicación de la agravante de abuso de superioridad al agresor material en el delito de homicidio intentado.

El motivo debe ser estimado. La Sala sentenciadora no aplica esta circunstancia de agravación por entender que dada la edad de la menor y su total desvalimiento, la agravante que correspondería sería la de alevosía, que no puede aplicarse porque no ha sido peticionada y por su discutible compatibilidad con el dolo eventual. Precisamente esta última consideración es la que llevó a la acusación pública a prescindir de la alevosía, pero ello no excluye en absoluto que, dado el manifiesto desequilibrio de fuerzas y su aprovechamiento por el acusado, se aprecie la agravación de abuso de superioridad.

Decimotercero.—El tercer motivo del recurso interpuesto interesa la aplicación de la agravante de parentesco en el delito de homicidio intentado para la madre de la menor.

El motivo no puede ser estimado, debiendo ratificarse el criterio del Tribunal de instancia que excluye la aplicación de esta agravante en el delito cometido por omisión, por estimar que ha sido precisamente esa relación de parentesco la que ha determinado la condena de la madre por revestirla de la “posición de garante” respecto de su hija.

Como recuerda la sentencia núm. 1025/2001, de 4 de abril, la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 C.P.) es de aplicación cuando la relación familiar resulte relevante en relación con el tipo delictivo, y se aplica como atenuante o agravante atendiendo al mayor o menor grado de reprochabilidad que merece el comportamiento del autor por el hecho de existir la relación parental, conyugal o de análoga afectividad, pudiendo estimarse que un delito cometido entre familiares será más o menos reprochable que el cometido por extraños cuando el tipo de relación familiar concreta existente

incremento o disminuya, en cierto modo, el vigor o entidad del mandato que lo impide así como los efectos sobre la víctima. En términos de la STS 1104/2000, de 26 de junio, la agravación “aparece fundamentada en el aprovechamiento de circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, **en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o incluso, fundada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura**”.

Por ello hemos declarado que junto a los dos requisitos que el Ministerio Fiscal expone, la existencia de la relación parental y el conocimiento por el autor del hecho, ha de concurrir como elemento subjetivo **la existencia de un sentimiento especial derivado de la representación de los deberes morales y jurídicos que la relación familiar entre parientes determina** (sentencia núm. 1025/2001, de 4 de abril).

Pues bien, son precisamente estos mismos deberes derivados de la relación parental los que, como infracción de un especial deber jurídico del autor conforme a lo expresamente prevenido por el art. 11 del CP 1995, determinan la posición de garante y justifican la condena de la madre de la menor como autora por omisión. Derivar de la misma infracción de los deberes parentales una circunstancia de agravación adicional implica una doble valoración, en perjuicio

del reo, de una misma infracción, por lo que vulneraría el principio “non bis in idem”.

Es cierto que esta Sala ha aplicado en alguna ocasión la agravante de parentesco en condenas por omisión a quien se encontraba en posición de garante parental, como sucede en la sentencia citada por el Ministerio Público de 15 de abril de 1997, núm. 481/1997, pero se trata de resoluciones aisladas en las que no se plantea el problema de la eventual absorción ahora resuelto expresamente, y además la agravante se aprecia al amparo de la apreciación simultánea de una eximente incompleta que disminuye la culpabilidad. Por el contrario en otras resoluciones más numerosas dicha agravación no se aprecia (S. 27 de octubre de 1997, núm. 1286/1997, S. 27 de junio de 1997, núm. 950/1997, o S. 19 de octubre de 2000, núm. 1618/2000). Concretamente en esta última se casa la sentencia de instancia para suprimir la agravante de parentesco en la madre condenada por imprudencia por la muerte de su hija, por estimar que “la omisión del deber de cuidado que le era exigible a la madre, y por la que ha sido condenada, comprende el presupuesto de la agravación”, justificación igualmente aplicable a los supuestos de comisión por omisión.

En definitiva la apreciación de la posición de garante por infracción de deberes parentales absorbe la agravante de parentesco, porque la condena ya integra el presupuesto de la agravación.

Sentencia 38/2001, Sala de lo Penal del TS, de 22 de enero de 2002

PRINCIPIO ACUSATORIO. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

Arts. 23 y 180.4.º Código Penal; 733 LECrim.; arts. 181.2.1.º y 182.2.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos**

SÍNTESIS

No conculca el principio acusatorio la aplicación por el Juzgador de la agravante de parentesco del art. 23 del CP no invocada por las acusaciones que en cambio habían solicitado la agravación específica de “prevalerse de la relación de parentesco” del art. 180.4.º La homogeneidad de ambas justifica tal solución y dispensa del uso del 733 de la LECrim. Por otra parte, se declara la posibilidad de aplicar la agravación de la “especial vulnerabilidad” de la víctima (art. 182.2.º del CP) a un caso en el que ésta es, además, menor de doce años (art. 181.2.1.º del CP).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Se argumenta por el recurrente que, en contra de lo dispuesto en el artículo 67 del Código, la circunstancia de ser la víctima menor de doce años ha sido tenida en cuenta en un doble sentido, para entender que existieron abusos sexuales no consentidos (artículo 181.2.1.º del Código Penal), y, al mismo tiempo, para aplicar la agravación específica que establece el artículo 182.2.º O lo que es lo mismo, el tipo o subtipo agravado está incluido en el tipo base y no puede apreciarse por separado.

Si esta alegación fuera cierta no cabe duda la razón que asistiría al recurrente, pues aparte de la normativa concreta aplicable al caso, nos encontraríamos con que se habría conculcado un principio tan importante como es el “ne bis in idem”. Pero ello no es cierto, pues una cosa es que por imposición legal (“ope legis”) se entienda que los abusos sexuales realizados a menores de doce años siempre se han de considerar cometidos con violencia o intimidación, o lo que es lo mismo “no consentidos”, y otra muy distinta es que además, y en cada caso enjuiciado, se pueda aplicar la agravante o subtipo agravado de que la persona (también el menor) sea “especialmente vulnerable”. Y es que el precepto (circunstancia que parece olvidar el recurrente) no sólo se refiere a que tal vulnerabilidad traiga causa o razón

de ser por motivo de la “edad”, sino que también lo puede ser debido a “enfermedad” o a “situación” concreta de la víctima. Es decir, que es perfectamente compatible, en determinados casos, la aplicación del tipo base de las agresiones sexuales cuando la víctima sea menor de doce años, con la aplicación al mismo tiempo de la agravación por mayor o especial vulnerabilidad.

En el supuesto enjuiciado esta compatibilidad es evidente, pues amén de que la víctima tenía once años al tiempo de ocurrir los hechos, se encontraba en una concreta y evidente “situación” de desamparo si tenemos en cuenta el entorno familiar que la rodeaba, la falta de mínima educación que le habían proporcionado, el descuido de sus progenitores a esos efectos, etc. Todo ello, no cabe duda, y con independencia de su edad, le hacía una persona “especialmente vulnerable”. (...)

Quinto.—El motivo quinto por quebrantamiento de forma y el séptimo por infracción de preceptos constitucionales contienen, en esencia los mismos argumentos y la misma razón de pedir que no es otra que en la sentencia recurrida se ha conculcado el principio acusatorio al haberse aplicado la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal, siendo así que tal agravante no fue solicitada ni por la acusación pública ni por la particular, infringiéndose asimismo el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento

al no haberse planteado la tesis según exige dicho precepto.

Es cierto que en las conclusiones, tanto provisionales, como definitivas, ninguna de las dos acusaciones solicitaron se aplicase al acusado la referida agravante de parentesco, pero no es menos cierto que ambas entendieron que los hechos habrían de incluirse en la circunstancia 4.^a del artículo 180 del Código Penal, “cuando el delito se cometa, prevaleciendo de su relación de parentesco, por ascendientes, descendientes o hermanos”. Es decir, esta petición constituye una agravante específica que tiene como sede principal el “parentesco” y que supone, cuando se da, la aplicación de una pena de privación de libertad, para los delitos del artículo 178 de entre cuatro y diez años, y para los del artículo 179 de doce a quince años.

La Sala de instancia, por tanto, no transgredió el principio acusatorio al transformar, en favor del reo, esa agravación específica en la genérica del artículo 23, si tenemos en cuenta que ambas tienen la misma base o raíz de ser el acusado pariente dentro de los grados que establecen ambos preceptos (hermano), o lo que es lo mismo, se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de carácter homogéneo, lo que determina que el Tribunal puede optar por una o por otra, siempre, como aquí ocurre, que la opción se decante por la menos gravosa al acusado.

Siendo ello así, la decisión de la Sala no ha podido causar de modo alguno indefensión al interesado, no cupiendo hablar tampoco (obvio es decirlo) de la necesidad de plantear la tesis que se recoge en el artículo 733 de la Ley Procesal.

Sentencia 59/2002, Sala de lo Penal del TS, de 25 de enero de 2002

ARREBATO Y OBCECACIÓN.

Art. 21.3 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece la doctrina general en torno al efecto atenuatorio sobre la responsabilidad penal de los denominados “estados pasionales”. (Véase también la STS 1766/2001, de 5 de octubre de 2001).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) La atenuante tercera del art. 21 del Código Penal, denominada de “estado pasional”, que evidentemente no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en la importancia que tienen

ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. Esta atenuante tiene, en consecuencia, su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple aca-

loramiento (e incluso aturdimiento) que ordinariamente acompaña los delitos denominados de sangre, como el que es objeto de esta censura casacional. Tal estado pasional tiene que tener una intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios, de modo que el sujeto se encuentre inmerso en una situación emotiva que la ley ha denominado como de “arrebato” u “obcecación”. El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una “especie de conmoción psíquica de furor” y la segunda como “un estado de ceguedad y ofuscación”, con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda (STS 2-7-1988); otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el “arrebato como emoción súbita y de corta duración” y “la obcecación es más duradera y permanente” (STS 28-5-1992); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS 10-10-1997).

El estado pasional que postula el recurrente como circunstancia atenuante requiere dos elementos: de un lado, desde el punto de vista interno, una situación de cólera o ímpetu pasional que reduzca, limitándolas, las facultades mentales del sujeto activo del delito, de modo que se produzca una situación de ofuscación de una importante entidad que suponga que sus resortes inhibitorios se vean seriamente afectados; de otro lado, desde una perspectiva externa, se ha de producir un estímulo exterior, a modo de detonante, generalmente como consecuencia de la actuación de la víctima, que ocasione el desencadenamiento de tal impulso interior que desarrolle en su psicología una violenta reacción, en cierto modo provocada por tal estímulo exterior, perdiendo el control de aquellos frenos inhibitorios, inherentes a la naturaleza humana.

En el caso sometido a nuestra revisión casacional, el informe psiquiátrico invocado por el recurrente puede conformar tal base patológica que justificaría, a estos efectos

atenuatorios, una reacción de características violentas, ya que el acusado presenta un trastorno adaptativo, así como rasgos de personalidad obsesiva, que pueden condicionar, en situaciones de “estrés”, “episodios explosivos de cólera que pueden desembocar en una reacción antisocial transitoria con fallos de control de impulsos”, pudiéndose admitir una alteración de la capacidad volitiva en el momento de los hechos. Ahora bien, en el desarrollo de los hechos probados queda ausente toda actuación por parte de la víctima desencadenante de tal reacción patológica, a modo de impulso externo, que encienda tal mecanismo desinhibitorio o que pudiera producir episodio explosivo alguno en la personalidad obsesiva del acusado.

Así, del relato factual se deduce que el matrimonio atravesaba una situación de crisis profunda que dio como resultado primero la presentación por la esposa de unas medidas urgentes de separación que le permitieran vivir separada de su marido, y más tarde, propiamente la demanda de separación contenciosa. Dos días después de tal actuación procesal, en la noche del 15 de julio de 1998, al llegar a casa el acusado, subió a la planta alta de su vivienda, donde se encontraban los dormitorios y pretendió hablar con su esposa quien temerosa por ella y por sus hijas no abrió la puerta de la habitación (en la que habitualmente se encerraba en las últimas fechas “en la certeza de que su marido sería capaz de causarle algún mal”), ante lo cual el acusado bajó a la cocina y cogió un cuchillo de grandes dimensiones y subiendo nuevamente golpeó la puerta, haciendo saltar las manecillas y pestillos de la misma, seguidamente, acuchilló a su esposa, que se encontraba con sus hijas de uno y seis años de edad, causándole la muerte de forma instantánea.

De modo que del “factum” no resulta circunstancia alguna desencadenante de su violenta reacción, por lo que mal se puede alegar dicho estado pasional a título de arrebato u obcecación, porque solamente a su conducta puede achacarse su comportamiento

explosivo que, en todo caso, siempre ha sido interpretado con cierto rigor restrictivo por esta Sala Casacional, no justificándose ordi-

nariamente reacciones explosivas lesivas —con la magnitud del caso— en comportamientos delictivos.

Sentencia 82/2002, Sala de lo Penal del TS, de 28 de enero de 2002

ENTRADA Y REGISTRO: FALTA DE MOTIVACIÓN.

Arts. 18.2 CE; 558 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio**

SÍNTESIS

Admitiendo que la motivación judicial del auto pueda integrarse por la solicitud policial, es insuficiente, sin embargo, que esta última se limite a consignar las afirmaciones efectuadas por un confidente y no, como sería necesario, el resultado de la consiguiente investigación policial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—1. La resolución judicial que autoriza la entrada y registro es un mecanismo de carácter preventivo para la protección del derecho fundamental, que sólo cumple su función en la medida en que esté motivada, lo que explica que la motivación constituya un requisito esencial de la misma resolución judicial, como garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida en el art. 18.2 CE y de la proporcionalidad de la medida acordada.

La motivación judicial, como se dice en la sentencia impugnada, puede integrarse desde luego, como tantas veces ha expresado esta Sala, por la solicitud policial. En el presente caso se fundaba exclusivamente en “denuncia confidencial”.

Una confidencia a la policía no es una denuncia pues ésta requiere que se haga constar la identidad del denunciador, como

exige el art. 268 de la LECrim. pero puede ser un medio de recepción de la “notitia criminis” que dé lugar a que la policía compruebe la realidad de la misma y como resultado de esa comprobación iniciar, como señala el Ministerio Fiscal, las actuaciones establecidas en los arts 282 y siguientes de la LECrim. elevándolas al órgano judicial computante. Las solicitudes policiales cuando no existe causa penal abierta tienen el valor de denuncia y obligan a incoar las correspondientes diligencias judiciales. Si no fuera así sería la propia policía la que, prácticamente, decidiría una medida que limita un derecho fundamental.

Las “noticias confidenciales”, en suma, aunque se consideren fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales (En este sentido STC 8/2000, de 17 de enero).

No son los hechos que se describen en la noticia confidencial los que pueden servir de fundamento a la resolución judicial autorizando la entrada y registro sino el resultado de la investigación de la policía que, en este caso, se limitó a consignar en el escrito de solicitud al Juzgado las afirmaciones que le hizo el confidente y que, realizadas las oportunas gestiones, se había podido comprobar “que el denunciado conduce el vehículo mencionado” (f. 39), lo que era manifiestamente insuficiente para justificar la medida cautelar que se pedía y en consecuencia, también era insuficiente la motivación del

Auto que la autorizó, que tampoco podía completarse con el “ulterior atestado policial”, pues si bien revela una mayor información no subsana la parquedad del oficio inicial que es lo único existente en el momento de dictar la resolución judicial habilitante de la entrada y lo único que podría estar llamado a integrar la resolución judicial, (...). La motivación del Auto cuestionado no es que fuera “escueta y parca”, como dice la Sala “a quo”, sino inexistente y causó indefensión material al recurrente vulnerando el art. 18.2 de la Constitución, siendo nulo de conformidad con el art. 238.3.º de la LOPJ.

Sentencia 75/2002, Sala de lo Penal del TS, de 29 de enero de 2002

FALSIFICACIÓN DE MONEDA.

Art. 386.3 Código Penal

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

SÍNTESIS

Rechaza la sentencia que la modalidad delictiva prevista en el artículo 386.3 del CP (expedición de moneda falsa adquirida de buena fe) sea punible en el grado de tentativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El párrafo tercero del nuevo artículo 386, cuyo antecedente está constituido por el 286 del Texto derogado, criminaliza el supuesto de expedición o distribución de moneda falsa adquirida de buena fe después de constarle al agente la falsedad de la misma, siempre que el valor aparente de la moneda fuese superior a las 50.000 pesetas, pues siendo inferior será considerado el hecho como fal-

ta tipificada en el artículo 629 C.P. vigente. La consumación del delito, pues, exige: a) el hecho de la adquisición de la moneda apócrifa de buena fe, es decir, ello implica que el adquirente haya sido bien engañado por el expendedor de la misma o bien incluso le haya sido entregada sin tampoco conocer aquél su inautenticidad, pues lo relevante es el desconocimiento de la falsedad, siendo incluso indiferente que la posesión haya sido adquirida en virtud de una transacción lícita o de un hecho ilícito, pues la buena fe se predica de la moneda en sí misma pero no

del título de su adquisición; b) que tenga conocimiento de la falsedad con posterioridad a dicho momento adquisitivo y ya la moneda en su posesión; c) que la misma sea expendida o distribuida a un tercero, lo que equivale al traspaso de la posesión de las monedas o su reintroducción en el tráfico, bastando para ello el mero acto traslativo; y d) que el valor aparente de dicha moneda expendida o distribuida exceda de la cuantía de 50.000 pesetas. A la vista de los requisitos anteriores se observa la falta de concurrencia del correspondiente al apartado c), de naturaleza eminentemente objetiva, pues los billetes no llegaron a cambiar de mano. Por ello la Audiencia entiende que el desarrollo del delito no alcanza el grado de consumación, pero los actos descritos en el “factum” son subsumibles en el grado de tentativa que con carácter general regula el artículo 16.1 C.P.

La tentativa supone pasar ya de la fase preparatoria a la de ejecución, pues como señala el precepto indicado existe cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes del autor, es decir: objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, la voluntad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, la ausencia de un desistimiento voluntario. Mientras que en relación con los actos preparatorios la regla general es la de su impunidad, cuando se ha pasado ya a la fase ejecutiva del delito el principio que opera es el de la punición de la tentativa con las excepciones señaladas en el artículo 15 C.P.

El motivo debe ser estimado.

En primer lugar, por cuanto el sustrato fáctico no revela la existencia de hechos exteriores directamente encaminados a la ejecución del tipo penal, y la intención constatada del agente no deja de ser una mera idea o preparación sujeta en su caso a la contingencia que dicho ánimo lleva consi-

go. No es posible reconocer desde una esfera ajena al sujeto un hecho externo ejecutivo basado en la mera ideación o intención del mismo, cuando la mera tenencia de las monedas inauténticas adquiridas de buena fe no está criminalizada.

En segundo lugar, una valoración sistemática del complejo precepto constituido por el artículo 386 C.P. nos lleva a aceptar como criterio del legislador la punición expresa de determinados supuestos de tentativa de expedición o distribución de moneda falsa, así, el párrafo segundo de dicho precepto castiga la tenencia para su expedición o distribución siempre que la tenencia sea fruto de la connivencia con los falsificadores, introductores o expendedores a que se refieren los tres números del párrafo primero del citado precepto, lo que sin embargo no se prevé cuando la adquisición es de buena fe. Igualmente, el inciso segundo del párrafo segundo del artículo 386, que castiga la tenencia preordenada a la circulación de la moneda falsa adquirida en ese concepto. Si en estos casos la barrera de protección penal se adelanta criminalizando lo que es una tentativa de expedición o distribución, ello es porque se trata de supuestos de injustos más graves que el previsto en el párrafo tercero aplicado por la Audiencia.

En tercer lugar, este último supuesto de expedición atiende también a una realidad respecto de la cual ensanchar su criminalización resultaría excesivo (vuelta en el comercio de un billete falso recibido de buena fe, constancia posterior de su inautenticidad, e intención del sujeto de reintroducirlo en el comercio). Ello debe responder al principio de intervención mínima desde la perspectiva del legislador.

Por último, la Jurisprudencia de esta Sala es cierto que ha admitido supuestos de ejecución imperfecta en relación con este tipo de delitos. La S.T.S. de 30/6/1993 se refiere a una tentativa de expedición en relación con el antiguo artículo 285 C.P. 1973, pero no se trataba de adquisición de buena fe, admitiéndose cuando la entrega no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del

agente (intervención policial o que la moneda sea rechazada por la persona a la que se ofrece, antiguo supuesto de frustración). También S.S.T.S. de 12/2/1990, 1/10/1990, 2/3/1991. La de 1/10/1992, referida al antiguo artículo 287, afirma que se trata de un simple delito de actividad que por ello no acepta las formas imperfectas de ejecución. Sin embargo, la mucho más reciente sentencia 88/1999, de 27/1, afirma, aunque directamente para desestimar la aplicación del párrafo segundo del artículo 386 C.P. al caso

enjuiciado, que no es delictiva la adquisición ni posesión, en cuanto tenencia, ni siquiera tras saber la falsedad de la moneda y decidir expenderla, porque falta la exigencia típica de la conciencia de la falsedad precisamente en el momento inicial de su adquisición (lo que determinaría la aplicación de dicho párrafo), siendo otra cosa que la infracción se cometiera después con el hecho de expenderla sabiendo ya que era falsa, lo que equivale a entender impune la tenencia en la hipótesis del párrafo tercero.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 99/2001, AP SEVILLA, Sec. 3.ª, de 14 de mayo de 2001

REQUISITOS DEL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS.

Art. 318 bis Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Holgado Merino**

SÍNTESIS

El tipo del art. 318 bis del CP, introducido por la LO 4/2000, de 11 de enero, es un tipo de peligro abstracto que no exige para su consumación la causación de un perjuicio efectivo para los afectados, ni la habitualidad, ni el ánimo de lucro (que, de concurrir, integraría la figura agravada de este delito).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Conviene hacer unas cuantas precisiones sobre el art. 318 bis del C. Penal.

Este precepto legal ha sido introducido por Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o Ley de Extranjería como es común denomi-

narla, con ello pretende el legislador cubrir algunos vacíos que la protección penal brinda a determinados extranjeros que están inmersos en la inmigración ilegal, de ahí que se hable de tráfico de “personas”.

Se busca primordialmente la ordenación y regulación de los flujos migratorios por los cauces y conforme a los criterios legales.

El fundamento material del requisito del art. 318 bis analizado reside en la privación o menoscabo del disfrute de libertades del Título I de la Constitución por parte del extranjero víctima del tráfico ilegal.

El bien jurídico protegido en lo que atañe a la inmigración clandestina se residencia en el interés del Estado en el control, no tanto del mercado de trabajo, como de la presencia de súbditos extranjeros en España.

Se trata de un delito común en que la conducta incriminada consiste en promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas. Se trata de un delito de peligro abstracto donde la consumación se alcanza con la realización de las conductas antes dichas sin que sea necesario acreditar la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo. De la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido se deduce varias consecuencias, a) Es indiferente el número de personas afectadas por el tráfico, b) El bien jurídico es irrenun-

ciable y no disponible, de manera que el consentimiento prestado por quien consiente ser objeto del tráfico es irrelevante.

Por último no es exigible ánimo de lucro ni habitualidad en la conducta.

Tercero.—No existe infracción de norma legal que se denuncia. En el tipo penal básico aplicado no es exigible el ánimo de lucro, pues este elemento actúa para integrar el subtipo agravado del núm. 2 del art. 318 bis.

Tampoco se exige habitualidad o “profesionalidad” como señala la recurrente. La actividad realizada por el acusado es ciertamente relevante (afecta al menos a 8 personas) contaba con medios, quizás rudimentarios, ahora bien, la clandestinidad con que se llevó a efecto (conduciendo de noche), con al menos ocho personas desconocidas dan relevancia al acto de tráfico enjuiciado hasta hacerlo punible.

Auto 199/2001, AP VIZCAYA, Sec. 2.ª, de 30 de mayo de 2001

DIVERGENCIA ENTRE EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN POR EL QUE SE TOMA DECLARACIÓN A LOS INculpADOS Y EL QUE SE CONTIENE EN EL AUTO DE INCOACIÓN DE PROCEDIMIENTO.

Arts. 789.5, 790.9, 799 LECrim. y 24 CE

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Jesús Erroba Zubeldia**

SÍNTESIS

En la instrucción se tomó declaración a los inculpados por la presunta comisión de delitos de falsedad y estafa. Sin embargo, en el auto de incoación de procedimiento abreviado se les imputa, además, un delito de apropiación indebida, sin incluir un relato de hechos relativos a esta última infracción. Alegándose nulidad de actuaciones (por haberse causado indefensión) declaran el auto que examinamos que la cuestión no puede examinarse abstractamente, sino a la vista de cada caso concreto que venga en consideración. Se resuelve que en este caso no se produjo efectiva indefensión.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—Se alza la Dirección Letrada recurrente contra el auto resolutorio de la petición de nulidad del auto de transformación de diligencias previas en Procedimiento Abreviado. Fundamenta la procedencia de la nulidad en que durante la instrucción de la causa se tomó a los imputados declaración por la presunta comisión de un delito de falsedad en documento mercantil y otro de estafa. Sin embargo, en el auto de incoación de Procedimiento Abreviado se les imputa además un delito de apropiación indebida con lo que se les causa indefensión, y no se incluye tampoco un relato de hechos agravando esa situación de indefensión.

(...)

Segundo.—Ha de convenirse con el auto apelado que no toda irregularidad procesal es causa de nulidad de actuaciones. Sólo procederá tan drástico pronunciamiento cuando la irregularidad o vicio procesal haya causado indefensión material, e igualmente, se comparte el criterio del juzgador de instancia en cuanto que el auto de transformación de diligencias previas en Procedimiento Abreviado determina el tipo de procedimiento a seguir en atención a los hechos objeto de imputación, debiendo justificarse la adecuación de los trámites a lo previsto en los arts. 779 y ss. LECrim.

Partiendo de estas premisas, recientes sentencias dictadas por el Tribunal Supremo se han pronunciado en sentido contrario a la declaración de nulidad del auto de transformación de diligencias previas en Procedimiento Abreviado por la simple constatación de ausencia de un relato de hechos. En este sentido se pronuncia la sentencia de fecha 18 de abril de 2000:

(...)

Cuarto.—(...)

En el caso que nos ocupa la Dirección Letrada recurrente manifiesta que se les ha causado indefensión a los acusados porque se les imputa un delito de apropiación indebida del que no han sido conocedores hasta que apareció reflejado en el auto de fecha 20 de marzo de 1997. Pues bien debe en primer lugar aclararse que, aunque este auto de transformación de las diligencias previas en Procedimiento Abreviado imputa un delito de apropiación indebida, las acusaciones, Ministerio Fiscal y Particular, no acusan por un delito sino por una falta de apropiación indebida en atención a la cuantía de lo supuestamente apropiado. En segundo lugar, el hecho que sustenta esta imputación ha estado presente a lo largo de la instrucción de la causa. En tercer lugar, la estructura de este ilícito penal es sencilla: los imputados, ya acusados, se habrían quedado con parte del material de la querellante, concretamente, unos sellos que se valoran en cuantía inferior a 50.000 pesetas y que fueron intervenidos en una entrada y registro judicial de local donde venían ejerciendo su actividad. En cuarto lugar, la estructura del auto de transformación de diligencias previas en Procedimiento Abreviado es también sencilla en este caso: en el apartado concerniente a los hechos hay una remisión a las actuaciones practicadas en la instrucción. Y en quinto lugar, notificado a los imputados dicho auto de transformación de diligencias previas en Procedimiento Abreviado, personalmente y a través de su Procurador, por la entonces Dirección Letrada que les asistía —siempre han gozado de asistencia Letrada— no se causó alegación alguna sobre una hipotética indefensión y no se impugnó.

Así las cosas, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial comentada, ha de concluirse que el auto de fecha 20 de marzo de 1997 no causó indefensión a los acusados y por ello resulta improcedente la interesada declaración de nulidad y debe, en consecuencia, desestimarse el presente recurso de apelación interpuesto.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 8.^a, de 28 de junio de 2001

TRATAMIENTO PENAL DEL SIMULACRO CONCERTADO DE ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL PARA PERCIBIR INDEMNIZACIONES A TRAVÉS DE UN PROCESO JUDICIAL.

Arts. 248, 249, 250, 350, 392, 456 y 457 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Ortí Ponte**

SÍNTESIS

Los acusados se concertaron para simular la ocurrencia de un siniestro. A tal fin, elaboraron un parte amistoso de accidente y el supuesto perjudicado entabló las correspondientes acciones judiciales para reclamar por daños y lesiones, tanto en vía penal como civil. Examina la sentencia la relevancia penal de estos hechos a los efectos de los tipos de falsedad en documento mercantil, delito de acusación o demanda falsa, simulación de delito y estafa procesal. Únicamente condena por los dos últimos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Hechos Probados. Probado y así se declara que el acusado Jesús C. conducía el vehículo de su propiedad y debido a la llovizna que caía en ese momento y a la excesiva velocidad con la que circulaba, perdió el control de su vehículo en una curva allí existente, saliéndose de la calzada y volcando, sin que interviniera en dicho accidente ningún otro vehículo. Dado que el acusado C.Ll. era el único culpable de dicho accidente y con el fin de cobrar de la compañía aseguradora los daños causados a su vehículo, se puso en contacto con el acusado R. y, puestas de común acuerdo ambos, confeccionaron un parte amistoso de accidente en el que con claro desprecio a la verdad, el

acusado Jesús C., fingía ser víctima del accidente ocasionado por el acusado.

En ejecución del plan trazado por ambos acusados, el acusado Jesús C. presentó ante el Juzgado denuncia penal por los citados hechos; en dicho procedimiento se dictó auto de archivo.

(...)

Como consecuencia de dicho archivo en la vía penal y con la finalidad de cobrar de la entidad aseguradora la indemnización que pudiera corresponderle, y en ejecución del mismo plan, el acusado C. con conocimiento del acusado R. interpuso demanda de Juicio Verbal Civil aportando como documentos acompañados a la demanda el mendaz parte amistoso de accidente y el auto de archivo, demanda que fue admitida a trámite,

contestada la demanda por la entidad Seguros B. y como consecuencia de la querrela criminal interpuesta por la entidad aseguradora B. fue suspendido en su tramitación por alegación de cuestión prejudicial, a resultas de la resolución que recaiga en el presente procedimiento.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos declarados probados no son constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil previsto y penado en el art. 392 en relación con el art. 390.1.º y 2.º del C.P.

En primer lugar procede entrar a examinar si el parte amistoso de accidente confeccionado por ambos acusados, tiene o no la consideración de documento mercantil, tal y como califica tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular. La respuesta al respecto no puede ser otra que afirmativa.

(...)

Dicho esto procede entrar a examinar si la conducta de los imputados constituye o no falsedad desde el punto de vista del derecho penal, la respuesta no puede ser otra que no. Entiende la Sala que la falsedad cometida por los acusados encuentra su encaje en el n.º 4 del art. 390 el cual sanciona el hecho de faltar a la verdad en la narración de los hechos; (...)

Teniendo en cuenta que los partes de accidente amistosos presentados a las Compañías aseguradoras tienen el carácter de documentos mercantiles, la conducta consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos consignados en los mismos no se encuentra comprendida en el artículo 392 del Código Penal vigente, aplicable en carácter de norma más favorable.

(...)

Segundo.—En segundo lugar. Respecto del imputado R., los hechos declarados probados no son constitutivos del delito previsto y penado en el art. 456.1.º párrafo 30 del

C.P. ya que éste en ningún momento imputó al acusado C. hechos que de ser ciertos fueren constitutivos de infracción penal ya sea delito o falta.

En cuando a si la conducta del imputado Sr. C. es constitutiva del referido delito, la respuesta es que no y ello por dos razones. En primer lugar (...) porque dicho precepto se refiere a imputar a alguna persona hechos que de ser ciertos, constituirían una infracción penal, bien delito o falta, por el contrario el acusado C., en su denuncia pone de manifiesto en efecto unos hechos que no califica ni como delito ni como falta, y lo cierto es que los hechos denunciados por el Sr. C. no son constitutivos de infracción penal, por lo que se dictó el auto de archivo.

(...)

Aun en el supuesto de no ser compartida la tesis anterior, existe una segunda razón por la cual los imputados no pueden ser condenados por el delito previsto y penado en el art. 456.1.º 3.º del C.P., como es el hecho de faltar en autos el requisito de procedibilidad que impone el último párrafo del citado artículo. En efecto, éste establece que “No podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Éstos mandarán proceder de oficio contra el denunciante o el acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido”.

(...)

Tercero.—Analizado en el fundamento de derecho anterior que los hechos no son constitutivos del delito previsto en el art. 456.1.º apartado 3.º del C.P., cabe preguntarse si por el contrario lo son del art. 457 del C.P.

En primer y en cuanto al imputado Sr. R., los hechos declarados aprobados no son constitutivos de dicha infracción penal, ya que de las actuaciones obrantes en autos no

resulta probado que el mismo simulare ante ninguna autoridad o funcionario judicial ser responsable de una presunta falta de imprudencia con resultado de lesiones y daños.

(...)

Cuarto.—En cuanto al imputado Sr. C. los hechos en efecto sí son constitutivos del delito de simulación de delito previsto y penado en el art. 457 del C.P. y ello por concurrir en su conducta los elementos integrantes de dicha infracción penal, como son:

A) Que ante autoridad competente se simule por el agente ser víctima o responsable de un delito, considerándose también a estos efectos como autoridad a la policía judicial.

B) Que dicha actuación motive una actuación procesal, (...) lo que ocurrió en este caso como se desprende del auto de archivo del Juicio Verbal de Faltas. (...)

C) Que el fingimiento del delito se realice a sabiendas, es decir, con la voluntad de simular lo fingido con conciencia plena de su falsedad, elemento interno del delito que excluye su comisión culposa y que determina claramente la inclusión en el tipo de un elemento de culpabilidad.

D) Existencia de una relación causal entre la falsedad personal y la incoación del procedimiento penal.

(...)

Quinto.—Igualmente los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de estafa en grado de tentativa previsto y penado en el art. 248, 249 y 250.20 del C.P. en relación con el art. 16 y 62 del citado cuerpo legal, en su modalidad de estafa procesal.

Reiterada doctrina jurisprudencial ha establecido que son elementos del delito de

estafa, según la definición legal del artículo 248.1 del Código Penal vigente, transcripción del 528 del anterior Código, los siguientes:

a) Una acción engañosa, precedente o concurrente, que viene a constituir la “ratio essendi”, de la estafa, realizada con afán de enriquecimiento propio o de tercero mediante una acción adecuada, eficaz y suficiente para provocar error bastante a los efectos de realización de un acto de disposición o desplazamiento patrimonial con el consiguiente perjuicio enlazado causalmente con el engaño que provoca el acto.

b) La transmisión económica realizada ha de implicar el quebranto o violación de normas que la rigen, ante la repudiación que el ente social hace de la conducta llevada a efecto por el actor de la infracción criminal.

c) La conciencia y voluntad del acto realizado y además que el engaño consista en cierto artificio o maquinación insidiosa con operatividad de producir en el sujeto pasivo una equivocación o error que le induce a realizar la transmisión del objeto delictivo con beneficio lucrativo para el agente de la acción, lo que origina el ánimo de lucro consistente en cualquier tipo de provecho, utilidad o beneficio.

(...)

El indicado delito debe entenderse cometido en grado de tentativa, y en tal sentido declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1998 que el delito de estafa admite formas imperfectas de ejecución y no es descartable que una vez puesto en marcha todo el proceso defraudatorio, el resultado perjudicial no se produzca a pesar de haberse practicado todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado perseguido por el autor.

(...)

Sentencia 517/2001, AP MADRID, Sec. 23, de 11 de julio de 2001

DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS Y CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Arts. 497 y 534 bis.a) y b) Código Penal 1973 y 270 Código Penal 1995

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez**

SÍNTESIS

Destaca la sentencia que examinamos cómo el tipo de descubrimiento y revelación de secretos que configuraba el CP 1973, a diferencia del vigente, exigía del sujeto activo la doble actividad de apoderarse de documentos y descubrir el secreto, sin que pudieran ser objeto de punición separada. Precisa igualmente esta resolución los datos de hecho que le llevan a concluir que tampoco constituyen los hechos un delito contra la propiedad intelectual.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Penal dictó sentencia siendo su relación de hechos probados como sigue: la revista I. publicó dos artículos que contenían fragmentos de un diario escrito por Antonio durante su estancia en la Clínica de Barcelona a fin de deshabituarse del consumo de sustancias estupefacientes.

Los artículos aparecían firmados bajo el seudónimo Pedro Pals, utilizado por Ricardo quien vendió el contenido de los artículos a la revista I. por 2.000.000 de pesetas.

En las fechas de la publicación de los artículos referidos el director de la revista era José, a quien Ricardo ocultó los detalles sobre la persona que le facilitó el diario y circunstancias concurrentes.

Siendo el Fallo del tenor literal siguiente: “Que debo absolver y absuelvo a José, de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y contra la propiedad intelectual por los que venía siendo acusado, y al Grupo Z. del pago de las cantidades por las que en concepto de responsable civil subsidiario comparece, declarando de oficio las costas causadas.”

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

La sentencia dictada por el Juzgado de lo penal absuelve al acusado de los dos delitos anteriormente mencionados, y frente a la misma se alza el recurso de apelación interpuesto por los querellantes, alegando en primer lugar error en la apreciación de las pruebas respecto al delito de descubrimien-

to y revelación de secretos, y en segundo lugar, infracción de preceptos legales, tanto del artículo 497 como del 534 bis.a) y b), ambos del C. Penal, Texto Refundido de 1973.

En cuanto al primero de los delitos, es necesario tener en cuenta con carácter previo que del propio escrito de querrela se deduce que los hechos ocurrieron en enero de 1989, fecha en la que Antonio estuvo en la Clínica de Barcelona, y tuvo que ser, antes de la fecha del alta (19 de enero), cuando se produjeron aquéllos. En consecuencia es de aplicación necesariamente el C. Penal de 1973, por ser más beneficioso para el acusado. Y también conviene recordar que el anterior artículo 497 del C. Penal castigaba al que “para descubrir los secretos de otro se apoderase de sus papeles o cartas y divulgar aquéllos...”, con lo que se penaba una doble conducta que estaba por así decirlo entrelazada, el apoderamiento (que quedaba subsumido) y el descubrimiento de los secretos, y consecuentemente el autor o sujeto del delito tenía que llevar a cabo la doble actividad descrita en el citado precepto, de tal forma que no se podían castigar separadamente, a diferencia de lo que ocurre con el vigente C. Penal. (...)

Pero en el presente caso, y compartimos el criterio del Juzgado de lo Penal, a lo largo de todas las actuaciones, no existe prueba alguna que acredite de forma fehaciente que el acusado hubiera tenido participación alguna en el apoderamiento del “Diario” perteneciente a Antonio. (...)

Segundo.—Por los recurrentes se alega también como motivo del recurso la posible

infracción, por no aplicación, del delito contra la propiedad intelectual del artículo 534 bis.a) y bis b) del C. Penal de 1973.

(...)

En el presente supuesto, anteriormente hemos dicho que no existe en la causa una prueba directa o indirecta de la participación del acusado en el apoderamiento del llamado “Diario” del fallecido Antonio, y de ahí su absolución por el delito previsto en el artículo 497 del C. Penal. (...) Lo que está claro es que no hay prueba alguna de la sustracción, no ya por parte del acusado, sino en general del mencionado escrito; en segundo lugar, no consta tampoco que los herederos del difunto, hoy querellantes, hubieran tenido en su poder el “Diario” original, pues éste nunca ha aparecido; en tercer lugar, es sorprendente que los mismos querellantes nunca hubieran denunciado la sustracción hasta bastante tiempo después de la publicación por I.; en cuarto lugar, no consta que por parte de Antonio se registrara o solicitara su registro en la Sociedad General de Autores como obra literaria; y por último nos encontramos con que los facultativos que trataron a Antonio durante sus estancia en el centro hospitalario tampoco atestiguan de una forma clara y precisa, sino más bien lo contrario, la existencia del “Diario”, en qué circunstancias se escribió, qué destino se le dio, etc. En consecuencia, existe la posibilidad de que el propio Antonio hubiera transmitido de alguna forma a otra persona, que no fueran sus herederos, el citado Diario, transmisión que, en caso de hacerse, fue de forma voluntaria pues no nos consta lo contrario.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 6.ª, de 31 de julio de 2001

QUIEBRA FRAUDULENTE. CALIFICACIÓN CIVIL DE LA INSOLVENCIA COMO DATO INDICIARIO.

Art. 260 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Clara Eugenia Bayarri García**

SÍNTESIS

*Aun cuando en el vigente Código Penal la calificación civil de la quiebra no vincula a la jurisdicción penal, estima la sentencia que los llamados “hechos de bancarrota” que determinan civilmente la calificación de la quiebra como culpable cumplen una función indiciaria (“*praesumptio hominis*”), facilitadora de la prueba de la deficiente administración mercantil causante de la insolvencia.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—La insolvencia punible tipificada en el art. 260 del C. Penal sanciona con penas de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando la situación de crisis económica haya sido causada o agravada dolosamente por el deudor. Se define así, tras la reforma del C. Penal por L.O. 10/1995, el delito de quiebra punible de forma autónoma a la regulación que, de la quiebra, se efectúa por los artículos 870 a 929 del Código de Comercio, ello no obstante, la declaración formal de “quiebra” es una condición objetiva de punibilidad en la nueva redacción del tipo y, por ello, sujeto activo del delito sólo puede ser el deudor comerciante. (Constituye la declaración de quiebra el acto procesal mediante el cual, el estado fáctico de insolvencia adquiere la condición jurídica de quiebra.)

La calificación civil que tal declaración de quiebra reciba, no vincula a la jurisdicción penal (art. 260.4 C. Penal) pero, tal y como mantiene la doctrina “Los llamados hechos de bancarrota que determinan la calificación civil de la quiebra en culpable o fraudulenta, deben servir como orientación legal al juzgador penal a la hora de calificar la conducta del art. 260 del Código Penal. Así, las fraudulencias patrimoniales números 1, 7, 8, 9 y 10 del artículo 890 del Código de comercio o las fraudulencias documentales de los números 2, 3, 4, 5 y 6 del mismo artículo o el favorecimiento de acreedores del n.º 13 del mismo precepto, con independencia de que constituyan delito como tales, deberán ser guía orientativa para considerar cometida la conducta punible. Los hechos de bancarrota cumplen, así, una función indiciaria (*‘praesumptio hominis’*, no *‘praesumptio iuris’*) porque facilitan al juez la tarea de probar la existencia de aque-

lla deficiente administración mercantil que causan la insolvencia”. En el presente caso los hechos de bancarrota se desglosan en dos momentos históricamente diferenciables:

1.º El primero de ellos, a lo largo de los años 1987 a 1991, cuando los acusados efectúan gastos suntuarios excesivos a cargo de la empresa familiar que determina la causación de un déficit a cargo de la misma, que, con posterioridad, se acredita imposible de superar. (...)

2.º En segundo lugar, y, una vez ya generado el endeudamiento grave con nume-

ros proveedores por la mala gestión económica de los administradores, existe un segundo momento, éste de agravamiento de la insolvencia, consistente en, ante la crisis evidente, extraer del activo de la sociedad cuanto de valor existía en ella, con perjuicio de los acreedores quirografarios de la misma (maquinaria, plantilla de trabajadores especializados, cartera de clientes, derechos de traspaso del local hasta entonces ocupado, ...) todo lo cual se cede a la empresa que, los mismos acusados crearon para beneficiarse del activo de la sociedad en su único beneficio, dejando a la empresa en exclusiva, las deudas y el pasivo social.

Auto AP MADRID, Sec. 5.ª, de 10 de septiembre de 2001

TRANSMISIÓN POR TELEVISIÓN DE LAS SESIONES DE LA VISTA ORAL DEL LLAMADO “CASO FONDOS RESERVADOS”.

Arts. 20.1 y 24.2 CE; 14.1 PIDCP y 6.1 del CEDH

SÍNTESIS

Los diferentes derechos que pueden entrar en colisión al autorizar o denegar la emisión por medio de la televisión de las sesiones de un juicio oral obligan a que la resolución judicial al respecto deba dictarse: a) para cada caso concreto que venga en consideración; b) previa audiencia del Ministerio Fiscal y las partes del proceso; c) de forma motivada; d) ponderando las circunstancias que abonan una u otra solución.

EXTRACTOS DEL AUTO

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—(...) Se solicitó autorización para grabar el juicio que ha de celebrarse en

esta causa, para emitirlo de forma simultánea a su celebración.

Segundo.—Por providencia, se acordó formar con ese escrito pieza separada de in-

cidente y dar traslado del mismo a todas las partes personadas al objeto de que manifestaran lo que a su derecho conviniera. (...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La presencia de los medios de comunicación a las salas de vistas de los Tribunales donde se celebren juicios orales públicos afecta no sólo al derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (artículo 20.1 de la Constitución), sino al derecho a un proceso público con todas las garantías (artículos 24.2 de la misma Constitución, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

(...)

Segundo.—El ejercicio de esos derechos constitucionales no puede ser, sin embargo, ilimitado ni, por tanto, puede predicarse un derecho absoluto a acceder los medios de comunicación a los juicios orales.

El propio artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya contempla una limitación a los medios de comunicación al expresar que “la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”.

(...)

La búsqueda de un equilibrio entre esos derechos constitucionales y la garantía de los citados intereses legítimos exige, por tanto, en cada caso una resolución del Tribunal correspondiente. (...)

Tercero.—Aplicados los criterios generales anteriores a este procedimiento, debe autorizarse a los medios de comunicación

—incluidas las cámaras de grabación de imagen— la presencia continua en la Sala de Vistas de esta Sección durante la celebración del juicio oral cuya celebración va a comenzar próximamente.

Referidos los hechos sometidos al enjuiciamiento de este Tribunal a la gestión de fondos públicos, es indudable la trascendencia también pública de este juicio y el interés general en conocer el desarrollo de sus sesiones, que sólo puede ser satisfecho si se superan las inevitables limitaciones de aforo de la sala de vistas mediante la posibilidad de que fuera de ella pueda ser presenciado por los demás ciudadanos.

En segundo lugar, el carácter público de los acusados, que desempeñaron altos cargos en la Administración en las fechas en las que se realizaron los hechos imputados, aparte de acrecentar el interés general en la difusión del contenido del juicio oral, obliga a sacrificar sus derechos al honor, intimidad personal y propia imagen —en la medida que se vean afectados—, en beneficio del derecho a emitir y recibir información veraz, preponderante sobre aquellos derechos cuando son titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, “obligados por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general” (sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988, recogida en la 110/2000).

Asimismo, la prueba propuesta por las partes no hace previsible que en su práctica puedan verse afectados gravemente derechos de otras personas que pudieran verse menoscabados por la difusión televisiva, ni está citado como testigo algún menor u otra persona cuyos derechos deban especialmente protegerse mediante la limitación de la publicidad.

La seguridad personal de acusados, testigos, peritos y demás intervinientes en el proceso no tiene por qué resentirse a consecuencia de la transmisión de las imágenes del juicio oral, que poco añade a la difusión

pública del contenido del juicio ni evitaría la grabación audiovisual fuera del edificio de la Audiencia en el intento de los medios de comunicación de captar las imágenes imprescindibles para desempeñar su trabajo. Por el contrario, la obtención de imágenes del desarrollo del juicio oral seguramente reducirá el “acoso” habitual de las cámaras de televisión a todos los que tengan relación con el procedimiento, al tener menos interés público las declaraciones que puedan hacer unos y otros fuera de la sala de vistas que las manifestaciones realizadas en el juicio.

Tampoco la serenidad o tranquilidad de los testigos en el momento de declarar ha de verse sensiblemente afectada por la presencia de las cámaras de televisión, máxime cuando muchos de los testigos propuestos desempeñan o han desempeñado cargos públicos de notable responsabilidad. (...)

Y, por último, no constituye un obstáculo a la presencia de las cámaras de televisión la previsión de la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 704 sobre la incomunicación de los testigos, de imposible cumplimiento en la realidad social actual ante la proscripción de cualquier tipo de censura previa a los medios de comunicación (artículo 20.2 de la Constitución) y la habitual facilidad de los mismos —incluso

sólo de la prensa escrita— de reproducir el contenido de las declaraciones prestadas en el juicio oral.

Cuarto.—Estimada, por tanto, la petición formulada por los representantes de los dos medios de comunicación reflejados en los antecedentes de esta resolución —que se hace extensiva a otras empresas interesadas—, la limitación del espacio en la sala de vistas obliga necesariamente a permitir el acceso al equipo de una sola cadena de televisión —obligada, eso sí, a suministrar a las demás las correspondientes imágenes en las condiciones que acuerden entre ellas o, en caso contrario, decida, como cuestión gubernativa, el Presidente de esta Audiencia—, equipo que podrá situar las cámaras antes del comienzo del juicio oral en el lugar reservado al público, sin invadir el espacio destinado a estrados, y de forma que no altere el desarrollo de las sesiones ni moleste al resto de las personas presentes.

Esta autorización podrá ser revocada en el caso de que se incumplan las condiciones impuestas o se altere el desarrollo del juicio oral, a criterio de este Tribunal, quien podrá acordar la interrupción temporal de la grabación videográfica cuando resulten concretamente afectados los derechos de alguna persona.

Sentencia 465/2001, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 12 de septiembre de 2001

BIGAMIA. CARÁCTER INTENCIONAL DEL TIPO.

Art. 217 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ramiro Ventura Faci**

SÍNTESIS

Dado el carácter doloso del delito de bigamia previsto en el art. 217 del CP, examina el Tribunal, a partir de los datos que obran en la causa si el acusado contrajo segundo matrimonio a sabiendas de que subsistía legalmente el primero. La sentencia suministra criterios prácticos para indagar en la voluntad del sujeto activo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

A la vista de todas las actuaciones practicadas en el acto del juicio oral y con la prueba documental aportada se aprecian datos fácticos que plantean serias dudas sobre si en la celebración de un segundo matrimonio por parte del acusado don José existía una intencionalidad maliciosa, una consciencia de que no podía contraer ese segundo matrimonio y una expresa voluntad de infringir el ordenamiento jurídico sobre el estado civil de las personas:

a) Así se pone de manifiesto por su concreta explicación que da de estar convencido de que, por explicaciones de su abogada, podía casarse los cinco años de la separación.

(...)

b) Debe ponerse también de manifiesto que consta en las actuaciones que el acusado don José, en un distinto y anterior procedimiento seguido por impago de pensiones, antes de la presentación de la denuncia por parte de la primera esposa que da lugar a la presente causa, declaró de forma espontánea que “había contraído nuevo matrimonio, del que tiene una hija”.

Dicha declaración ante un órgano judicial supone una confesión espontánea e ingenua del segundo matrimonio, lo que refleja el desconocimiento por parte del acusado de que no podía contraer un segundo matrimonio sin previo divorcio. Su espontaneidad en su declaración refleja su falta de malicia, su desconocimiento de que su conducta era ilegal, ni de carácter civil ni de carácter penal.

c) Se pone también de manifiesto la espontaneidad y falta de malicia por parte del acusado por el hecho de que contrajo el segundo matrimonio en el Registro Civil, tramitando de forma ordinaria el correspondiente expediente, sin ocultar ni falsear ninguna identidad. (...)

d) También refleja la falta de malicia del acusado el hecho de que entregó a su primera esposa una fotocopia del Libro de Familia correspondiente al segundo matrimonio. (...)

Cuarto.—Por lo tanto, entendemos que no se ha acreditado en el presente procedimiento que el acusado en el momento de contraer un segundo matrimonio tuviera conocimiento de que dicha celebración constituía un acto ilegal.

Auto AP BARCELONA, Sec. 6.ª, de 22 de septiembre de 2001

DELEGACIÓN EN EL JUEZ DE PAZ PARA RECIBIR DECLARACIONES A TESTIGOS.

Art. 310 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ángel Gimeno Jubero**

SÍNTESIS

Tras recordar el carácter restrictivo que debe darse a la posibilidad de que el Juez instructor delegue en el juez de paz la práctica de alguna diligencia de investigación, recuerda el auto de la Sala el deber de respetar las garantías de la defensa del inculpado.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...)

La instrucción de los procedimientos penales corresponde al Juez de Instrucción y se autoriza la delegación a otro, para la práctica de alguna diligencia, cuando no le esté expresamente reservada y resulta justificada, debiendo hacer uso moderado. Todo ello se deduce de la redacción del art. 310 de LECrim. Que el principio de contradicción, que se pone de manifiesto materialmente con el pleno ejercicio del derecho de defensa, exige que en sede de instrucción, salvo limitaciones impuestas motivadamente por el Juez (art. 302, pr. 2.º Lecrim.), las diligencias se practiquen con la intervención de las partes personadas (art. 302, pr. 1.º Lecrim), siendo obligación del Juez tutelar la intervención. El Juez de Instrucción practicará las diligencias que le propongan las partes, salvo consideración de inútiles o perjudiciales. Por otra parte en el procedimiento Abreviado sólo deben practicarse aquellas diligencias esenciales para la determinación la naturaleza y circunstancias del hecho.

Segundo.—En nuestro caso el Juez de Instrucción acordó la práctica de diligencias de declaración de varios testigos, víctimas de los hechos investigados, exhortando al Juzgado de Paz para que se tomara declaración a las víctimas, declaración que se limi-

taba a la ratificación de lo manifestado en su denuncia o ante el Ministerio Fiscal que incoó previamente diligencias.

(...)

Es cierto que en el Procedimiento Abreviado, en el que se refuerza el sistema acusatorio, no es necesario practicar otras diligencias que las esenciales (art. 789.3 Lecrim.), y pudiera no ser preciso tomar las declaraciones a que se refiere el caso, aunque ello llevara a que carecieran de valor probatorio, caso de no ratificarse y someterse a la contradicción en juicio oral. Pero en nuestro supuesto de lo que se trata es de que el Juez de Instrucción las consideró necesarias y no se facilitó la posibilidad de asistencia y contradicción del imputado. No podemos admitir que se defiera a los abogados defensores la responsabilidad de “enterarse” de cuándo va a realizar se una actuación judicial. El Juez de instrucción debiera haber indicado al exhortado para que señalara de práctica de diligencia y notificarla a las partes.

Esto no se hizo y, por tanto, se impidió la legítima participación de la defensa del imputado, por lo que procede su nueva citación y práctica, siendo muy aconsejable, tanto por razones garantistas como de protección a la víctima, que se haga bajo la inmediata presencia del Juez de Instrucción, quien mejor velará por los derechos de éstas.

Sentencia 497/2001, AP SEVILLA, Sec. 1.ª, de 1 de octubre de 2001

INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS FIJADO EN PROCESO MATRIMONIAL. DESOBEDIENCIA.

Arts. 570 Código Penal 1973 y 634 Código Penal 1995

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Carmona Ruano**

SÍNTESIS

El mero incumplimiento del régimen de visitas respecto de los hijos comunes, pactado en convenio aprobado judicialmente o decretado judicialmente, no constituye, por sí solo, desobediencia a los efectos penales (aquí, falta de desobediencia).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El mero incumplimiento de una sentencia, o de una resolución administrativa, no es punible, ya que el remedio jurídico que el ordenamiento prevé en ese caso no es la respuesta penal, sino la ejecución forzosa. Esto se viene reiterando, de modo especial, respecto de los pronunciamientos económicos, e incluso ha sido acogido por el legislador cuando, ante el impago de las pensiones señaladas en una resolución judicial o convenio regulador aprobado judicialmente, en proceso de separación, no tipifica como delito el mero incumplimiento, sino sólo el incumplimiento reiterado y no lo hace como infracción de desobediencia, sino como una figura especial del abandono de familia.

Para que pueda apreciarse punible el incumplimiento es necesaria, en primer lugar, la existencia de una orden o requerimiento concretos, y, en segundo lugar, la constancia de su recepción por el destinatario. Como señala el Tribunal Supremo en la sentencia

de 10 de julio de 1992, “la base y requisito indispensable y esencial para que pueda ser cometido el delito de desobediencia radica en la existencia de una orden o mandato directo, expreso y terminante dictado por la Autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, que sea conocido real y positivamente por quien tiene la obligación de acatarlo y no lo hace”.

Cumplidos estos requisitos objetivos, ha de concurrir también el elemento subjetivo del tipo, constituido por la negativa u oposición voluntarias al cumplimiento de la orden o mandato (SSTS de 22 de junio y 10 de julio de 1992), a lo que, en ocasiones, añade la jurisprudencia (p. ej. en la última de las sentencias citadas) el específico ánimo por parte del autor de menospreciar el principio de autoridad representado por quien emite o transmite la orden.

Esta concepción de la desobediencia punible como negativa voluntaria y efectiva al cumplimiento de una orden expresa y concreta se refuerza normativamente cuando, como en este caso, lo que se está contem-

plando es la posible comisión de la falta tipificada en el art. 570.1.º del Código Penal (del Código Penal anterior), ya que este precepto contempla la desobediencia leve a la autoridad, que se comete “dejando de cumplir las órdenes particulares que les dictare”.

Segundo.—No puede, por ello, considerarse punible, ni como delito ni como falta, el mero incumplimiento de una sentencia, cuando no consta que se haya seguido el procedimiento previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución forzosa de las

obligaciones de hacer o de no hacer o de que haya precedido un requerimiento judicial específico, recibido por la denunciada, que le conminara a la realización de una conducta concreta, como no lo es, ya ha dicho ya, la falta de cumplimiento voluntario de cualquier otro pronunciamiento de condena, cualquiera que sea la materia sobre la que recaiga, y como no lo es, respecto de una sentencia adoptando medidas de separación o divorcio, el mero incumplimiento puntual de cualquier otro pronunciamiento como pudieran ser los relativos al pago de pensiones.

Sentencia 520/2001, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 1 de octubre de 2001

ABSOLUCIÓN DEL DELITO DE ALCOHOLEMIA EN CONTROL PREVENTIVO PESE A LA EXISTENCIA DE SÍNTOMAS EXTERNOS.

Art. 379 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Hidalgo Abia**

SÍNTESIS

Los síntomas externos generalmente reflejan la realidad de la ingesta de bebidas alcohólicas, ya acreditada por las mediciones de los etilómetros, pero no determinan la real influencia en la conducción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Los hechos que dieron lugar al presente procedimiento se iniciaron cuando el acusado fue parado en un control preventivo de alcoholémia.

Los agentes de autoridad intervinientes no refieren en ningún momento que, previa-

mente al control, observaran que el acusado hiciera algún tipo de maniobra en su conducción peligro o riesgo algún tipo de bien jurídico.

(...)

Sin prueba directa de que la conducción del acusado hubiera causado un riesgo en bienes jurídicos, debemos estudiar si existe

prueba indirecta de dicho riesgo con otros datos fácticos aportados a las actuaciones, mediante las pruebas aportadas por la acusación: el resultado de la prueba de alcoholemia, del análisis de sangre y los signos físicos que presentaba el acusado en el momento de la actuación policial y que fueron descritos en el acto del juicio por los agentes policiales intervinientes.

Sexto.—(...)

Los signos físicos descritos por los agentes, orientados generalizadamente por un cuestionario impreso confeccionado por la Guardia Civil o por la Policía Municipal, refieren si apreciaron o no olor a alcohol en el aliento, si la deambulación era anormal y titubeante, si los tenía apagados, enrojecidos, brillantes y lacrimosos, si el rostro aparecía congestionado, pálido o sudoroso, si la conversación era o no clara, incoherente, titubeante o repetitiva, sin apreciar circunstancias excepcionales que normalmente se reflejan en el atestado y se recuerdan expresamente en el acto de juicio oral. Circunstancias que, además de no ser apreciadas por facultativos médicos, según fundamentales manuales de diagnóstico clínico en psiquiatría, no reflejan otra cosa que la realidad de la ingesta de bebidas alcohólicas no discutido y de una cierta embriaguez.

Es necesario precisar que alguno de los referidos síntomas que comúnmente se describen como significativos o indicios de la ingesta de alcohol no son utilizados como criterios de diagnóstico de la embriaguez. (...)

Ni el referido Manual DSM-IV, ni el Manual de Descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico de trastornos mentales y del comportamiento (CIE 10) de la Organización Mundial de la Salud, nos indican el grado de embriaguez e influencia en el comportamiento que pueden significar la apreciación de dichos criterios de diagnóstico.

Los simples datos aportados por los agentes de la autoridad sobre el comporta-

miento o, mejor dicho, sobre los signos físicos externos del acusado, no reflejan sino una indiscutida ingesta de alcohol, ya, confirmada por el test de alcoholemia. (...)

Séptimo.—(...)

Basar exclusivamente la condena en el resultado de la prueba de alcoholemia vulneraríamos el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa:

(...)

“Para que exista el delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas es menester que la conducta enjuiciada haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos.

Noveno.—Por lo tanto, a la vista de la prueba practicada, teniendo en cuenta que el acusado fue detenido por un control preventivo pero sin que los agentes manifiesten que previamente hubieran visto algún tipo de conducción extraña o peligrosa, con los simples datos fácticos aportados consistentes en la tasa de alcoholemia resultado de la prueba y análisis practicados, así como en los signos externos apreciados en el acusado por los agentes, teniendo en cuenta la doctrina jurídica y médica antes referida, debemos llegar a la conclusión de que no está suficientemente acreditado que el acusado, en el momento en que fue detenido, condujera bajo la influencia de las bebidas alcohólicas en un grado tal que significara un especial peligro para los bienes protegidos, superior al genérico peligro que supone la simple ingesta de alcohol por encima de la tasa permitida reglamentariamente.

(...)

No se aprecia prueba indubitada de que, con su conducción, el acusado provocara el plus de peligrosidad que exige el tipo penal y que lo diferencia de la mera infracción administrativa que, no cabe duda, también protege la seguridad del tráfico.

Sentencia 502/2001, AP SEVILLA, Sec. 1.ª, de 3 de octubre de 2001

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ASEGURADORA Y NO DEL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS EN SUPUESTOS DE RESCISIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.

Arts. 8.1.d) Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y 15 LCS

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Carmona Ruano**

SÍNTESIS

La sentencia estudia la responsabilidad civil solidaria de la Compañía aseguradora en accidentes de tráfico cuando existen dudas sobre la vigencia de la póliza, y concluye afirmando que el Consorcio no debe responder de manera automática en estos casos si dentro del juicio de faltas tenemos todos los elementos para determinar cuál de las dos debe ser responsable.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La aseguradora opone el contenido del art. 8.º 1.d) de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que impone al Consorcio la obligación de indemnizar cuando surgiera controversia con una aseguradora sobre quién tiene que indemnizar al perjudicado, sin perjuicio de su facultad de repetición. Pero es evidente que este precepto, previsto para conseguir una rápida satisfacción extrajudicial, no puede esgrimirse cuando precisamente se está discutiendo en un juicio la subsistencia del aseguramiento y, con él, la responsabilidad de la aseguradora, ante lo que no tendría demasiado sentido diferir la respuesta para un juicio posterior cuando se tienen en éste todos los elementos para deci-

dirla. Incluso habría que tener en cuenta que, al haber sido ya la cuestión objeto de un proceso en el que son partes tanto el Consorcio como la aseguradora, y haberse decidido en sentencia si la responsabilidad recae en una o en otra, el proceso posterior contemplado en la norma alegada podría encontrarse con el obstáculo de la cosa juzgada, tal como declaró la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en S. 997/2000, de 28 de octubre, en un supuesto de conflicto entre aseguradoras, ventilado en juicio de faltas y respecto al que luego se pretendía reabrir la cuestión en proceso civil.

(...)

La aseguradora afirma que había decidido rescindir el contrato por alta siniestralidad. No consta, desde luego, que se hubiera pasado al cobro un nuevo recibo. Pero tampoco consta que la I, aseguradora hubiera

comunicado al asegurado su voluntad de rescindir el aseguramiento. En este sentido, el “certificado” que presenta es un documento unilateral, confeccionado por ella misma, en el que simplemente se dice que el asegurado “causó baja” el 12 de abril. Es evidente que tal documento no puede esgrimirse frente a terceros. Pero es que, además, frente a él, el Consorcio de Compensación de Seguros aporta un documento del Fichero Informatizado de Vehículos Asegurados, en el que consta la cobertura el día señalado, lo que ciertamente no prueba la subsistencia del seguro, pero como mínimo tiene el valor de mostrar que, hasta tal fecha, la aseguradora no había comunicado al fichero su supuesta voluntad de rescisión y la extinción del contrato a su vencimiento. En cualquier caso, de conformidad con las normas generales de carga de la prueba en materia civil, establecidas en el art. 1214 del Código Civil, la prueba de la extinción del contrato por voluntad unilateral de la aseguradora contraria la prórroga automática pactada le correspondería a quien la alega para eximirse de su obligación, y la falta de prueba llega a tal extremo que ni siquiera se aporta copia de la supuesta carta que se dice enviada al asegurado.

Tercero.—El art. 15 de la Ley de 8 de octubre de 1980 distingue entre el impago de la primera o única prima pactada en un contrato de seguro, y la falta de pago de una de las primas siguientes. (...)

En la segunda hipótesis de impago de una de las primas siguientes. La cobertura del

asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento siempre, una vez más, que el impago sea imputable al tomador. El asegurador puede reclamar el pago, y si éste se produce, la cobertura se reanuda, pero si no reclama el pago dentro de los seis meses, el contrato queda extinguido.

(...)

Si el contrato subsiste en su vigencia, con posibilidad por parte del asegurador de reclamar el abono de la prima pendiente, la suspensión de cobertura operará plenamente en las relaciones entre asegurador y asegurado pero, como excepción personal que es, no puede oponerse frente al tercero perjudicado por un eventual accidente, en los términos señalados en el artículo 76 de la ley, en caso de ejercicio de acción directa contra el asegurador. Ello sin perjuicio del derecho de repetición que, en su caso, ha de asistir al asegurador contra el asegurado cuando, no procediendo hacer valer la excepción frente al tercero, se ve constreñido a un pago, sin contar con la prestación de la prima por parte del asegurado, siempre, se repite una vez más, que el impago sea imputable al tomador y no a negligencia de la propia aseguradora.

Tal doctrina, establecida por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en sentencias de 1 de diciembre de 1989, 16 de mayo, 11 de junio 18 de septiembre y 17 de octubre de 1991, no ha sido contradicha por resoluciones posteriores, se ajusta a los términos literales y al espíritu de las normas invocadas y ha sido seguida sin titubeos por las Audiencias Provinciales.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 6.ª, de 5 de octubre de 2001

INTERPRETACIÓN DE “CON FINES INDUSTRIALES O COMERCIALES” EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Art. 274 Código Penal

SÍNTESIS

Rechaza la sentencia de apelación la argumentación del Juzgado de lo Penal en el sentido de aplicar a los delitos contra la propiedad industrial la denominada “doctrina de la insignificancia” que el Tribunal Supremo ha ido elaborando con ocasión de los delitos contra la salud pública. De este modo, niega que la expresión “con fines industriales o comerciales” deba hacerse sinónima de “venta al por mayor” o “a gran escala”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...) Estima la Juzgadora “a quo” que no se dan la totalidad de los elementos del tipo porque el acusado había comprado para la reventa sólo 20 camisas y que sólo había vendido 8 de ellas, estimando que el requisito de que la acción típica se haga “con fines industriales o comerciales” no concurre, estimando que “debe interpretarse que sólo conductas muy graves y dolorosas caben dentro del tipo penal, pues el resto de conductas están sancionadas en la Ley de Marcas. (...)”

Tal interpretación constituye, tal y como el Ministerio Fiscal postula, infracción de precepto legal, sin que pueda interpretarse la expresión “con fines industriales o comerciales” del art. 274 CP como “venta al mayor o a gran escala” tal y como ha efectuado la Juzgadora “a quo”.

La doctrina de la insignificancia, que el Tribunal Supremo viene aplicando en delitos contra la Salud Pública, para considerar atípicas aquellas conductas en las que, atendida la insignificancia de la substancia objeto de comercio, ha de considerarse no apta para afectar el bien jurídico protegido, no puede ser aplicada como por la Juez “a quo” se efectúa en el caso. En efecto. Cuando las prendas falsas son puestas a la venta en un mercado público, vendiéndose varias de ellas (al menos ocho, que se haya reconocido) y teniéndose en exposición una docena más de ellas. Habiéndose comprado las mismas, a sabiendas de su falsedad, y con el deliberado y único propósito de revenderlas y obtener con ello un beneficio económico, ello constituye el fin comercial (dícese de aquel fin propio del comercio, y lo es la venta a terceros por precio que genere para el vendedor beneficio o margen comercial) a que hace referencia el art. 274 Código Penal.

No es de aplicación en este caso la Teoría de la insignificancia, pues la conducta desplegada no es irrelevante al bien jurídico protegido (tal doctrina podría haberse aplicado a una elaboración artesanal, o a la fabricación o elaboración para consumo exclusivamente propio y una esporádica y anómala transmisión a terceros, pues en estos casos, el acto de comercio, por su excepcionalidad, o por resultar antieconómico,

devendría inidóneo para producir lesión al titular de la marca) sin que la fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho Penal implique que sólo la comercialización al por mayor o la venta a gran escala sean punibles en el delito que nos ocupa, por lo que la interpretación que “prima facie” efectúa la Juez “a quo” del texto legal es errónea, procediendo en consecuencia estimar en ello el recurso interpuesto.

Sentencia 252/2001, AP VALENCIA, Sec. 1.ª, de 8 de octubre de 2001

NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS. ERROR DE PROHIBICIÓN. DILACIONES INDEBIDAS. DELITO CONTINUADO.

Arts. 401 Código Penal 1973, 143, 741 y 441 Código Penal 1995

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Climent Durán**

SÍNTESIS

La sentencia de apelación confirma la condena pronunciada por el Juzgado de lo Penal, referida a un arquitecto técnico municipal que compatibilizó ilícitamente su cargo con la dirección técnica de obras a título particular. Carácter típico de esta conducta, tanto bajo la vigencia del anterior Código Penal (art. 401) como del actual, (art. 441), rechazando que se trate de una mera infracción administrativa y que el acusado desconociese el carácter antijurídico de su actuación.

Estima que existió dilación indebida en la tramitación de la causa penal y niega que se trate de un delito continuado al ser un elemento del tipo la “actividad”, que se entiende ya como un conjunto de actos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes:

1.º Desde el año 1978 el acusado trabajó como arquitecto técnico municipal en el Ayuntamiento, y desde 1987 ocupó la plaza

después de concurso-oposición convocado al efecto, entrando a prestar servicio el dos de enero de 1988, y entre sus obligaciones se estableció que debía emitir informes sobre edificaciones, dictaminar licencias de obras, inspeccionar y denunciar infracciones urbanísticas, etc., pero desde el mismo año expresado intervino como director téc-

nico a título particular de obras en las que también informaba como arquitecto técnico municipal a pesar de conocer que no podía realizar al mismo tiempo estas dos actividades, de tal forma que se ha podido comprobar que dirigió y al mismo tiempo informó sobre concesión de la necesaria licencia municipal en un total de 62 expedientes sobre realización de obras durante un período comprendido entre los años 1988 a 1992.

Segundo.—El Fallo de la sentencia apelada dice: Debo condenar y condeno a Evaristo como autor de un delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abuso en el ejercicio de su función.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Los hechos enjuiciados son subsumibles tanto en el derogado artículo 401 del Código Penal de 1973, en el que se castiga al funcionario público que se interese en cualquier contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, como en el vigente artículo 441 del Código Penal de 1995, en que se castiga al funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realice una actividad profesional accidental al servicio de particulares, en asunto en que deba intervenir por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina en que esté destinado.

(...)

Segundo.—La conducta enjuiciada no puede ser considerada como una mera infracción administrativa, resultante de una vulneración de la normativa sobre incompatibilidad funcional. El hecho de ser el acusado un aparejador municipal le inhabilita por completo para poder ejercer privadamente esta profesión en el lugar en donde desempeña ese cometido funcional, sin posibilidad ninguna de compatibilizar ambas actividades, y esto es precisamente lo que configura su comportamiento delictivo.

(...)

Tercero.—No es aceptable la afirmación del condenado recurrente acerca de que ha sufrido un error de prohibición, basándose en el hecho de que el propio Alcalde le habría autorizado a que actuase allí privadamente. Su condición de profesional conocedor del marco jurídico básico en que desarrolla su cometido en materia constructiva impide apreciar un error como el pretendido. El mismo informe emitido por la Diputación Provincial, sobre la posibilidad de aplicar al acusado un complemento específico de su sueldo, regulado en el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, evidencia que tanto el Alcalde como el propio acusado eran sabedores de la anómala situación en que éste se hallaba al actuar a título privado en determinadas construcciones y edificaciones realizadas en dicho término municipal. En consecuencia, no es apreciable ningún error de prohibición.

Cuarto.—Cabe apreciar un supuesto de dilación indebida en el presente caso, toda vez que la querrela que inició la presente causa data del 12 de mayo de 1993, mientras que la sentencia de primera instancia fue dictada con fecha 18 de abril de 2001, sin que se aprecie razón ninguna para una tan dilatada tramitación de la causa. Esto determina la aplicación de una atenuante, de conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial sobre este punto concreto. Esto no obstante, como las penas impuestas lo han sido en su grado mínimo, no hay razón para introducir en ellas ninguna modificación.

Quinto.—Pretenden los acusadores apelantes la apreciación de un delito continuado. Pero el comportamiento enjuiciado está tipificado como realización de una “actividad” profesional o de asesoramiento, lo que pone de relieve que esta conducta típica está integrada por uno o por varios actos ilícitos, de manera tal que una pluralidad de actos ilícitos integran lo que legalmente se denomina “actividad”, y esto excluye la posibilidad de apreciar un delito continuado.

Auto 1950/2001, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 12 de octubre de 2001

VIGILANCIA PENITENCIARIA. COMUNICACIONES CON AMIGOS.

Arts. 45.5 Reglamento Penitenciario y 53 Ley Orgánica General Penitenciaria

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante**

SÍNTESIS

Razona el auto que resuelve el recurso interpuesto por el interno que, para autorizar las comunicaciones “vis a vis” en el centro penitenciario, debe efectuarse una distinción entre, de una parte, los allegados “íntimos” —que se equiparan a los familiares— a los cuales sería de aplicación el artículo 53 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y, de otro lado, los meros “allegados” o “amigos” a los cuales debe aplicarse el art. 45.5 del Reglamento.

EXTRACTOS DEL AUTO

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por auto confirmado, previo recurso de reforma, por otro, la Magistrada-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, desestimó la queja del interno David sobre comunicaciones “vis a vis” con amigos.
(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Al amparo del artículo 45.5 del Reglamento Penitenciario, pretende el interno mantener comunicaciones con varias personas a la que califica de “allegados”.

Aunque en su escrito inicial no citó a las personas con las que pretende mantener esa comunicación, tanto en el escrito de interposición del recurso de reforma y subsidiario de apelación como en el oficio del Director del Centro Penitenciario de fecha 27 de fe-

brero de 2001 se concreta el nombre de aquéllas, señalando este último escrito que todas ellas mantuvieron comunicaciones ordinarias con el interno, pero no en calidad de allegados.

Segundo.—(...) lo decisivo es determinar si en este caso entran en el concepto de allegados las personas con las que quiere comunicar el interno.

Los términos utilizados al efecto en la Ley y el Reglamento Penitenciaros son equívocos, pues mientras el artículo 53 de la Ley se refiere a “allegados íntimos” el artículo 45 del Reglamento sólo se refiere genéricamente a “allegados”, dándoles el mismo tratamiento que a los familiares a la hora de establecer las comunicaciones de los internos con ellos.

Esta equiparación entre familiares y allegados da una pista, sin embargo, del propósito que mueve la regulación de estas comu-

nicaciones, que no es otro que facilitar la relación de los internos con aquellas personas con las que les une una estrecha relación, de lo que se derivaría del apelativo “íntimos” que agrega la Ley Orgánica General Penitenciaria cuando se refiere a las condiciones que han de tener los locales reservados para este tipo de visitas.

Distinguidos de este modo los meros “amigos” de los “allegados”, exigiendo a estos últimos un mayor grado de vinculación con el interno, en la mayor parte de los casos no habrá una forma de acreditar documentalmente la causa de esa relación estrecha con la persona con la que se quiere mantener la comunicación, pero sí puede exigirse, al menos, que el interno exprese las

circunstancias que determinan esa vinculación superior a la mera amistad.

Y realmente en este caso el interno no ha señalado en el curso del expediente cuáles pueden ser las circunstancias que le vinculan estrechamente con las personas que cita, anteriormente consideradas como meros amigos en otras comunicaciones que ha mantenido con ellas. Sólo en las alegaciones del recurso señala que asistieron con él a una escuela de Rugby hasta el año 1998, lo que no parece ser causa de una vinculación tan estrecha que permita equipararlos a familiares.

Tercero.—Debe, pues, desestimarse el recurso, sin que se aprecien motivos para una especial imposición de las costas.

Sentencia 224/2001, AP SEVILLA, Sec. 4.ª, de 16 de octubre de 2001

CONDENA CONJUNTA POR CONDUCCIÓN BAJO INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS Y POR NEGATIVA A SOMETERSE A PRUEBAS DE ALCOHOLEMIA.

Arts. 379 y 380 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel de Paúl Velasco**

SÍNTESIS

La sentencia ofrece varias razones para justificar la posibilidad de la imposición conjunta por unos mismos hechos de las penas de los arts. 379 y 380 del CP y afirma que el deber de someterse al control de alcoholemia consiste en tolerar que se practique por los agentes de la autoridad una modalidad de pericia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...)

El deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al

derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le

haga objeto de una modalidad especial de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución.

(...)

Ninguna interpretación derivada del artículo 24.2 de la Constitución autoriza a extraer la conclusión de que no puedan pensarse simultáneamente la conducción ética y la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia. (...) se sale también al paso de una posible apreciación de concurso de leyes entre los artículos 379 y 380 del Código Penal, quedaría descartado por la constatación de que ninguno de los dos preceptos abarca por sí solo la totalidad del desvalor jurídico de los hechos enjuiciados: el artículo 379 porque prescinde de la desobediencia y el artículo 380 porque no permite imponer la pe-

na de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, como congrua sanción de la lesión que para el bien jurídico de la seguridad vial comporta la acción del conductor embriagado.

Tampoco puede compartir este Tribunal la tesis de que la desobediencia específica del artículo 380 del Código Penal pueda ser degradada a la falta del artículo 634 del mismo Código en atención a las circunstancias concurrentes y, en especial, a la mayor o menor necesidad de la prueba de alcoholemia para acreditar la intoxicación ética del conductor; puesto que esta interpretación implicaría nulificar la consciente y deliberada opción del legislador de convertir en figura delictiva “sui generis”, con exclusión de la infracción venial correlativa, una conducta que hasta entonces venía siendo subsumible en los tipos generales de desobediencia, grave o leve.

Auto AP BARCELONA, Sec. 6^a, de 25 de octubre de 2001

INTERVENCIÓN JUDICIAL DE EMPRESA EN EL MARCO DE LA INSTRUCCIÓN PENAL.

Art. 129 Código Penal; Decreto-ley 18/1969, de 20 de octubre, sobre administración judicial en caso de embargo de empresas.

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Clara Eugenia Bayarri García**

SÍNTESIS

El Juez de Instrucción acordó, como medida cautelar, la intervención judicial de la empresa, nombrando un administrador al efecto. Declara la Audiencia que tal medida está prevista en el Código Penal (art. 129) únicamente como consecuencia de la sentencia, careciendo el instructor de competencia para adoptarla, al carecer de cobertura legal, pues las disposiciones al respecto del Decreto-ley de 20 de octubre de 1969 han sido expresamente derogadas por la Disposición Derogatoria Única 2.17.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

EXTRACTOS DEL AUTO

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por el Juzgado de Instrucción se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor siguiente: “Dispongo: La intervención Judicial de la sociedad S.L. nombrando administrador de la misma a don Ramón el cual comparecerá ante este Juzgado para acreditar sus conocimientos y aceptar el cargo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Alega el recurrente vulneración de la legalidad constitucional con violación del Derecho a obtener la tutela judicial efectiva, al haberse adoptado en período instructorio una medida cautelar, de índole civil, de imposible adopción en el período y procedimiento en que la causa se encuentra, al carecer de apoyo en el art. 129 CP.

Tal motivo de recurso ha de ser estimado. En efecto, el artículo 129 del C. Penal prevé que el Juez o Tribunal sentenciador, podrá (desde luego, previa audiencia de los afectados y motivadamente) alguna de las siguientes consecuencias económicas:

- a) clausura de la empresa.
- b) disolución de la sociedad.
- c) suspensión de las actividades de la sociedad por plazo no superior a 5 años.
- d) prohibición de realizar en el futuro una serie de actividades temporal o definitivamente) y,
- e) la intervención de la empresa. Consecuencia ésta que ha impuesto el Juez Instructor, en el caso que nos ocupa, pese a que, de tales medidas o consecuencias sólo se au-

toriza por la Ley al Juez Instructor a adoptar, en su caso, las previstas en los apartados a) y c) (Clausura temporal y suspensión temporal de actividades) careciendo el Juez de Instrucción de competencia para imponer, en período de instrucción de la causa, una consecuencia sólo prevista por Ley para los casos de haber recaído ya Sentencia e imposición como consecuencia de la condena penal y a imponer por el Juez o Tribunal Sentenciador.

No prevista tal consecuencia para el período instructorio por el art. 129 del Código Penal, carece de cobertura legal la adopción de tal medida en, el momento procesal en que nos encontramos, pues, aún cuando otrora se pretendió que la misma podía adoptarse en base a lo dispuesto por el Decreto Ley 18/1969, de 20 de octubre, sobre administración judicial en caso de embargo de empresas, tal Decreto, que sólo regulaba la forma, que no el momento, en que se debían efectuar tales intervenciones (por lo que hubiera sido igualmente inaplicable), se encuentra en la actualidad expresamente derogado por la disposición derogatoria única (apartado 17.º) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así pues, carece de cobertura legal la medida adoptada, que ha de ser así revocada, con estimación del recurso interpuesto.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda: Estimar íntegramente el recurso de queja interpuesto y, consecuentemente, la revocación de dichas resoluciones.

Auto 291/2001, AP VIZCAYA, Sec. 6.ª, de 25 de octubre de 2001

AUTORIZACIÓN PARA TRATAMIENTO MÉDICO COACTIVO. TRANSFUSIÓN DE SANGRE.

Arts. 156 Código Penal y 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª José Martínez Sainz**

SÍNTESIS

Ante la colisión de derechos constitucionales (asistencia sanitaria, vida, libertad ideológica) que concurren en los supuestos en los que un paciente —o sus representantes— se niegan a la realización de un acto médico por contrariar las convicciones religiosas del paciente. El juez de instrucción dictó auto autorizando la transfusión sanguínea, pero la Audiencia estima que hubo infracción del apartado 6 del art. 10 de la Ley General de Sanidad, en el sentido de que debe proceder una información al paciente sobre la existencia de posibles tratamientos alternativos a la transfusión sanguínea y la eficacia curativa de éstos.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...) Los hechos se refieren a la autorización otorgada en su día por el juez instructor para la realización de una transfusión sanguínea a un testigo de Jehová ingresado en el Hospital (...)

En el caso sometido a examen a través del presente recurso la cuestión a dilucidar de fondo, intentando resumir en la mayor medida posible la prolija fundamentación jurídica contenida tanto en los escritos presentados por el recurrente como en los Autos dictados por el juez de instrucción, no es otra que la de si cabe la posibilidad de que un ciudadano que no tenga restricción algu-

na de sus derechos fundamentales por situación conocida (como sería el caso del interno en un Centro Penitenciario), que consciente y voluntariamente expresa su negativa clara y rotunda a ser sometido a un determinado tratamiento médico consistente en una transfusión sanguínea cuando se encuentra ingresado en un centro sanitario puede ser compelido contra su voluntad a someterse a dicha transfusión si las pautas del tratamiento prescrito lo indican como necesario por existir riesgo vital.

(...)

Segundo.—(...) Lo anterior se deriva del propio tenor literal del art. 10 de la Ley General de Sanidad en cuyo artículo 10 esta-

blece que todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias, destacando entre ellos los mencionados en el apartado 1, respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad apartado 5, derecho a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, apartado 6, derecho a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en el caso (junto con otros dos que no guardan relación con la presente), de que la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento, y apartado 9, derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, siendo obligación de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario la de firmar el documento de alta voluntaria en los casos de no aceptación del tratamiento y en el caso de negarse a ello la Dirección del correspondiente Centro Sanitario, a propuesta del facultativo encargado del caso, podrá dar el alta.

(...)

Ante ello ha de considerarse que la autorización inicialmente concedida por el Juez instructor en funciones de guardia con plena competencia jurisdiccional para ello al existir una posible colisión de derechos, asistencia sanitaria, libertad ideológica y derecho a la vida en su día no fue ajustada a derecho por cuanto se dictó sin constar que se hubie-

ra agotado las posibilidades de elección alternativa que hemos hecho referencia, al no poder compartir en esta alzada que la situación inicialmente puesta en conocimiento al Juzgado de guardia por el solo informe del Dr. y el escrito de denegación de consentimiento del paciente, obviando el que la evolución posterior lo corroborara, se considerara de las previstas en el art. 10.6.c) de la ley General de Sanidad, aun cuando en el informe aludido se hacía referencia a que existía en ese momento “grave riesgo vital”, por cuanto el sentido global del escrito hacía referencia a que dicho riesgo existía ante el “lento y progresivo deterioro del paciente”, por lo que debieron solicitarse, a fin de garantizar la libertad ideológica y religiosa del paciente que podía iba verse afectada mayores explicaciones al centro sanitario relativas tanto a la fecha del último control analítico, cuyo resultado se había remitido, como respecto a si se había informado al paciente sobre la existencia de posibles tratamientos alternativos a la transfusión sanguínea y la eficacia curativa de éstos y si se le había ofrecido la posibilidad en caso de persistir su negativa de solicitar el alta voluntaria, si era viable materializarla dado el estado físico que presentaba y en caso afirmativo si se había producido una negativa a firmar dicha alta voluntaria.

(...)

PARTE DISPOSITIVA

Que estimando el recurso de queja, debemos revocar y revocamos dicha resolución dictando otra en su lugar por la que se deje sin efecto el Auto de 18 de diciembre de 2000 en base a las consideraciones contenidas en la presente.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 8.^a, de 5 de noviembre de 2001

EXTORSIÓN. REQUISITOS DEL TIPO.

Art. 243 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jacobo Vigil Levi**

SÍNTESIS

El acusado, que obligó a la empleada de la compañía aseguradora a suscribir una solicitud de póliza de seguro de automóviles, incurrió en delito de extorsión, al colmar todos los requisitos exigidos por el tipo y que se expresan en la sentencia que examinamos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Alega la recurrente que en la resolución recurrida se ha aplicado indebidamente el artículo 243 del Código Penal.

(...)

El delito se integra por los siguientes elementos:

a) La acción típica está descrita como obligar a otro a realizar o a omitir un negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o de un tercero.

b) El objeto está descrito precisamente como un negocio jurídico.

c) La modalidad comisiva ha de ser la violencia o intimidación.

d) Concorre así mismo un elemento subjetivo característico, descrito como el ánimo de lucro que ha de concurrir en el sujeto activo.

En el caso que nos ocupa ha quedado probado que el acusado logró, mediante in-

timidación, que la testigo Sra. D.^a Sonia, empleada de una Agencia de Seguros, otorgara en nombre de A. Seguros, S.A. una solicitud de póliza relativa de Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil de Automóvil.

Sostiene la apelante que en el caso analizado no existe en puridad un negocio jurídico causante de un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo, en tanto que la entidad de seguros en nombre de la cual se extendió la propuesta no tenía derecho a percibir por ella prima alguna; se argumenta asimismo que concurre el ánimo de lucro exigido por el tipo.

El objeto del delito fue por tanto una solicitud de seguros; cuyos efectos vinculantes para la entidad aseguradora resultaban del artículo 9.2.º y 3.º del R.D. 2641/1986, de 31 de diciembre, y del actual artículo 20 del R.D. 7/2001, de 12 de enero. Estos efectos se centran en la asunción por parte de la aseguradora de la obligación de cobertura por un término legalmente determinado, dentro del cual puede sin embargo rechazar la pól-

za siempre con determinados requisitos. De esta forma mediante su acción el acusado, obtuvo el otorgamiento de un negocio jurídico por parte de quien estaba capacitado para hacerlo, generando así unas obligaciones para la entidad de seguros. Que el referido negocio generó un perjuicio patrimonial para la aseguradora resulta evidente en tanto que ésta asumió, al menos durante cierto tiempo, la cobertura del riesgo asegurado sin recibir a cambio prima alguna. Por otra parte el ánimo de lucro consistió precisamente en la obtención dicha cobertura sin pagar por ella un precio, cobertura que como es sabido tiene un valor de mercado. Ra-

zona la recurrente que la entidad de seguros no podía percibir por la solicitud prima alguna. Sin embargo no es ésta la cuestión, en tanto que lo que si es indiscutible es que la entidad de seguros tenía plena libertad para aceptar o no la solicitud, por lo que si se compelió a su aceptación, mediante la intimidación ejercida en la persona de un agente, se cumplió la acción nuclear del tipo.

Concurre asimismo el medio comisivo típico, en este caso el empleo de intimidación, en tanto que la utilizada por el acusado, fue adecuada desde la perspectiva del tipo y suficiente para conseguir el beneficio patrimonial propuesto.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 10.ª, de 6 de noviembre de 2001

INCOMPARECENCIA INJUSTIFICADA A LA FORMACIÓN DE LA MESA. DELITO ELECTORAL.

Art. 143 LO 5/1985, de Régimen Electoral General

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Planchat Teruel**

SÍNTESIS

La sentencia de instancia absuelve al acusado, en el entendimiento de que el acusado desconocía que tuviese posibilidad de excusarse de formar parte de la mesa electoral. La sentencia de apelación llega a la conclusión contraria por los fundamentos que expresa (basados en los datos indiciarios que obran en el acta del juicio oral).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Invoca el Ministerio Fiscal que se ha producido un error en la valoración de la prueba que ha conducido al pro-

nunciamento absolutorio cuya revocación interesa. En sede a tal enunciado, sostiene dicha parte acusadora que el encausado fue designado miembro de Mesa electoral y tenía conocimiento de su obligación de asis-

tencia así como, de la posibilidad de formular excusas y consecuencias de su incomparecencia, aduciendo que la totalidad de los extremos fue reconocida, ya de forma explícita ya implícita, por el propio interesado.

El recurso debe prosperar. El art. 143 de la L.O. de Régimen Electoral General 5/1985 castiga al “Presidente y los Vocales de las Mesas Electorales así como sus respectivos suplentes que dejen de concurrir o desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta ley”.

(...)

La Sentencia de instancia niega que el encausado tuviere conocimiento de la posibilidad de excusarse y extrae tal conclusión, según reza, de las propias manifestaciones de aquel en donde admite haber recibido “la carta” pero ninguna información más. Lleva razón el Ministerio Público recurrente cuando afirma que la aseveración de desconocimiento no es tan categórica como da a entender la Sra. Juez “a quo”, basta para ello reparar en la lectura del acta en donde se consigna a preguntas de la acusación que “conocía el nombramiento y sabía que debía

acudir” (...) “legalmente no fue excusado de acudir” (...) “no sabe si incurriría en responsabilidad pero sabía que era obligatorio”, es a preguntas de su defensa cuando matiza sus anteriores respuestas y afirma “cuando le mandaron la carta no le explicaron cómo recurrir para no ir ni le explicaban que de no incurrir (sic) incurriría en delito”.

(...)

En definitiva, considera este Tribunal que debidamente notificado el encausado de su nombramiento nada hizo éste tendente a ser excusado, optando por la simple inasistencia sin que en el presente proceso haya justificado exculpación alguna lo que determina, como queda anticipado, la prosperidad del recurso con consiguiente revocación de la Sentencia de instancia y condena del encausado a las penas interesadas por el Ministerio Fiscal por un delito electoral de incomparecencia injustificada a la formación de Mesa electoral previsto y penado en el art. 143 de la Ley de referencia, al ser aquellas acordes tanto al dictado de su art. 137 como a la conversión penológica en los términos de la Disposición Transitoria Undécima del Código penal de 1995 [apartados 1.e) y 1.f)].

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 8ª, de 7 de noviembre de 2001

LA INDEMNIZACIÓN EN ACCIDENTE DE TRÁFICO SE CALCULA SEGÚN LAS TABLAS VIGENTES EN EL MOMENTO DE SER JUZGADOS LOS HECHOS.

Anexo sobre el sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a personas en accidentes de circulación de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jacobo Vigil Levi**

SÍNTESIS

La sentencia desmonta todos los argumentos esgrimidos a favor de la incorrectamente denominada teoría nominalista según la cual la indemnización por lesiones y secuelas causadas en accidente de tráfico deben ser calculadas según las tablas vigentes en el momento de producirse el accidente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Las obligaciones que consisten en reparar un daño o un perjuicio, son en todo caso deudas de valor, en las que el dinero se utiliza como mecanismo de conversión cuando no es posible, como en el caso que nos ocupa, la reparación “in natura”. (...)

Que la deuda resultante de la obligación prevista en el artículo 1 de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor es una deuda de valor está fuera de toda duda, en tanto que así resulta de lo dispuesto en la regla 10.^a del “sistema”, que establece un mecanismo de actualización periódico de los valores indemnizatorios fijados en 1995. Lo que aquí se discute únicamente es el momento en el que ha de realizarse aquella conversión de la deuda a dinero, si al tiempo de la causación del daño o si al tiempo en que éste se define en sentencia.

La primera interpretación es contraria al concepto mismo de deuda de valor, en tanto que supone que al tiempo de nacimiento de la obligación, es decir al tiempo del siniestro, ésta ya surge cuantificada en dinero, como una obligación de suma determinada. Tal conclusión es contraria a la consideración del daño como objeto a indemnizar, objeto que habrá de ser valorado, precisamente porque en origen no lo está, y que podrá serlo según distintas reglas de equivalencia dependiendo del momento de su concreción.

Así parece entenderlo el legislador cuando establece en la regla 10 del sistema para la valoración de los daños personales que

éste se actualizará periódicamente. Dicha actualización se justifica obviamente para compensar la paulatina disminución del valor de la moneda. El perjuicio que en este caso resultaría para el perjudicado no puede justificarse por el abono de intereses de demora, en tanto que tal interés responde a la pérdida de rendimiento del capital, estando concebido en nuestro sistema jurídico precisamente como fruto del dinero y de forma teóricamente independiente de la inflación.

En contra del criterio expresado se alega un pretendido efecto retroactivo de la norma aplicada, contrario a lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil. Tal argumentación no se comparte en tanto que en todo caso la norma se aplicará en el tiempo en el que está vigente, es decir aquel en el que se convierte la deuda cuantificando su objeto en dinero. La tesis aquí sostenida no niega que el perjudicado sea titular de un derecho de crédito nacido al tiempo del siniestro, sino que el objeto de dicho crédito no se convierte en dinero hasta el momento en que se paga o se concreta el importe en pesetas de la deuda en sentencia.

Lo que se postula es precisamente que todos los lesionados reciban el mismo valor indemnizatorio, si bien es cierto que, atendida la depreciación monetaria, es posible que reciban distinta cantidad de pesetas, pero es que si recibieran el mismo dinero en distintos momentos, sí que verían indemnizadas sus lesiones de forma distinta. (...)

En todo caso las lesiones sufridas por el perjudicado han de liquidarse conforme al sistema para la valoración de los daños personales vigente al tiempo en el que se dictó la resolución recurrida.

Sentencia 276/2001, AP VALENCIA, Sec. 1.ª, de 7 de noviembre de 2001

ALZAMIENTO DE BIENES: RESPONSABILIDAD CIVIL; CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA INDEMNIZACIÓN.

Art. 111 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª José Julia Igual**

SÍNTESIS

Aun cuando la regla general en el delito de alzamiento de bienes sea concretar la responsabilidad civil en la declaración de nulidad de los negocios dispositivos originadores de la insolvencia punible, excepcionalmente —como sucede en el presente caso— procederá fijar una indemnización pecuniaria cuando los bienes que salieron indebidamente del patrimonio del deudor no puedan ser restituidos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—El prolijo recurso formulado se fundamenta en diversos motivos: (...) c) infracción de precepto sustantivo, en concreto del artículo 101 y ss. del C.P. al no decretar el juzgador la nulidad de las ventas y sí la condena al abono de las cantidades adeudadas.

(...)

En el recurso se sostiene que en el delito de alzamiento de bienes la responsabilidad civil no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, pues la deuda es anterior al delito y no su consecuencia por lo que la forma de restaurar el orden jurídico perturbado es declarar la nulidad de los negocios jurídicos concertados como medio para vaciar de contenido el patrimonio del deudor. En el delito de alzamiento de bienes la responsabilidad civil

presenta, en efecto, características peculiares porque el desplazamiento patrimonial no permite, sin más, como reparación del daño la cuantía exacta de los créditos burlados ya que, en línea de principio, como se sostiene correctamente en el recurso, la restauración del orden jurídico perturbado debe restablecerse, cuando sea posible, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sacados del mismo incluso con la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de disposición realizados ilícitamente por el deudor, salvo cuando los bienes se encuentren en poder de terceras personas que no hayan participado en el “consilium fraudis” y sean irreivindicables, como establecía el art. 102 del CP de 1973. La restitución de los mismos bienes es la primera vía de reparación, con carácter general, en los delitos contra el patrimonio, pero no la única (art. 101 CP 1973 hoy 110 del Código vigente). Su fracaso por imposibilidad pue-

de dar lugar a la indemnización de una cantidad pecuniaria, como reconoció para el delito de alzamiento de bienes la sentencia de 14 de julio de 1986 cuando el crédito preexistente al delito se ha perjudicado irreparablemente y es “líquido y exigible hasta el punto de haberse declarado en vía civil sin que la ejecución pudiera llevarse adelante

precisamente por el alzamiento del deudor” (en el mismo sentido SS 16 de marzo de 1992 y 12 de julio de 1996)” ... “no siendo posible retornar el patrimonio inmobiliario de los acusados a su estado inicial, resulta ajustado fijar monto indemnizatorio de conformidad con lo solicitado por las acusaciones”.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 3/2001
ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL
EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS NO SUJETOS A CAUSA PENAL.
 - 1. La detención cautelar.**
 - 2. El internamiento preventivo.**
 - A) Casos en que procede.
 - a) *Expulsión de extranjero.*
 - b) *Retorno de extranjero.*
 - c) *Devolución de extranjero.*
 - B) Otras Cuestiones.
 - a) *Internamientos en procedimientos de expulsión o de devolución del art. 58.a) LE.*
 - b) *Internamientos en los supuestos de retorno y de devolución del art. 58.2.b) LE.*

III. EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS SUJETOS A CAUSA PENAL.

- 1. Introducción.**
- 2. Autorización judicial de expulsión de extranjero inculcado o procesado.**
 - A) Ámbito objetivo de aplicación.
 - B) Momento y trámite procesal.
 - C) Control judicial del acuerdo gubernativo.
 - D) Criterios de decisión.
- 3. La expulsión como medida sustitutiva de la pena de prisión.**
 - A) Naturaleza de la medida.
 - B) Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación.
 - C) Contenido y efectos.
 - D) Criterios de actuación del Ministerio Fiscal.
- 4. La expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento del último cuarto de la pena de prisión.**
 - A) Naturaleza y ámbito de aplicación.
 - B) Procedimiento.
- 5. La expulsión como medida sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad.**
- 6. Comunicación interorgánica.**
- 7. Dificultades para ejecutar la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea o de otros países signatarios del acervo de Schengen.**

IV. EL MINISTERIO FISCAL Y LOS MENORES EXTRANJEROS.

- 1. La condición de menor extranjero.**
 - 2. Derechos de los menores extranjeros en España.**
 - 3. Situación de los menores extranjeros acompañados.**
 - 4. Menores extranjeros en situación de desamparo.**
 - 5. Repatriación de menores extranjeros.**
 - 6. Determinación de la edad e identificación de los extranjeros menores indocumentados.**
 - 7. Especialidades en la aplicación de la LO 5/2000.**
-

I. INTRODUCCIÓN

La preocupación de la Fiscalía General sobre la situación de los extranjeros en España se ha visto plasmada en las diversas Consultas, Circulares e Instrucciones que, desde 1985, se han dictado sobre esta materia.

Bajo la vigencia de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, se dictaron las Consultas 5/1987, 2/1990 y 12/1997, la Instrucción 6/1991 y la Circular 1/1994.

El panorama legislativo a que se referían tales instrumentos de la Fiscalía General ha cambiado recientemente. La normativa vigente en materia de extranjería se halla representada por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social —reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre— (en adelante LE), y por su Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (en adelante RE). Al amparo de la misma la Fiscalía General ha dictado la Consulta 1/2001 y las Instrucciones 2/2001 y 4/2001.

Ahora bien, la complejidad y magnitud que el fenómeno migratorio ha alcanzado en los últimos tiempos, la modificación legislativa que se ha operado mediante la promulgación de la Ley y del Reglamento antes citados, y las especialidades derivadas en esta materia de la existencia de una ciudadanía de la Unión Europea son factores que han aconsejado la elaboración de esta Circular. Se pretende establecer criterios interpretativos que, adaptados a la nueva normativa, guíen la actividad del Ministerio Fiscal en este ámbito y, al mismo tiempo, facilitar el conocimiento de los mismos por los Sres. Fiscales refundiendo y adaptando los contenidos en las diversas Consultas, Circulares e Instrucciones antes citadas.

La presente Circular no introduce criterios incompatibles con las dictadas hasta la fecha; al contrario, parte de las orientaciones que sentó la Circular 1/1994 y profundiza en las líneas de interpretación que se establecen en las Instrucciones y la Consulta del año 2001, que, por tanto, deben reputarse vigentes.

II. MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS NO SUJETOS A CAUSA PENAL

(...)

III. EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS SUJETOS A CAUSA PENAL

1. Introducción

La expulsión del territorio nacional de los extranjeros sujetos a causa criminal puede llegar a enfrentar las exigencias de la política de extranjería con los fines de la política criminal creando un conflicto entre legítimos intereses del Estado que, en virtud de la preeminencia de la función jurisdiccional sobre la actuación administrativa, y de la posible afectación de derechos fundamentales, corresponde dirimir a los jueces y tribunales del orden penal.

La LO 7/1985, artículo 21.2, diferenciaba las dos situaciones en que podía hallarse el extranjero sujeto a causa penal, distinguiendo de un lado la situación del extranjero *encartado*, cuya expulsión precisaba como condición habilitante la autorización judicial (párrafo 1.º), de la del extranjero condenado, cuya expulsión podía ser acordada por el juez o tribunal como sustitutivo de la pena sin previo expediente gubernativo (párrafo 2.º).

Hasta la entrada en vigor del Código Penal vigente, que incorpora en su artículo 89 la expulsión del condenado como sustitutivo del cumplimiento de penas privativas de libertad, y hasta la nueva Ley reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobada por LO 4/2000, la autorización judicial de los acuerdos gubernativos de expulsión o la expulsión sustitutiva de la pena sólo era posible en relación con delitos de naturaleza menos grave. En este contexto normativo la doctrina de la Fiscalía General del Estado se decanta por un ejercicio amplio de las facultades legales de expulsión, en sintonía con el criterio enunciado en la proposición no de Ley del Congreso de los Diputados de fecha 9 de abril de 1991 —Circular 1/1994—.

Los cambios que introduce el Código Penal y la LO 4/2000 al extender, en determinadas condiciones, la posibilidad de acordar o autorizar la expulsión en relación con autores de delitos graves, obligan, si no a replantearse los criterios de la Circular 1/1994, sí al menos a efectuar una razonable diversificación.

En este sentido, si bien en relación con delitos menos graves la opción de la sustitución del proceso o la pena por la expulsión puede resultar adecuada para conjugar los diversos intereses en juego, frente a delitos graves la respuesta no es tan clara y demanda un esfuerzo complementario de ponderación.

2. Autorización judicial de expulsión de extranjero inculcado o procesado

Se regula en el artículo 57.7 LE, que prevé que cuando un extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados

con penas privativas de libertad inferiores a seis años el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, bien su salida del territorio español, bien su expulsión previa sustanciación del correspondiente expediente sancionador.

Quien acuerda la expulsión no es el Juez o Tribunal, sino la Administración que previamente ha dictado el correspondiente acto administrativo sancionador en los supuestos previstos en el artículo 57.1 y 2 LE. No es el hecho objeto del proceso penal el que motiva la autorización de la expulsión, sino la existencia previa del acuerdo gubernativo adoptado por hallarse el extranjero incurso en alguna de las citadas causas legales de expulsión.

La LE autoriza al Juez a suspender discrecionalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional en su vertiente de juzgar el hecho inculcado, renunciando al proceso y admitiendo como solución alternativa a su conclusión la sustitución del mismo por una medida administrativa de expulsión.

En este punto la posición en que se halla el extranjero inculcado en una causa penal resulta especialmente favorecida pues goza de un plus de garantías al quedar sujeta la sanción gubernativa al control de la jurisdicción penal.

Este control no se identifica con el que corresponde efectuar a la jurisdicción contencioso-administrativa, es más somero y busca principalmente comprobar si el acuerdo gubernativo cumple las exigencias esenciales de la Ley en cuanto a la competencia del órgano autor del mismo, formalidades externas y concurrencia de alguno de los supuestos materiales que lo justifican en Derecho.

De acuerdo con la STC (1.ª) 24/2000, de 31 de enero, “...el papel del Juez Penal en este caso es, pues, en cierto modo análogo al del Juez que conoce en sede de habeas corpus de la situación del extranjero que va a ser expulsado. La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales Contencioso-Administrativos, pero el Juez Penal debe velar prima facie por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención (SSTC 12/1994, de 17 de enero, 21/1996, de 12 de febrero, 66/1996, de 16 de abril y 174/1999, de 27 de septiembre)”.

Cuando el Juez autoriza la expulsión del extranjero imputado una vez ejecutada la misma debe proceder al archivo provisional de la causa penal, notificando dicha decisión a las partes y a los perjudicados por el delito. El archivo de la causa devendrá definitivo una vez que haya transcurrido el período de prohibición de regreso a España impuesto al extranjero en el acuerdo gubernativo de conformidad con el artículo 58.1 LE.

A) Ámbito objetivo de aplicación

El artículo 57.7 LE ha ampliado las posibilidades de expulsión pues ya no se limita a los procesos en que se imputan delitos menos graves, expresión que utilizaba el artículo 21.2.1 LO 7/1985, entendiéndose por tales los castigados con pena igual o inferior a prisión menor, sino que abarca todos aquellos delitos que estén castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años.

El marco legal vigente comprende por lo tanto delitos que exceden manifiestamente el límite del art. 33.3.a) CP y el ámbito competencial de enjuiciamiento de los Juzgados de lo Penal (art. 14.3 LECrim) y que en el sistema de clasificación tripartita de las infracciones penales introducido en el Código Penal han de ser calificados como delitos graves.

Se suscita la duda en torno a si la imputación de delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad puede justificar la aplicación de la medida de expulsión sustitutiva del proceso. Dado que la norma actual vincula el ejercicio de la facultad de sustitución del proceso a la imputación, no de un delito menos grave, como hacía el anterior art. 21.2.1 LO 7/1985, sino de un delito castigado con pena privativa de libertad de determinada extensión, la interpretación más ceñida a la literalidad llevaría a considerar excluidos los delitos retribuidos con penas de multa o privativas de derechos. Ello conduciría, contra toda lógica, a autorizar la renuncia al ejercicio del *ius puniendi* en relación con delitos castigados con pena privativa de libertad y a prohibirla en relación con delitos de menor contenido de injusto y menos precisados de respuesta penal.

Por otra parte el riesgo de fraude apuntado en la Circular 1/1994 y recordado en la Instrucción 4/2001 se incrementaría al brindarse al extranjero expedientado una fácil vía para eludir la eficacia del acuerdo de expulsión mediante la comisión de infracciones de escasa trascendencia no sancionadas con pena privativa de libertad.

Se impone por ello una interpretación flexible de la norma que considerando los antecedentes históricos inmediatos y el espíritu y finalidad que anima la regulación de la medida de expulsión sustitutiva del proceso, entienda comprendidos en el ámbito de la autorización del artículo 57.7 LE los procesos en que se imputen delitos no sancionados con penas privativas de libertad.

B) Momento y trámite procesal

En relación con la determinación del momento procesal en que es posible autorizar la expulsión, el artículo 57.7 LE emplea los términos *inculpado* y *procesado* para definir la condición del extranjero sujeto a esta posibilidad.

La referencia al procesamiento resulta superflua pues como es sabido sólo los delitos castigados con pena privativa de libertad superior a nueve años pue-

den ser enjuiciados por el cauce del Sumario Ordinario, único procedimiento en el que subsiste el auto de procesamiento —art. 779 LECrim—.

En cuanto al término inculpado ha de ser entendido con toda la flexibilidad que le es propia de modo que tan pronto se concrete la inculpación en fase de diligencias previas, mediante la citación del extranjero ante el juez de instrucción en calidad de imputado (art. 789.4 LECrim) quedará expedita la vía para autorizar judicialmente la expulsión gubernativa, tal y como reconoce expresamente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 24/2000, de 31 de enero (fundamento jurídico 5.º) y se apuntó en su día en la Circular 1/1994.

La iniciativa para abrir en el proceso penal el debate partirá normalmente de la propia autoridad gubernativa que ha acordado la expulsión del extranjero, la cual se dirigirá al juez o tribunal penal solicitando la indispensable autorización.

Juez competente será el de instrucción si la solicitud se presenta antes de dictarse el auto de apertura de juicio oral. A partir de dicho momento, la competencia decisoria pasará al Juez de lo Penal o a la Audiencia Provincial. En el ámbito orgánico de la Audiencia Nacional la competencia se referirá al Juzgado Central de Instrucción, Juzgado Central de lo Penal y Audiencia Nacional en su caso.

Debe ser oído el Ministerio Fiscal antes de adoptarse decisión alguna al respecto, audiencia imprescindible en la medida en que la autorización de expulsión impide el ejercicio de la acción penal que en relación con los delitos públicos tiene atribuido el Fiscal.

C) Control judicial del acuerdo gubernativo

El artículo 57.7 LE exige como presupuesto de la autorización de la expulsión la sustanciación previa del expediente gubernativo. El juez constata la preexistencia de la decisión administrativa de expulsión y comprueba su validez, para lo que es preciso que haya sido adoptada por el órgano competente, con las formalidades legales y con fundamento en alguno de los supuestos de la Ley.

Esta comprobación no pretende duplicar el control de legalidad que corresponde ejercer, previo recurso del interesado, a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino homologar judicialmente la aptitud del acto administrativo para sustituir en su caso el proceso penal y provocar su conclusión anticipada. Las exigencias legales varían considerablemente según que el expedientado proceda de un país comunitario o no.

Los extranjeros que no sean nacionales de países miembros de la Comunidad Europea ni de países incorporados al Acuerdo sobre el Espacio Económico

Europeo, están sujetos a las causas de expulsión previstas en el artículo 57 LE y en consecuencia la validez del correspondiente acuerdo gubernativo deberá aquilatarse en función de la concurrencia aparente de alguno de los supuestos de hecho previstos en dicha norma.

Por el contrario, cuando la medida de expulsión afecte a un ciudadano comunitario o nacional de alguno de los Estados incorporados al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el acuerdo gubernativo se ajustará al régimen específico previsto en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, que autoriza la expulsión sólo cuando la conducta del extranjero representa una amenaza actual y relevante para el orden público nacional, como se indica *infra* en el apartado IV de esta Circular que trata de las dificultades que plantea la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea.

D) Criterios de decisión

El Juez penal decide sobre la conveniencia de proseguir el procedimiento o de autorizar la expulsión del imputado valorando con amplia discrecionalidad cuál sea el interés público más necesitado de afirmación. La Ley sólo prohíbe que se autorice la expulsión en los procesos en que se imputen alguno de los delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 CP —art. 57.7.2 LE—, por lo que *a sensu contrario*, la expulsión puede ser acordada en cualquier otro caso.

La doctrina de la Fiscalía General del Estado se pronuncia desde la Circular 1/1994 a favor de la autorización de la expulsión. Este criterio se confirma en la Instrucción 4/2001 y en principio se ha de mantener con la misma generalidad en relación con los delitos menos graves.

En relación con delitos de naturaleza grave los fiscales valorarán el conjunto de las circunstancias del caso —especial trascendencia del delito cometido, pertenencia a grupos organizados, alarma social, necesidad reforzada de respuesta penal— para instar la decisión que mejor acomode las exigencias de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico, con las necesidades de una racional y prudente política de extranjería.

De entre todas estas circunstancias la gravedad del delito imputado y la frecuencia de su comisión adquieren un perfil dominante, como ha afirmado en alguna ocasión la doctrina del TS —*vid.* STS 1144/2000, de 4 de septiembre— por lo que procede denegar la autorización de expulsión en los casos más graves por aplicación del principio de proporcionalidad.

Cuando se opte por la continuación del proceso deberá considerarse con cierto rigor la situación personal del imputado e instarse la adopción de la medida cautelar de prisión provisional si se constata la existencia de riesgo de fuga o

de nueva comisión de delitos y se estima necesaria la adopción de tal medida para evitar que la permanencia del extranjero en el país pueda convertirse en factor criminógeno.

3. La expulsión como medida sustitutiva de la pena de prisión

A) Naturaleza de la medida

De acuerdo con el artículo 89.1 CP las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. La inclusión de este precepto en la Sección del Código dedicada a regular las formas de sustitución de las penas cortas privativas de libertad pueden inducir a la errónea consideración de que la medida de expulsión es una suerte de pena o sanción sustitutiva que realiza por una vía alternativa a las exigencias del *ius puniendi* estatal.

No es este sin embargo el verdadero alcance y sentido de la medida de expulsión que en estos casos se configura como una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras a preservar otros fines igualmente valiosos para el Estado relacionados con su política de extranjería, fines respetables, que podrán adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena y que se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión.

Como expresa el Tribunal Constitucional en su Auto 106/1997, la expulsión no persigue, a diferencia de otros sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad, surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero en España, porque en rigor no es una pena, ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de finalidades preventivo-especiales que, desde luego, no están garantizadas por el simple regreso del penado a su país.

La expulsión no sustituye la condena, la suspende para facilitar la aplicación de la normativa administrativa y de los fines de la política de extranjería forzando la salida de quienes no se hallan debidamente autorizados para residir en España.

B) Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación

La medida de expulsión alcanza en la normativa actual una extensión desconocida antes al autorizar su aplicación en aquellos supuestos en que la pena

en concreto impuesta en sentencia no alcance los seis años de privación de libertad, desbordando el marco normativo del artículo 21.2.2 LO 7/1985, que restringía el uso de esta facultad a los casos de condena por delito menos grave.

La expulsión puede acordarse no sólo en sustitución de penas privativas de libertad impuestas por la comisión de delitos menos graves, sino también por delitos graves que tengan prevista pena de prisión inferior a seis años, e incluso por delitos que teniendo prevista pena igual o superior a seis años, hayan concurrido en función del grado de desarrollo, participación o concurrencia de eximentes incompletas o atenuantes a la imposición en sentencia de una pena de prisión de menos de seis años de duración.

Desde el punto de vista subjetivo la regulación actual restringe la aplicación de esta medida a los extranjeros no residentes legalmente en España. El extranjero residente que se halle en posesión de alguna de las autorizaciones administrativas o dispensado de la obligación de obtenerlas en virtud de tratado o de ley ha de afrontar el cumplimiento de la condena en las mismas condiciones que el reo español, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.2 LE que autorizaría la incoación de expediente de expulsión si la condena ha sido por delito doloso que tenga señalada pena privativa de libertad superior a un año de duración.

La situación de irregularidad administrativa es condición legal de la sustitución de la pena y debe estar debidamente acreditada en la causa (*vid.* STS 919/1999, de 2 de junio, FJ 2.º).

C) Contenido y efectos

El efecto inmediato de la sustitución de la pena será el archivo de la ejecutoria y la imposición judicial de una prohibición de regreso a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión. La determinación de este plazo se verificará atendiendo a la duración de la pena impuesta. Si regresare antes, cumplirá las penas sustituidas, si bien, en caso de ser localizado en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa —art. 89.2 y 3 CP—.

Es posible que sea el propio condenado el que solicite la expulsión para eludir el cumplimiento de la pena de prisión. En este caso la medida de expulsión no debe ser considerada como un beneficio ni atribuye un derecho subjetivo para exigir del juez o tribunal un trato benévolo en comparación con el dispensado a los penados españoles o a los extranjeros residentes. El juez o tribunal no está obligado a otorgar la expulsión ni sujeto a una interpretación necesariamente favorable al reo en virtud del principio *pro libertate* que en modo alguno resulta aplicable al caso (Auto TC 33/1997).

Al decidir la expulsión del reo la autoridad judicial ejerce una facultad discrecional de primer grado, no susceptible de censura casacional (SSTS 919/1999, de 2 de junio, FJ 2.º; 330/1998, de 3 de marzo, FJ 3.º; 929/1998, de 13 de julio, FJ 3.º E). No obstante la decisión no puede ser arbitraria, sino razonada, fruto de una equilibrada valoración de los intereses en conflicto debidamente expresada en el auto judicial.

En lo que respecta a los pronunciamientos civiles de la sentencia, la expulsión no ha de ser óbice para que se concluyan las piezas separadas de responsabilidad civil, que no deberán ser archivadas hasta que se hayan concluido debidamente, procurando en su caso la localización y realización de los bienes del reo que puedan ser objeto de traba en España. En este sentido se ha de recordar que el archivo de la ejecutoria penal no justifica el automático cierre de la pieza separada de responsabilidad civil si existen bienes embargados o se han localizado fuentes de ingresos que puedan servir para satisfacer las indemnizaciones declaradas en sentencia.

D) Criterios de actuación del Ministerio Fiscal

Nada obsta para que el criterio favorable a la expulsión definido en la Circular 1/1994 y confirmado en la Instrucción 4/2001 se mantenga para los delitos de naturaleza menos grave si no concurren en el caso particular circunstancias especiales que lo desaconsejen.

En relación con las condenas por delitos graves y de acuerdo con los argumentos expuestos *supra* se ponderarán las circunstancias concurrentes en cada caso, tomando en consideración especialmente la necesidad de afirmar el ordenamiento jurídico frente al infractor en aquellos casos en que el delito revista especial trascendencia bien por su gravedad intrínseca —*v. gr.* tráfico de drogas, agresiones sexuales— bien por las particulares circunstancias de sus autores o los fines perseguidos —grupos de delincuentes organizados, especialmente si se trata de grupos transnacionales, bandas armadas y terroristas, etc.—, bien por la existencia de una necesidad reforzada de protección a la víctima —menores, discapacitados, personas en situación de desvalimiento—.

En estos supuestos y en cualesquiera otros que se consideren de especial trascendencia se habrá de instar el cumplimiento de la condena en sus propios términos. Cuando los extranjeros hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6.ª, 517 y 518 CP la expulsión se llevará a efecto tras el cumplimiento de la pena de prisión, que no podrá ser sustituida —art. 89.4 CP y 57.8 LE—.

4. La expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento del último cuarto de la pena de prisión

A) Naturaleza y ámbito de aplicación

Recoge esta posibilidad el artículo 89.1 CP, al señalar que los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena.

Las penas privativas de libertad de duración inferior o se sustituyen desde su inicio, o se cumplen de acuerdo con la normativa penitenciaria que autoriza al interno que logra la libertad condicional a residir en su país de origen si se dan las condiciones legales y reglamentarias para ello —arts. 90 y ss. CP, 197.1 Reglamento Penitenciario y convenios internacionales sobre traslado de personas condenadas—.

Aunque algún sector doctrinal la ha calificado de “libertad condicional *sui generis*”, la expulsión del extranjero interno en Centro Penitenciario presenta un perfil distinto a la libertad condicional pues la decide el Juez o Tribunal sentenciador, no el Juez de Vigilancia Penitenciaria, no va precedida de propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro, y determina la suspensión de la ejecución de la condena, no su extinción en alguna de las modalidades de régimen reguladas en la Ley Orgánica General Penitenciaria.

La prohibición de retorno a España prevista en el artículo 89.2 CP se aplica a los dos supuestos recogidos en el apartado 1, y no sólo a los casos de sustitución completa de la pena, pues el Código no los distingue. En consecuencia, el Juez o Tribunal sentenciador deberá fijar en su acuerdo de expulsión una prohibición de retorno a España de entre tres y diez años de duración, que no tiene que coincidir necesariamente con el período de condena pendiente de cumplimiento, aunque lo lógico es que su duración sea igual o superior.

Si el extranjero intenta quebrantar la prohibición de retorno y es localizado en la frontera, la autoridad gubernativa procederá a su devolución inmediata. Si consigue entrar en territorio español, será ingresado en prisión para cumplir la totalidad de la pena pendiente, sin que el período de tiempo que hubiere pasado fuera de España le pueda ser computado en la liquidación de condena, pues la expulsión sustitutiva no es un medio de cumplimiento de la condena y no está sujeto al régimen jurídico de la libertad condicional, en particular a lo dispuesto en el artículo 93 CP.

B) Procedimiento

La medida se adopta a instancia del Fiscal y a este fin el artículo 197.2 del Reglamento Penitenciario exige a los Centros Penitenciarios que comuniquen

anticipadamente al Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria.

Este artículo hace referencia a la proximidad de cumplimiento, en su caso, de los dos tercios de la condena, referencia que por obvias razones de jerarquía normativa y sistemática legal entendemos carece de virtualidad, pues el art. 89.1 CP exige como condición legal el cumplimiento de los tres cuartos de la condena.

La comunicación al Fiscal es independiente de la elevación por las Juntas de Tratamiento de la correspondiente propuesta de libertad condicional al Juez de Vigilancia Penitenciaria —art. 198 del Reglamento Penitenciario—, y tiene por objeto proveer al Fiscal de suficientes elementos de juicio para valorar la conveniencia de solicitar la expulsión del interno.

Acordada la expulsión por el tribunal sentenciador, deberá procederse al archivo del expediente de libertad condicional si se hubiere llegado a incoar, pues la decisión de sustitución de la pena suspende su ejecución y determina el fin de la intervención penitenciaria sobre el reo, sin perjuicio de restablecer su cumplimiento si luego el extranjero quebranta la prohibición de regreso al territorio español —art. 89.2 CP—.

El penado ha de ser obligatoriamente oído —art. 89.1, *in fine* CP—, en un trámite que ha de tener por objeto específico el debate sobre la aplicación de la medida de expulsión, de lo que ha de ser informado previamente y con la debida claridad (*vid.* STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 6.º).

Aunque el Código Penal no lo prevé, también es posible que sea el propio penado el que se dirija al juez o tribunal sentenciador solicitando la medida de expulsión. De hecho el artículo 52.2 del Reglamento Penitenciario impone a la Administración Penitenciaria la obligación de informar a los internos extranjeros de las posibilidades de sustitución de la pena impuesta o a imponer por medida de expulsión.

Cuando el penado solicite su propia expulsión, se dará traslado al Fiscal para que informe sobre la procedencia de la medida, pues al tener reconocida legalmente la iniciativa en esta modalidad de sustitución, y al ser garante del cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público o social (artículo 3.9 EOMF) ninguna suspensión de condena puede ser acordada sin su previo dictamen.

5. La expulsión como medida sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad

El artículo 96.3.5.ª CP comprende entre las medidas de seguridad no privativas de libertad la de expulsión del territorio nacional de los extranjeros no

residentes legalmente en España. Esta peculiar medida sólo se aplica como sustitutiva de otra medida de seguridad privativa de libertad de acuerdo con el artículo 108 CP según el cual si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables. El sujeto a esta medida no podrá regresar a España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años.

Pese al etiquetado legal es obvio que esta medida de expulsión no comparte la naturaleza de las genuinas medidas de seguridad que procuran un tratamiento adecuado al sujeto infractor en orden a superar su constatada peligrosidad criminal. De la misma forma que la medida de expulsión sustitutiva de penas privativas de libertad no es una pena, no realiza el *ius puniendi* estatal, tampoco la expulsión sustitutiva de una medida de seguridad es una verdadera medida de seguridad, un tratamiento dirigido a la curación o reinserción del infractor.

Nuevamente nos hallamos en presencia de una habilitación legal conferida al Juez o Tribunal sentenciador para valorar la conveniencia de no cumplir la sentencia en sus propios términos y de acordar en su lugar la expulsión del condenado no residente legalmente en España.

El Código Penal no fija límites a la medida de internamiento sustituida, de modo que cualquiera que sea la extensión máxima fijada en sentencia se podrá acordar la expulsión sustitutiva. No obstante, en los supuestos del artículo 99 CP de concurrencia de medida de seguridad privativa de libertad con pena de prisión, si ésta tuviere una duración igual o superior a seis años no sería procedente acordar la expulsión de conformidad con el límite fijado en el artículo 89 CP.

6. Comunicación interorgánica

El Ministerio Fiscal deberá cuidar que los mecanismos de comunicación interorgánica previstos en el artículo 136 del Reglamento de Extranjería funcionen adecuadamente. Especialmente en aquellos supuestos previstos en los apartados 2, 3 y 4 de la citada norma.

Particularmente, tras la autorización judicial de una expulsión, se exigirá de las autoridades gubernativas y los servicios policiales la comunicación inmediata de la práctica de la expulsión o de las razones que en su caso imposibiliten su realización. Si por cualquier motivo la expulsión no se materializa —*v. gr.* porque la jurisdicción contencioso-administrativa ha decidido suspender cautelarmente el acuerdo gubernativo de expulsión— se instará el alzamiento de la suspensión del proceso penal y la continuación del mismo.

Si por el contrario la autorización judicial de la expulsión fuere denegada, el Ministerio Fiscal procurará que, tan pronto concluya el proceso penal me-

dian­te sen­ten­cia o por otra resolu­ción defi­ni­tiva, se pon­ga dicha cir­cun­stan­cia en cono­ci­mien­to de la cor­res­pon­diente Bri­gada Pro­vin­cial de Extran­jería y Do­cumen­ta­ción.

7. Dificultades para ejecutar la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea o de otros países signatarios del acervo de Schengen

El art. 1.1 LE define como extranjero al que carece de la nacionalidad española. No cabe teóricamente, por tanto, un *tertium genus* entre las nociones de español y extranjero. Sin perjuicio de ello, forzoso es reconocer la existencia de una ciudadanía de la Unión Europea, expresamente regulada en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE), que matiza notablemente el *status* de extranjero que corresponde a los nacionales de los restantes países de la Unión. De ello es consciente el texto de la propia LE, cuando afirma que sus disposiciones se entienden sin perjuicio de los Tratados internacionales en los que España sea parte, entre los que sin duda están comprendidos el citado TCE y el Tratado de la Unión Europea.

Posee la ciudadanía de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro; esta ciudadanía es complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional (art. 17 TCE). Todos los ciudadanos de la Unión tienen derecho a circular y residir libremente en el territorio de otro Estado miembro, con sujeción a las condiciones y limitaciones previstas en el TCE y en sus normas de aplicación (art. 18 TCE). Por su parte, el art. 39.1 TCE asegura la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad.

La transposición al Derecho español de las normas comunitarias que desarrollan las condiciones y limitaciones del ejercicio de estos derechos (en particular la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio, relativa al derecho de residencia) ha tenido lugar mediante el RD 766/1992, de 26 de junio (modificado por el RD 737/1995, de 5 de mayo, y por el RD 1710/1997, de 14 de noviembre), sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas y otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante AEEE), que en la actualidad —después de la adhesión a las Comunidades de Austria, Suecia y Finlandia— son únicamente Liechtenstein, Noruega e Islandia (estos dos últimos países, pese a no ser comunitarios, sí forman parte sin embargo del espacio Schengen, del que se hablará *infra*).

Los ciudadanos de los países de la UE y el AEEE gozan de un régimen especial para entrar y salir de España, así como para obtener la tarjeta de residente. El art. 15.1 del citado RD 766/1992 admite, no obstante, posibles limitaciones al ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia por razones

de orden público, de seguridad pública o de salud pública; concretamente, se admite que también los ciudadanos de los países de la UE y el AEEE pueden ser objeto de una medida de expulsión, devolución o prohibición de entrada en el país por tales motivos. Se reproduce de este modo lo establecido en el art. 2.2 de la Directiva 90/364/CEE, la cual permite que los Estados miembros limiten el derecho de residencia de los nacionales de otros Estados miembros por razones de orden público, de seguridad o de salud públicas, si bien “en estos casos se aplicará la Directiva 64/221/CEE”. Esta Directiva del Consejo, de 25 de febrero de 1964, establece en su art. 3.1 que “las medidas de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo al que se apliquen” [mandato reproducido en el art. 15.2.d) del RD 766/1992], pero añade a continuación (art. 3.2) que “la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas”. Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha interpretado este precepto en su Sentencia de fecha 27 de octubre de 1977 (caso *Regina/Bouchereau*), afirmando que la existencia de una condena penal es trascendente sólo en la medida en que pudiera ser indicativa de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual contra el orden público; en idéntico sentido, la Sentencia de fecha 19 de enero de 1999 (caso *Calfa*) reitera que es contraria al Derecho comunitario una expulsión del territorio nacional de un ciudadano comunitario decretada de manera automática como consecuencia de una condena penal, sin tener en cuenta si su comportamiento personal ha supuesto una amenaza real y suficientemente grave contra un interés fundamental de la sociedad.

Así las cosas, el motivo previsto en el art. 57.2 LE no es suficiente por sí solo para decretar la expulsión de un ciudadano comunitario. Asimismo, el art. 89 CP, que se refiere únicamente a extranjeros que no residan legalmente en España, difícilmente podrá ser aplicado a un ciudadano comunitario. Además, tanto en este caso como si se pretendiese hacer uso de la posibilidad prevista en el art. 57.7 LE de autorizar judicialmente la expulsión de un ciudadano comunitario —acordada en expediente administrativo sancionador seguido al efecto— que se encuentra inculcado en un procedimiento penal, existiría otra dificultad adicional para que la medida resultase efectiva, como es la existencia de un espacio común sin fronteras creado por las normas de Schengen.

En efecto, hay que tener presente que el libre ejercicio de los derechos de circulación y residencia en el territorio de la Unión está favorecido y garantizado especialmente por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 (en adelante CS), que ha suprimido los controles sobre las personas en las fronteras internas de la Unión (art. 2.1) al tiempo que ha sometido a principios uniformes el control en las fronteras exteriores (art. 6.1 CS). En la aplicación del acervo de Schengen, de conformidad con la definición conte-

nida en el art. 1 CS, sólo tienen la consideración de extranjeros las personas que no sean nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta evidente que la libre circulación de personas es una realidad incuestionable, de manera particular en el territorio de los países signatarios de Schengen (todos los de la Unión Europea, excepción hecha del Reino Unido e Irlanda, a los que se suman Noruega e Islandia), en la medida en que no hay ningún tipo de control sobre las personas que cruzan las fronteras comunes de los Estados miembros, y que los únicos controles existentes son los que se establecen en las fronteras con países que no se han incorporado al espacio Schengen.

Por otra parte, la expulsión de un extranjero por las autoridades españolas habrá de conllevar —para que sea eficaz— la imposibilidad de entrar no sólo en España sino en todo el espacio Schengen, ya que, para hacer efectiva la medida y conforme a los mencionados principios comunes que han de ser aplicados por los Estados miembros en sus fronteras exteriores, se ha creado en el marco del SIS (Sistema de Información de Schengen) la denominada lista de extranjeros no admisibles. Inscrito un extranjero en dicha lista por cualquier Estado miembro, no pueden los restantes concederle el permiso de residencia, a no ser por motivos serios, especialmente de carácter humanitario o derivados de obligaciones internacionales (art. 25 CS); estar incluido en la lista de personas no admisibles es motivo para la denegación del visado (art. 27.5 LE) y la autorización de residencia temporal (art. 31.5 LE). Entre los motivos que dan lugar a la inscripción de un extranjero en la lista de no admisibles se encuentra “el hecho de que el extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso, de residencia, basada en el incumplimiento de las legislaciones nacionales relativas a la entrada o a la residencia de extranjeros” (art. 96.3 CS).

En este estado de cosas, aunque resulte posible en el plano teórico la expulsión judicial de un ciudadano comunitario por las causas previstas en el art. 57.7 LE, en la práctica se revela una medida muy poco eficaz, ya que, al poder atravesar todas las fronteras interiores de la Unión (con la única excepción de Irlanda y el Reino Unido) sin ser sometido a ningún tipo de control, resulta imposible impedir que desde su propio país regrese a España. Sin embargo, el principal motivo para disuadir de la adopción de esta medida no es tanto su más que probable ineficacia como el riesgo de impunidad que conlleva, ya que la expulsión, cuya consiguiente prohibición de entrada puede ser fácilmente burlada, impediría —en caso de no detectarse la violación de tal prohibición— proseguir en nuestro país el procedimiento penal o ejecutar la pena impuesta. Esta impunidad resultaría además especialmente injustificada en un contexto en el que se tienden a suprimir, en el concreto ámbito de aplicación de la justicia penal, las diferencias de trato entre los nacionales españoles y los de cualquier otro país

comunitario, como sucede también, p.e., con la frecuente renuncia a invocar el principio de no entrega del nacional en materia de extradición.

Consecuentemente con todo lo anterior, los Sres. Fiscales deberán, con carácter general y salvo supuestos excepcionales, informar negativamente las solicitudes de expulsión relativas a ciudadanos comunitarios que, al amparo de lo previsto en los arts. 57.7 LE y 89 CP, les trasladen para informe los órganos judiciales competentes.

Distinta de la expulsión, sin embargo, es la posibilidad de aplicar los Convenios existentes en materia de traslado de personas condenadas, y en particular el Convenio del Consejo de Europa sobre esta materia, de 21 de marzo de 1983, del que son Estados Parte, entre otros, todos los Estados miembros de la Unión Europea, y que permite a los penados extranjeros ser trasladados al país del que son nacionales para extinguir allí la condena que les haya sido impuesta y quede aún pendiente de cumplir. No existe ningún inconveniente para que se haga uso de este Convenio en el caso de ciudadanos comunitarios que deseen cumplir en su país de origen las penas privativas de libertad impuestas en España.

IV. EL MINISTERIO FISCAL Y LOS MENORES EXTRANJEROS

La inclusión en la presente Circular de un extenso capítulo dedicado a la situación de los menores extranjeros en España, y a la actuación del Ministerio Fiscal en relación con los mismos, está justificada por la importante misión que el ordenamiento jurídico encomienda al Ministerio Público en el ámbito de la protección de menores, así como por las amplias facultades que para ello le confiere.

A este respecto, se debe destacar que incumbe al Fiscal “la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores” (art. 174.1 CC), independientemente de cuál sea la nacionalidad de éstos. Asimismo, hay que tener presente que corresponde al Fiscal asumir o promover la representación y defensa de los menores, en juicio o fuera de él (art. 3.7 EOMF). De manera particular, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, le faculta expresamente para ejercer, entre otras, las acciones de protección del honor, la intimidad y la propia imagen (art. 4.2 y 4), o de cese y rectificación de publicidad ilícita (art. 5.5). Además, con carácter general, el Fiscal deberá promover ante el juez las medidas de protección de menores que estime necesarias (art. 174.1 CC), a cuyo fin el menor podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considera que atentan contra sus derechos [art. 10.2.b) de la LO 1/1996]; asimismo, el Fiscal podrá interesar del Juez que éste dicte las “disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios” (arts. 158.3.º y 216 CC), medidas que podrán

adoptarse “dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”.

Por otra parte, corresponde al Ministerio Fiscal comprobar al menos semestralmente la situación de los menores que son objeto de medidas de protección (art. 174.2 CC), así como ejercer la vigilancia sobre todos los centros que acojan a menores (art. 21.4 de la LO 1/1996), sin distinguir entre menores nacionales o extranjeros. Para ejercer esta vigilancia deberá hacer uso de la facultad que para visitar los centros de internamiento de cualquier clase le confiere el art. 4.2 EOMF.

1. La condición de menor extranjero

Hay que considerar, en primer lugar, que la mayor o menor edad del extranjero viene determinada por la aplicación de su propia ley nacional (art. 9.1 CC). Así, aunque con arreglo a la ley española la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos (art. 315 CC), y es constatable en la legislación de los diversos países un proceso de armonización o convergencia encaminado a fijar con carácter general la mayoría de edad precisamente a partir de los dieciocho años, tampoco es descartable *a priori* la posible presencia en España de ciudadanos extranjeros a los que la legislación de su país otorgue la mayoría de edad a una edad distinta. Reflejo de lo anterior es la definición contenida en el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, conforme a la cual “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Trasunto de esta norma es a su vez el art. 1 de nuestra LO 1/1996, que determina como destinatarios de la misma a “los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”.

Sentado lo anterior, hay que admitir igualmente la dificultad de conocer las excepciones que algunas legislaciones extranjeras puedan contener respecto de la norma general que fija la mayoría de edad en los dieciocho años. Añadiendo a ello que la carga de probar el contenido y la vigencia del derecho extranjero corresponde a quien lo invoca (art. 12.6 CC), se puede establecer con carácter general la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años.

2. Derechos de los menores extranjeros en España

Además de los derechos que la Ley reconoce con carácter general a todos los extranjeros, tanto mayores como menores de edad, existen también algunas previsiones legales específicas referidas expresamente a estos últimos, como es el caso de los derechos a la educación y a la asistencia sanitaria.

El art. 10.3 de la LO 1/1996 ya reconoció que “los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación”, y el art. 9.1 LE ha explicitado el contenido de tal derecho afirmando que “todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas”. Por el contrario, en los niveles de enseñanza no obligatoria, únicamente los extranjeros residentes están equiparados legalmente a los españoles (art. 9.3 LE).

Paralelamente, se ha ampliado también el ámbito de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria. Frente al art. 10.4 de la LO 1/1996, que lo reconocía a los menores extranjeros que se hallasen “en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España”, el actual art. 12.3 LE afirma categóricamente que “los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”.

3. Situación de los menores extranjeros acompañados

Los menores extranjeros pueden encontrarse en España respondiendo básicamente a dos situaciones muy distintas: puede tratarse de menores que han venido acompañados de sus padres o tutores, o de menores no acompañados por ninguna persona responsable de su guarda y custodia.

Asimilable al primero de los supuestos es el de aquellos menores que, a pesar de no estar acompañados por ningún guardador en España, se encuentran regularmente en nuestro país con el consentimiento de sus representantes legales; tal es el caso, por ejemplo, de quienes han venido con una autorización de estancia por estudios o en un programa de desplazamiento temporal [arts. 54.2.c) y 63 RE, respectivamente].

También es asimilable al supuesto de un menor acompañado por sus representantes legales el de un menor acompañado por un mero guardador de hecho (generalmente se tratará de un familiar más o menos próximo), ya que es ésta una figura plenamente admitida en nuestro derecho como una forma posible del ejercicio de la facultad-deber de guarda sobre los menores (arts. 303 CC y 12.2 de la LO 1/1996), situación que por otra parte puede resultar relativamente frecuente en el ámbito de algunas culturas diferentes de la nuestra. A este respecto, hay que tener presente que tanto las relaciones paterno-filiales como la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se rigen en primer lugar por la ley nacional de éste (art. 9.4 CC).

En el caso de los menores extranjeros que se encuentran acompañados por sus padres, tutores o guardadores, y respecto de los cuales no es apreciable la

situación de desamparo descrita en el art. 172.1 CC, prima el derecho del menor a conservar sus relaciones familiares y a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos (art. 9.1 de la Convención sobre derechos del niño), lo cual implica que, como regla general, si la autoridad competente acuerda la expulsión, devolución o retorno de los padres, tutores o guardadores del menor extranjero, ello conlleva también la salida de nuestro país del menor sometido a su potestad, sin que haya que ver en ello el menor reproche sancionatorio hacia la conducta del menor. Por otra parte, esta situación no es sino la otra cara del derecho a la reagrupación familiar o facultad que tienen los extranjeros residentes legalmente en España de reunir con ellos a los hijos o tutelados menores de dieciocho años [art. 17.1.b) y c) LE]. Por idéntica razón, en aquellos supuestos en que la ley prohíbe imponer la sanción de expulsión a un extranjero, tampoco permite que sean expulsados los hijos menores o incapacitados que se hallen a su cargo (art. 57.6 LE).

Como consecuencia de lo anterior, es posible que la autoridad judicial acuerde, excepcionalmente y con carácter cautelar, el ingreso de menores en un centro de internamiento de extranjeros, “cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar” (arts. 62.3 LE y 127.8 RE). Aunque en un plano teórico pudiera defenderse la conveniencia de que la autorización fuese concedida por los Jueces de familia (en su defecto, de primera instancia), la norma no deja duda al respecto, al disponer que la autorización corresponde al Juez de Menores, quizá en razón de un impremeditado paralelismo con la competencia atribuida al Juez de instrucción para autorizar el internamiento de extranjeros adultos (art. 62.1 LE). También recoge la Ley expresamente la necesidad de que el Ministerio Fiscal informe previamente sobre el internamiento del menor. Este informe será vinculante para el Juez si el Fiscal, valoradas todas las circunstancias concurrentes, se opone al internamiento, ya que la ley exige para autorizar el internamiento que el informe del Fiscal sea favorable. El Fiscal, atendiendo al interés prevalente del menor y a su derecho a no ser separado de sus padres y familiares, deberá con carácter general informar favorablemente siempre que se cumplan las condiciones que impone la ley (solicitud de los padres o tutores y existencia de módulos que garanticen la independencia familiar). Es conveniente, por tanto, que en las visitas que los Fiscales realicen periódicamente a los centros de internamiento comprueben, entre otros extremos, el de la existencia o no de estos módulos, sus condiciones de separación e higiene, dotación de servicios básicos para la convivencia, etc., y que en caso de observar deficiencias insten a las autoridades competentes para posibilitar el internamiento de los menores conjuntamente con sus padres o tutores.

Una particular atención merece el supuesto de las extranjeras embarazadas sometidas a expediente de expulsión o devolución, ya que prima en este caso el derecho que les reconoce la ley a la asistencia sanitaria durante el embarazo,

parto y posparto. Expresamente disponen los arts. 57.6 y 58.3 LE que no podrán ser expulsadas ni devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Una vez producido el alumbramiento y prestada la atención médica precisa, el menor seguirá lógicamente la suerte de la madre, de tal manera que si ésta es expulsada o devuelta lo hará acompañada de su hijo. El hecho de que el hijo haya nacido en España no es óbice para ello, ya que por este solo hecho no se adquiere la nacionalidad española; sólo adquieren la nacionalidad española por *ius soli* “los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España” [art. 17.1.b) CC]. Ello no obstante, también cabe la posibilidad de que la madre abandone al niño u otorgue su consentimiento para que sea dado en adopción, en cuyo caso deberá intervenir la entidad pública competente, asumiendo la tutela e iniciando el oportuno expediente de adopción.

4. Menores extranjeros en situación de desamparo

Es posible que, aun tratándose de menores que han llegado a España acompañados de personas que se hacen cargo de ellos, en determinadas situaciones se aprecie, por parte de aquéllos (ya sean los representantes legales del menor —padres o tutores— o un guardador de hecho) un incumplimiento, o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, con la consecuente privación de la necesaria asistencia moral o material, situación legal de desamparo que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 172.1 CC conlleva la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente. En tales casos, así como en todos aquellos en que se localice a un menor abandonado o no acompañado, ninguna relevancia tiene cuál sea la ley personal del menor, ya que la citada LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que contempla expresamente como medida de protección la asunción de la tutela *ex lege* en los casos de desamparo (art. 12.1), es aplicable a todos los menores que se encuentren en territorio español, independientemente de su nacionalidad (art. 1); asimismo, el párrafo tercero del art. 9.6 CC establece claramente que es aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español. En idéntico sentido, el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores (ratificado por España el 22 de mayo de 1987) establece que las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado de residencia habitual del menor serán competentes para adoptar medidas encaminadas a proteger su persona o sus bienes (art. 1), y que adoptarán las medidas previstas por su ley interna, que regulará la adopción, modificación, cesación y efectos de las mismas (art. 2); sin embargo, la invocación y aplicación de esta última norma habrá de ser muy restringida, dado el

escaso número de países que han ratificado el Convenio y la reserva efectuada por España, que limita su aplicación a los menores que tengan la nacionalidad de un Estado contratante.

En todos aquellos casos en que se acredite la existencia de un menor extranjero en la situación de desamparo anteriormente descrita, deberá ser puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores. Cabe preguntarse, sin embargo, si es posible considerar emancipado a un menor de dieciocho años en virtud de una causa diversa de la mayor edad. Es preciso recordar aquí nuevamente que la capacidad y el estado civil se rigen por la ley nacional del sujeto y que no cabe, por tanto, considerar sin más como emancipado —extrapolando las normas de nuestro CC— al menor extranjero que vive independientemente con el consentimiento paterno (art. 319 CC), emancipación que además —aparte de la dificultad que habría para probar tal consentimiento— resulta extremadamente precaria por la posibilidad que tienen los padres de revocar el consentimiento en cualquier momento. Por ello, en tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su ley personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos. También la posibilidad de emancipación por matrimonio (art. 314.2.º CC) estará sujeta a lo que establezca para ese caso la ley personal del menor.

Hay que señalar de todas formas que la intervención de las entidades públicas no tiene necesariamente que desembocar, en todos los supuestos de actuación protectora, en el internamiento del menor en un centro de protección. En ocasiones, se revelarán como más acertadas otro tipo de medidas, que se podrán desarrollar en medio abierto o incluso en el propio ámbito familiar. En este sentido, la LO 1/1996 contempla como diversa de la situación de desamparo la que denomina situación de riesgo, caracterizada por la existencia de factores que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, pero que no requieren la asunción inmediata de la tutela; en estos casos, compete a la entidad pública poner en marcha las actuaciones pertinentes para reducir la situación de riesgo y realizar el seguimiento de la evolución del menor en la familia (art. 17). Incluso en los supuestos de desamparo *stricto sensu*, que dan lugar a la tutela automática, la facultad de guarda inherente a la tutela puede desarrollarse tanto mediante el acogimiento familiar como mediante el acogimiento residencial (art. 172.3 CC), debiendo tener presente que en este segundo caso habrá que procurar que el internamiento dure el menor tiempo posible (art. 21.1 de la LO 1/1996).

Una vez asumida la tutela por haberse apreciado el desamparo, en tanto el menor extranjero no abandone nuestro país, sólo se extinguirá la tutela cuando cumpla el extranjero los dieciocho años o concurra cualquier otra de las causas contempladas en el art. 276 CC, precepto que es aplicable también a los supuestos de tutela legal automática en la medida en que su supuesto habilitante —el desamparo de un menor— aparece también como una de las causas que dan

lugar a la tutela al regular el régimen general de ésta (art. 222.4.º CC). No es causa de extinción de la tutela, por tanto, la vida independiente del menor con consentimiento del tutor (a diferencia de lo que prevé el citado art. 319 CC para la patria potestad), aunque sí puede serlo la obtención judicial del beneficio de la mayor edad.

Durante todo el tiempo que un menor extranjero sea tutelado por una entidad pública, su estancia en España se considerará regular a todos los efectos (art. 35.4 LE). Por ello, aunque el actual RE no lo afirme expresamente con la rotundidad con que lo hacía el art. 13 del Reglamento derogado, los menores extranjeros que se encuentran en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión. No es preciso que la entidad pública haya dictado formalmente la resolución en que aprecia el desamparo y asume la tutela, ya que —al margen de la práctica de las administraciones de documentar la constitución de la tutela con posterioridad a la detección de la situación de desamparo, sobre todo por motivos de seguridad jurídica y para posibilitar un eventual recurso— ésta se produce en realidad *ope legis* de manera automática, tan pronto como se constata el desamparo, de modo que un menor extranjero sólo puede ser expulsado, devuelto o retornado a su país en compañía de su representante o representantes legales. Por idéntico motivo, cuando finalmente se documenta mediante el correspondiente permiso de residencia la legalidad de la situación del menor, los efectos de ésta se retrotraen “al momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores”, lo cual conforme a la ley ha de tener lugar tan pronto como se tenga conocimiento de su situación de desamparo (arts. 13.1 y 14 de la LO 1/1996). Asimismo, el art. 10.4 de la LO 1/1996 impone a las entidades públicas la obligación de facilitar a los menores extranjeros sometidos a su guarda o tutela la documentación acreditativa de su situación. Sin embargo, el permiso de residencia sólo se tramitará “una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen”.

5. Repatriación de menores extranjeros

Efectivamente, en el caso de menores extranjeros que se encuentren en España en situación de desamparo y cuyos familiares más cercanos residan en el extranjero, la actuación de los poderes públicos debe estar orientada por el ya citado derecho del menor a no ser separado de sus padres y familiares y, en consecuencia, debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar. La repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país. La decisión

sobre el retorno del menor a su país de origen —o de residencia de sus familiares— o sobre su permanencia en España, corresponde a la Administración del Estado (art. 35.3 LE), por ser la única competente en materia de inmigración, emigración y extranjería (art. 149.1.2.^a CE). Sin perjuicio de ello, deben informar previamente —en razón también de su propia competencia en la materia— los servicios de protección de menores. Todos cuantos intervengan en este procedimiento deben orientar su actuación de acuerdo con el principio de reagrupación familiar —como expresamente recoge el art. 35.3 LE— pero, sobre todo, con el de prevalencia del interés del menor (art. 2 LO 1/1996). Por ello, la repatriación sólo podrá llevarse a cabo “una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país”, y “tras la verificación de que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares” (art. 62.4 RE).

La autoridad gubernativa tiene la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento de repatriación de un menor (art. 62.4 RE). A través de estas comunicaciones el Fiscal podrá comprobar si efectivamente la decisión adoptada es la más adecuada a los intereses del menor. De manera especial, deberá velar para que no se sobrepase el plazo máximo en el que se ha de resolver y ejecutar la repatriación, que es de nueve meses desde la puesta del menor a disposición de los servicios competentes —no necesariamente coincidente con la fecha en que formalmente hayan asumido éstos la tutela— (art. 62.5 RE); si en ese plazo no ha sido posible la repatriación, procederá en todo caso la concesión al menor del permiso de residencia (art. 62.5 RE).

También contempla expresamente el art. 62.4 RE la posibilidad de que el menor que va a ser repatriado se encuentre “incurso en un proceso judicial”. Tratándose de un menor de dieciocho años, la referencia ha de entenderse hecha al procedimiento regulado en la LO 5/2000. La repatriación se condiciona en este supuesto a la autorización judicial, análogamente al supuesto de autorización de la salida o expulsión de un extranjero mayor de edad que se encuentre inculcado en un procedimiento por delito (art. 57.7 LE), ya que en ambos casos la salida del extranjero supone una renuncia al ejercicio en España del *ius puniendi*, algo que corresponde valorar y en su caso autorizar solamente al órgano judicial, no a la autoridad gubernativa. Llama la atención, sin embargo, el distinto tratamiento que de la situación hacen la norma legal y la reglamentaria. Así, mientras el art. 57.7 LE exige la audiencia previa del Fiscal, el art. 62.4 RE se limita a decir que “deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal”, sin ni siquiera aclarar qué es lo que se ha de comunicar, si la solicitud de autorización de repatriación o la posterior resolución del juez. Una interpretación sistemática de los dos preceptos abona la opinión de que, también en el supuesto de menor imputado en el procedimiento de la LO 5/2000 —que no deja de ser un supuesto de extranjero inculcado en un procedimiento por delito,

conforme al art. 57.7 LE—, sea preciso el dictamen previo del Fiscal para que el juez pueda autorizar su repatriación. Además, no parece lógico que habiendo encomendado la ley al Ministerio Fiscal no sólo la instrucción de este procedimiento, sino de manera especial la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en interés del menor y la observancia de las garantías del procedimiento (art. 6 de la LO 5/2000), se prescindiera de su parecer acerca de la procedencia o conveniencia de la repatriación. En cuanto al juez que ha de autorizar la repatriación, parece claro que habrá de ser el titular del Juzgado de Menores competente conforme al art. 2.3 de la LO 5/2000.

Queda, por último, preguntarse qué recurso cabe interponer contra la resolución que acuerda la repatriación del menor si se considera que ésta es contraria a sus intereses. Si se tratase de una resolución adoptada por la entidad pública competente en materia de menores, no cabría duda que habría que acudir al proceso especial previsto en el art. 780 LEC. Sin embargo, la decisión sobre la repatriación del menor no es competencia de las entidades que tienen encomendada la protección (las designadas por las Comunidades y Ciudades Autónomas, conforme a la Disposición Final 22.^a de la LO 1/1996), sin perjuicio de su deber de informar sobre la cuestión en tanto que afecta también a los intereses de protección del menor, sino —como se ha indicado *supra*— de la Administración del Estado, única competente en materia de extranjería, y más concretamente de los Delegados o Subdelegados del Gobierno (art. 62.4 RE). Contra las resoluciones dictadas por éstos —al no haber sido dictadas en virtud de una competencia en materia de protección de menores, de la que carecen manifiestamente— no cabrá acudir directamente a la vía civil, sino que su control y eventual revisión habrán de regirse por las normas y trámites del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa. La legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir estas decisiones encuentra su apoyo legal en los arts. 3.7 EOMF y 8.2 LEC —que atribuyen al Fiscal la representación procesal del menor que no tenga quien le represente (sin perjuicio del deber de representación que corresponde a la entidad pública en virtud de la tutela automática y teniendo en cuenta la superior vigilancia que sobre ésta ejerce el Ministerio Fiscal)— en relación con el art. 19.1.a) LJCA.

6. Determinación de la edad e identificación de los extranjeros menores indocumentados

En relación con la localización de extranjeros indocumentados cuya edad no pueda ser determinada con exactitud, se recuerda la plena vigencia de los criterios reflejados en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado n.º 2/2001, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la LO 4/2000, cuya reiteración aquí resulta ociosa. Sin embargo, sí resulta especialmente oportuno recordar de nuevo la necesidad de que por parte de todos los agentes implicados

en el procedimiento (Ministerio Fiscal, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad e instituciones sanitarias) se desarrollen los correspondientes protocolos de actuación, que permitan garantizar la plena coordinación entre todos y determinar así con la mayor celeridad posible la edad del extranjero indocumentado, así como, en su caso, la puesta del menor a disposición de los correspondientes servicios de protección.

Íntimamente relacionadas con las actuaciones tendentes a determinar la edad de un extranjero indocumentado están las actuaciones encaminadas a determinar su identidad. Para facilitar éstas, el art. 60 RE prevé la creación, en la Dirección General de la Policía, de un Registro Central de Extranjeros y, separadamente, de un “Registro de Menores Extranjeros en situación de desamparo a efectos puramente identificadores” (art. 602 RE). En este registro, que incluirá sólo a los menores en desamparo y por tanto tutelados por una entidad pública, constarán entre otros los siguientes datos: su impresión decadactilar, su fotografía y el resultado de la prueba ósea de determinación de la edad; asimismo, constarán otros datos que puedan facilitar en su caso las investigaciones previas a la repatriación, como la nacionalidad, el nombre de los padres, el lugar de nacimiento y la última residencia en el país de procedencia. Los servicios competentes de protección de menores tienen obligación de colaborar con la Dirección General de la Policía, comunicando todos los datos del art. 60.2 RE que conozcan de los menores en situación de desamparo que hayan sido puestos a su disposición. Se facilita de este modo la previsión contenida en el art. 35.5 LE (párrafo introducido por la LO 8/2000), que prevé la utilización por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de las medidas técnicas necesarias —entre las que sin duda cobran una especial importancia el cotejo de las fichas decadactilares y la comprobación de fotografías— para identificar a los menores extranjeros indocumentados a través de las referencias que sobre los menores pudieran existir en alguna institución pública, nacional o extranjera, encargada de su protección.

Sin embargo, añade el citado artículo 35.5 LE que los datos que obtenga la policía por este procedimiento no podrán ser utilizados con una finalidad distinta de la identificación del menor. Así pues, se posibilita en primer lugar la cesión de datos por parte de la entidad pública competente en materia de protección de menores para su inclusión en los ficheros policiales, cubriendo de este modo la exigencia de que la comunicación de datos entre Administraciones Públicas haya sido prevista por la disposición que crea el fichero (art. 21.1 de la LO 19/2000, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal). Pero, al mismo tiempo, se impide que, una vez introducidos los datos en los ficheros policiales, se pueda hacer uso de ellos para el ejercicio de otras “competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas”, al margen de los fines policiales de identificación, como genéricamente contempla el citado artículo. Obsérvese, además, que el art. 60.3 RE sí prevé que la

información del Registro Central de Extranjeros —no la del Registro de Menores Extranjeros— será puesta a disposición de los órganos de las Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias en materia de extranjería, de conformidad con lo dispuesto en la citada LO 19/2000. La Dirección General de la Policía no podrá, por tanto, utilizar ni ceder los datos del Registro de Menores Extranjeros en situación de desamparo que haya obtenido de otras entidades, para desarrollar otras actuaciones en el ámbito de la extranjería distintas de la identificación de extranjeros (p.e., tomar noticia de datos familiares para incoar un expediente de expulsión a un adulto).

7. Especialidades en la aplicación de la LO 5/2000

En el caso de menores extranjeros detenidos por la comisión de infracciones delictivas, hay que tener presentes las normas especiales previstas en la LO 5/2000. Concretamente, si el menor tiene su residencia habitual fuera de España, habrá que notificar el hecho de la detención a las autoridades consulares correspondientes; también habrá que notificar la detención a las autoridades consulares, aunque el menor extranjero resida habitualmente en España, si lo solicitan el menor o sus representantes legales [art. 17.1.i)f)].

Por otra parte, ya se ha aludido anteriormente a la posibilidad de que sea acordada la repatriación de un menor que se halle incurso en el procedimiento regulado por la LO 5/2000, y a los criterios y garantías procesales que deben observarse en tal caso.

Finalmente, si un menor extranjero es ingresado en un centro de los previstos en la citada ley, ya sea para el cumplimiento de una medida impuesta en sentencia, ya sea con carácter cautelar durante el procedimiento, habrá que facilitarle a su ingreso en el centro información escrita, en un idioma que entienda, sobre sus derechos y obligaciones, el régimen de internamiento en que se encuentran, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos; si tuviese dificultades para comprender esta información escrita, habrá que transmitírsela por cualquier otro medio adecuado (art. 58.1).

CRÓNICA LEGISLATIVA

ENERO

- ❑ Resolución de 21 de enero de 2002 (BOE del 26), de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante el año 2002 el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.
 - ✓ Actualiza las cuantías de las siguientes tablas de indemnizaciones:
 - Tabla I: Indemnizaciones básicas por muerte.
 - Tabla II: Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte.
 - Tabla III: Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales).
 - Tabla IV: Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.
 - Tabla V: Indemnizaciones por incapacidad temporal.
 - ✓ Publicación de la corrección de erratas en el BOE de 6 de febrero de 2002.
- ❑ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (BOE de 31 de enero).

“El presente Protocolo entrará en vigor de forma general y para España el 18 de enero de 2002, de conformidad con lo establecido en su artículo 14”.

FEBRERO

- ❑ Instrumento de ratificación del Protocolo número 1 al Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos y Degradantes, hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1993 (BOE de 9 de febrero de 2002).

“El presente Protocolo entrará en vigor de forma general y para España el 1 de marzo de 2002, de conformidad con lo establecido en su artículo 8”.

- ❑ Instrumento de ratificación del Protocolo número 2 al Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos y Degradantes, hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1993 (BOE de 9 de febrero de 2002).

“El presente Protocolo entrará en vigor de forma general y para España el 1 de marzo de 2002, de conformidad con lo establecido en su artículo 3”.

- ❑ Orden SCO/469/2002, de 19 de febrero (BOE de 6 de marzo), por la que se incluyen determinados principios activos en el anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y productos psicotrópicos.

MARZO

- ❑ Real Decreto 232/2002, de 1 de marzo (BOE del 16), por el que se regula el Registro de Sentencias sobre Responsabilidad Penal de los Menores.

“El presente Real Decreto regula la organización y funcionamiento del Registro de sentencias sobre Responsabilidad Penal de los Menores, previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que tiene por objeto la inscripción de las sentencias que, con carácter de firmes, dicten los Juzgados y Tribunales en aplicación de esa Ley Orgánica”.

- ❑ Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo (BOE del 26), reguladora del Derecho de Asociación.

“La presente Ley Orgánica tiene por objeto desarrollar el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución y establecer aquellas normas de régimen jurídico de las asociaciones que corresponde dictar al Estado”.

- ❑ Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo (BOE del 27), por el que se desarrolla la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos.

“El presente Real Decreto tiene por objeto desarrollar la Ley 50/1999, de animales potencialmente peligrosos, en los siguientes aspectos:

- a) Determinar los animales potencialmente peligrosos pertenecientes a la fauna doméstica de la especie canina.
- b) Establecer los requisitos mínimos necesarios para obtener las licencias administrativas que habilitan a sus titulares para la tenencia de animales potencialmente peligrosos.
- c) Fijar las medidas mínimas de seguridad exigibles para su tenencia.”

ABRIL

- ❑ El día 11 de abril de 2002 entra en vigor el Tribunal Penal Internacional tras la ratificación del Estatuto de Roma por sesenta países (véase la “Crónica Legislativa” de la RDP núm. 2 - Enero 2001).
- ❑ Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2002 (BOE de 17 de abril).

“El presente Protocolo entró en vigor de forma general el 12 de febrero de 2002 y para España entrará en vigor el 8 de abril de 2002, de conformidad con lo establecido en su artículo 10”.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal, parte especial*, Colex, Madrid, 2001.

MARTÍN LÓPEZ, M.T., *La responsabilidad penal de los menores*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.

MARTOS NÚÑEZ, J.A., *Derecho penal: Fundamentos del Derecho penal*, Civitas, Madrid, 2001.

POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte general. T. I: Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4.^a ed., Bosch, Barcelona, 2001.

URBANO CASTRILLO, E. / ROSA CORTINA, J.L., *Comentarios a la L.O. de responsabilidad penal de menores*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

AMBOS, K. (et. al.) *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha / Ed. Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

— *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *El extranjero ante el derecho penal español sustantivo y procesal*, Madrid, 2000.

— *La Criminalidad organizada. Aspectos sustantivos procesales y orgánicos*, Madrid, 2001.

— *Genética y Derecho*, Madrid, 2001.

— *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, Madrid, 2001.

— *La responsabilidad penal de los menores. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2001.

LAURENZO COPELLO, P. (Coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. (ed.), *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de derecho penal económico (Jerez 2000)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

ALHAMBRA PÉREZ, M.P. / SEGURA ABAD, L.J., *El alcohol: cuestiones jurídico-médicas*, Comares, Granada, 2001.

ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

BORJA JIMÉNEZ, E., *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

CARRASCO ANDRINO, M.M., *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002.

GÓMEZ GONZÁLEZ, O.T., *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2001.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

MENDOZA BUERGO, B., *Límites políticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001.

PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en "bis in idem"*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

ROPERO CARRASCO, J., *La provocación del estado de necesidad en Derecho penal. Provocación de situaciones de riesgo en el tráfico automovilístico y otros estados de conflicto*, Comares, Granada, 2002.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 y 317 CP*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

ALONSO PÉREZ, F., *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas. Legislación, comentarios, jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2001.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

DELGADO MARTÍN, J., *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales. La jurisdicción civil*, Colex, Madrid, 2001.

LAMO RUBIO, J. et al., *Tratamiento penal y procesal de la violencia en el ámbito familiar. Análisis de las últimas reformas y de las propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, 2002.

MARTÍN LÓPEZ, M.T. (Coord.), *La protección de los menores. Derechos y recursos para su atención*, Civitas, Madrid, 2001.

MATA Y MARTÍN, R., *Delincuencia informática y derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001.

MORENO ALCÁZAR, M.A., *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

PASCUAL LÓPEZ, S., *La inviolabilidad del domicilio en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 2001.

PUENTE ALBA, L.M., *Delitos económicos (contra los consumidores y delito publicitario)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

ROVIRA DEL CANTO, E., *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Comares, Granada, 2002.

ROVIRA TORRES, O., *El encubrimiento*, Bosch, Barcelona, 2001.

ROXIN et al., *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001.

RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de derecho internacional. Tipificación y represión internacional*, Bosch, Barcelona, 2001.

TRABADO ÁLVAREZ, C., *El delito de malos tratos. Novedades introducidas en el delito de malos tratos por la L.O. 14/1999*, Septem Oviedo, 2002.

VELÁZQUEZ BARÓN, A., *De los delitos de exhibicionismo obsceno, provocación sexual y prostitución*, Bosch, Barcelona, 2001.

VERCHER NOGUERA, A., *La delincuencia urbanística. Aspectos periciales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, Colex, Madrid, 2002.

VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

V. CRIMINOLOGÍA

NÚÑEZ PAZ, M.A. / ALONSO PÉREZ, F., *Nociones de criminología*, Colex, Madrid, 2002.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES Y COMENTARIOS

CALDERÓN CEREZO, A./CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho Procesal Penal. Adaptado al Programa de las Pruebas Selectivas para ingreso en las Carreras Judiciales y Fiscal*, Dykinson, Madrid, 2002, 761 págs.

DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema judicial español*, Aranzadi, Pamplona, 2002, 160 págs.

GÓMEZ DE LIAÑO, F., *El proceso penal y su jurisprudencia*, 6.^a ed., Forum, Oviedo, 2002.

URBANO CASTRILLO, E. DE ROSA QUINTANA, J.M. DE LA, *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Aranzadi, Pamplona, 2001, 875 págs.

II. OBRAS COLECTIVAS

AA.VV., *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, (coordinador K. Ambos), Tirant lo blanch, Valencia, 2002, 549 págs.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: año judicial 2000-2001*, Madrid, 2001, 212 págs.

— *La Violencia en el Ámbito Familiar. Aspectos Sociológicos y Jurídicos*, Madrid, 2001.

III. MONOGRAFÍAS

ALHAMBRA PÉREZ SEGURA ABAD, *El Alcohol: Cuestiones-Jurídico-Médicas*, Comares, Granada, 2001, 765 págs.

ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal: las infracciones no perceptibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo blanch, 2002, 583 págs.

AYO FERNÁNDEZ, M., *Las faltas en el Código Penal y el juicio verbal de faltas*, 5.^a edición, Aranzadi, Pamplona, 2002, 241 págs.

DELGADO MARTÍN, J., *La Violencia Doméstica. Tratamiento Jurídico: Problemas Penales y Procesales. La Jurisdicción Civil*, Colex, 2002, 254 págs.

JAÉN VALLEJO, M., *Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal. Garantías del proceso penal*, 2002, 155 págs.

LAMO RUBIO, J. DE/GANZAENMÜLLER ROIG, C./ESCUADERO MORATALLA, J.F./FRIGOLA VALLINA, J., *Tratamiento Penal y Procesal de la Violencia en el ámbito familiar*, Bosch, Barcelona, 2002, 268 págs.

NADAL GÓMEZ, I., *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, 229 págs.

MARTÍN ANCÍN, F./ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J.R., *Metodología del atestado policial. Aspectos procesales y jurisprudenciales*, 2.^a ed., Madrid, 2002, 628 págs.

PÉREZ MARTELL, R., *El proceso del menor*, Aranzadi, Pamplona, 2002, 410 págs.

URBANO CASTILLO, E. DE, *La nueva casación penal*, Dykinson, Madrid, 2002.

VILATA MENADES, S., *Sobre el jurado: un análisis desde una perspectiva distinta (el derecho a juzgar y el derecho a ser juzgado)*, Valencia, 2001, 257 págs.

IV. FORMULARIOS

COQUILLAT VICENTE, Á., *Formularios Procesales Penales*. (incluye CD-ROM), Tirant lo blanch, Valencia 2002.

V. OTROS

PONA, J./NAVARRO, J., *Cómo ganar un juicio penal*, Ed. Martínez Roca, Barcelona, 2002, 172 págs.

POZO VILLEGAS, J.L., *La nueva guía de los procedimientos penales: especial referencia a la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Madrid, 2001, 224 págs.

RAMOS MÉNDEZ, F., *Bibliografía procesal española (1978-2000)*, Librería Bosch, Barcelona, 2001, 637 págs.