

**DIRECTORES: ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN Y ÁNGEL TORÍO LÓPEZ**

Catedráticos de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

Nº 39

# Revista de Derecho Penal

© 2013 Thomson Reuters (Legal) Limited

**Lex Nova, S.A.U.**

Edificio Lex Nova  
General Solchaga, 3. 47008 Valladolid  
T +034 983 457038 · F +034 983 457224  
E-mail: [clientes@lexnova.es](mailto:clientes@lexnova.es)  
[www.lexnova.es](http://www.lexnova.es)  
[www.thomsonreuters.com](http://www.thomsonreuters.com)

Depósito Legal: VA. 840-2000

ISSN 1576-9763

Printed in Spain — Impreso en España

**Dirección General Thomson Reuters Lex Nova**

Daniel Tejada Benavides

**Impresión**

Rodona Industria Gráfica, S.L.  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 Pamplona

Esta revista ha sido coordinada por Ángel Torío López y Ángel Sanz Morán, con la colaboración de Gloria Sánchez y Jaime Barbero, del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

La Editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters.

Lex Nova es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, entre otros; por ello, se encuentra integrada en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos:

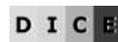


CARHUS PLUS



CSIC

Dialnet



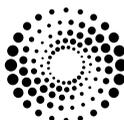
IN-RE CJ



El texto de las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos oficiales distribuidos por el CENDOJ. Esta publicación se limita a transcribirlos total o parcialmente, respetando la literalidad y sentido de los documentos originales.

LA VERSIÓN ON LINE DE ESTA COLECCIÓN, QUE HA SIDO SELECCIONADA POR EL CGPJ PARA SU UTILIZACIÓN POR LOS MIEMBROS DE LA CARRERA JUDICIAL, PUEDE CONSULTARSE EN **PORTALJURIDICO.LEXNOVA.ES**

LEX NOVA



THOMSON REUTERS

## **DIRECTORES**

### **ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN**

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

### **ÁNGEL TORÍO LÓPEZ**

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

### **CORAL ARANGÜENA FANEGO**

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

### **M.<sup>a</sup> ÁNGELES GALLEGO MAÑUECO**

Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid

### **ALFONSO CANDAU PÉREZ**

Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles

# ÍNDICE GENERAL

Página

## ARTÍCULOS DOCTRINALES

LAGUNAS, CONTRADICCIONES Y DESLEGITIMACIÓN DEL DISCURSO CONTEMPORÁNEO DEL DERECHO PENAL PREVENTIVO Y DE LA SEGURIDAD. UN NUEVO EJEMPLO EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CP DE 2010

*Miguel Ángel Iglesias Río* ..... 9

SISTEMATIZACIÓN DE ERRORES MÉDICOS Y FACTORES LATENTES DE RIESGO (UN INSTRUMENTO PARA EL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA Y DE OTRAS FUENTES)

*Javier de Vicente Remesal* ..... 39

## JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA ..... 71

TRIBUNAL SUPREMO ..... 77

**Acuerdo del Pleno de 19 de diciembre de 2012** ..... 77

**Sentencia 881/2012, de 28 de septiembre:** Proceso ordinario. Calificación y proposición de prueba ..... 77

**Sentencia 784/2012, de 5 de octubre:** Malversación de caudales públicos, falsedad y prevaricación. Imparcialidad del juzgador. Conformidad ..... 80

**Sentencia 740/2012, de 10 de octubre:** Intervenciones telefónicas. Nulidad ..... 84

**Sentencia 749/2012, de 11 de octubre:** Delitos contra la seguridad vial. Iniciativa probatoria ..... 87

**Sentencia 864/2012, de 16 de octubre:** Intervenciones telefónicas: reiteración de oficios policiales solicitándolas. Buena fe procesal ..... 88

**Sentencia 813/2012, de 17 de octubre:** Estafa procesal. Momento consumativo ..... 91

**Sentencia 777/2012, de 17 de octubre:** Intervenciones telefónicas. Veredicto del jurado y motivación de la sentencia ..... 94

	Página
<b>Sentencia 865/2012, de 17 de octubre:</b> Principio acusatorio. Vulneración .....	98
<b>Sentencia 793/2012, de 18 de octubre:</b> Principio de unidad de alegaciones y doctrina de la cuestión nueva en casación .....	101
<b>Sentencia 818/2012, de 24 de octubre:</b> Apropiación indebida. «Fianza monetaria» ..	104
<b>Sentencia 851/2012, de 24 de octubre:</b> Extradición activa. Prescripción .....	107
<b>Sentencia 774/2012, de 25 de octubre:</b> Costas de la acusación particular .....	110
<b>Sentencia 899/2012, de 2 de noviembre:</b> Tentativa inidónea de tráfico de drogas .....	112
<b>Sentencia 873/2012, de 5 de noviembre:</b> Tráfico de drogas. Menor entidad .....	117
<b>Sentencia 856/2012, de 6 de noviembre:</b> Responsable civil subsidiario. Vulneración del derecho de audiencia y defensa .....	120
<b>Sentencia 858/2012, de 6 de noviembre:</b> Tentativa inidónea de homicidio .....	122
<b>Sentencia 1078/2012, de 8 de noviembre:</b> Concurso real de delitos. Pena máxima a cumplir .....	124
<b>Sentencia 885/2012, de 12 de noviembre:</b> Prescripción. Alcance de la reforma del año 2010 .....	128
<b>Sentencia 915/2012, de 15 de noviembre:</b> Orden europea de detención y entrega. Principio de especialidad .....	132
<b>Sentencia 943/2012, de 20 de noviembre:</b> Tráfico de drogas. Tentativa .....	135
<b>Sentencia 938/2012, de 22 de noviembre:</b> Competencia objetiva .....	136
<b>Sentencia 947/2012, de 28 de noviembre:</b> Competencia objetiva: concepto de pena abstracta .....	137
<b>Sentencia 1073/2012, de 29 de noviembre:</b> Secreto del sumario .....	139
<b>Sentencia 968/2012, de 30 de noviembre:</b> Violación y lesiones. Compatibilidad de las respectivas causas de agravación .....	141
<b>Sentencia 922/2012, de 4 de diciembre:</b> Circunstancias modificativas. Atenuante analógica y agravante de abuso de superioridad .....	146
<b>Sentencia 974/2012, de 5 de diciembre:</b> Blanqueo y delito fiscal .....	151
<b>Sentencia 984/2012, de 10 de diciembre:</b> Agresión sexual continuada .....	178
<b>Sentencia 1072/2012, de 11 de diciembre:</b> Cadena de custodia .....	180
<b>Sentencia 1022/2012, de 19 de diciembre:</b> Autoría. Problema de la calificación jurídica del «cerebro» del crimen .....	181
<b>Sentencia 1016/2012, de 20 de diciembre:</b> Validez probatoria de la declaración testimonial de la víctima menor en la instrucción .....	185
<b>Sentencia 1049/2012, de 21 de diciembre:</b> Procedimiento abreviado: discordancia entre el auto de transformación y el de apertura del juicio oral .....	189

	Página
<b>Sentencia 1034/2012, de 26 de diciembre:</b> Competencia objetiva .....	191
<b>Sentencia 1032/2013, de 30 de diciembre de 2012:</b> Conducción sin permiso .....	192
<b>Sentencia 1078/2012, de 3 de enero de 2013:</b> Doctrina Parot .....	193
<b>Sentencia 19/2013, de 9 de enero:</b> Abusos sexuales. Complicidad por omisión .....	201
<b>Sentencia 3/2013, de 15 de enero:</b> Prueba de indicios y de ADN .....	203
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	
<b>Sentencia 178/2012, AP Ávila, de 3 de septiembre:</b> Faltas. Vejaciones injustas .....	205
<b>Sentencia 384/2012, AP Orense, de 19 de octubre:</b> Falta de amenazas. Revisión de hechos probados en apelación .....	205
<b>Sentencia 135/2012, AP Pontevedra, de 24 de octubre:</b> Falta de lesiones. Presunción de inocencia. <i>In dubio pro reo</i> .....	206
<b>Sentencia 270/2012, AP Palma de Mallorca, de 25 de octubre:</b> Maltrato en el ámbito familiar. Dilaciones indebidas .....	206
<b>Sentencia 133/2012, AP Salamanca, de 25 de octubre:</b> Quebrantamiento de pena de localización permanente .....	207
<b>Sentencia 490/2012, AP Tarragona, de 25 de octubre:</b> Lesiones causadas en accidente de tráfico. Imprudencia .....	208
<b>Sentencia 74/2012, AP Toledo, de 25 de octubre:</b> Delito contra la Hacienda Pública. Falta de acreditación del fraude fiscal .....	209
<b>Sentencia 1025/2012, AP Barcelona, de 29 de octubre:</b> Tráfico de drogas. Subtipo atenuado .....	209
<b>Sentencia 412/2012, AP Cáceres, de 2 de noviembre:</b> Falta de lesiones. Agresión en grupo .....	210
<b>Sentencia 1454/2012, AP Madrid, de 12 de noviembre:</b> Concurso ideal entre lesiones dolosas y resultado culposo .....	211
<b>Sentencia 16/2012, AP Segovia, de 13 de noviembre:</b> Robo con violencia. Concurso medial con detención ilegal .....	212
<b>Sentencia 290/2012, AP Palma de Mallorca, de 15 de noviembre:</b> Delito contra la propiedad industrial. Venta ambulante de objetos falsificados .....	215
<b>Sentencia 561/2012, AP Madrid, de 20 de noviembre:</b> Deslealtad profesional y apropiación indebida .....	217
<b>Sentencia 517/2012, AP Burgos, de 26 de noviembre:</b> Delitos contra la fauna. Caza de especie cinegética sin autorización .....	218
<b>Sentencia 628/2012, AP Madrid, de 27 de noviembre:</b> Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente .....	219

<b>Sentencia 577/2012, AP Oviedo, de 3 de diciembre:</b> Delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos .....	220
<b>Sentencia AP Barcelona, de 30 de enero de 2013:</b> Delitos de aborto ilegal, asociación ilícita y falsedad en documento oficial .....	221

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 1/2013, SOBRE PAUTAS EN RELACIÓN CON LA DILIGENCIA DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS .....	225
CIRCULAR 2/2013, SOBRE INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES .....	236
CIRCULAR 3/2013, SOBRE CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL .....	238

## CRÓNICA LEGISLATIVA

CRÓNICA LEGISLATIVA .....	243
---------------------------	-----

## BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL .....	247
DERECHO PROCESAL PENAL .....	249
RECENSIONES DE BIBLIOGRAFÍA .....	251

Revista de

**Derecho  
Penal**

-----  
**ARTÍCULOS DOCTRINALES**  
-----



# LAGUNAS, CONTRADICCIONES Y DESLEGITIMACIÓN DEL DISCURSO CONTEMPORÁNEO DEL DERECHO PENAL PREVENTIVO Y DE LA SEGURIDAD

## UN NUEVO EJEMPLO EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CP DE 2010

DR. MIGUEL ÁNGEL IGLESIAS RÍO

*Profesor Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Burgos*

### RESUMEN

**Lagunas, contradicciones y deslegitimación del discurso contemporáneo del Derecho penal preventivo y de la seguridad. Un nuevo ejemplo en el Anteproyecto de reforma del CP de 2010**

El legislador penal de las últimas décadas ha instrumentalizado el Derecho penal contemporáneo en clave prioritariamente preventivista, con abandono de la perspectiva resocializadora, y con un horizonte de carácter marcadamente pragmático y utilitarista, en un pretendido intento de combatir eficazmente el fenómeno de la delincuencia.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que el progresivo endurecimiento de la política criminal no se ha traducido en una disminución relevante de los niveles de criminalidad y, en cambio, se observa un deterioro y una erosión constante de los principios garantistas y de los presupuestos básicos sobre los que descansa nuestro Estado de Derecho.

El trabajo pone de manifiesto ciertas lagunas y contradicciones de este moderno Derecho penal y procesal respecto de la creación legislativa de algunas figuras aparentemente incompatibles o ineficaces con el discurso de lucha contra el enemigo; entre otras, las relativas a los arrepentidos colaboradores con la justicia, la ausencia de carácter intimidatorio de penas exasperadas frente a los suicidas, la práctica de la tortura en situaciones extremas, etc.

**Palabras clave:** Moderno Derecho penal del enemigo, sociedad del riesgo y exasperación punitiva, eficacia *versus* garantismo, terrorismo, criminalidad organizada.

### ABSTRACT

**Loopholes, contradictions and loss of legitimacy of the contemporary discourse of preventive criminal law and of safety. A new example in the preliminary draft of amendment of the PC of 2010**

Criminal lawmakers of the last decades have used contemporary criminal law from a mainly preventive viewpoint, without taking into account the re-socializing perspective, and under a highly pragmatic and utilitarian view, as a try to efficiently fight against the phenomenon of delinquency.

However, the experience has proved that the progressive tightening of criminal policies have not meant an important decrease in the levels of crime rate and, on the other hand, there is a deterioration and a constant erosion of the guarantee principles and of the basic assumptions about which our Rule of Law rests on.

The work shows certain loopholes and contradictions of this modern criminal and criminal procedural law regarding the legislative creation of some seemingly incompatible or ineffective figures with the discourse of struggling against the enemy; among other, those related to the reformed criminals who collaborate with the justice, the absence of the intimidating nature of exasperated punishments as opposite to suicides, the practice of torture in extreme situations, and so on.

**Key words:** The enemy's modern criminal law, society of the risk and punitive exasperation, effectiveness vs the guarantee principle, terrorism, organized crime rate.

I

1. La flexibilidad conceptual del lenguaje jurídico permite que las instituciones puedan interpretarse de acuerdo con el clásico modelo liberal de corte garantista o, en convivencia con los tiempos coyunturales del presente, proyectar una aplicación en línea preventivista, en búsqueda del horizonte pretendidamente utilitario<sup>(1)</sup> que, de forma casi unilateral, defiende el *Derecho penal del enemigo*, cuya dudosa legitimidad constitucional ha sido puesta en cuestión lamentablemente con más frecuencia que la deseable<sup>(2)</sup>.

En efecto, gran parte de las polémicas dogmáticas más contrapuestas debatidas en las últimas décadas se deben a la construcción doctrinal —ciertamente de gran altura— desarrollada en Alemania por Günter JAKOBS en torno al *Feindstrafrecht*, pero rechazadas por la literatura penal dominante a nivel internacional, ante el riesgo de que algunas de sus tesis, susceptibles de ser ideológicamente instrumentalizadas tanto por modelos totalitarios como democráticos, puedan desembocar en la marginación y exclusión de ciertos sujetos o grupos de personas a los que se les etiqueta como «enemigos» del sistema. Abandonando el postulado fundamental de la resocialización (sobre todo, de los incorregibles, multirreincidentes, aquellos que no comulgan con los valores comunitarios), la línea direccional que anima al Derecho penal del enemigo es la consecución máxima de seguridad, de prevención general frente a futuros peligros o, simplemente, respecto a colectivos con un pronóstico de riesgo hipotéticamente tan elevado como para convertirse en una severa amenaza para los cimientos que sustenta la estructura del Estado de Derecho, en el sentido asumido por el programa axiológico vigente en las culturas occidentales<sup>(3)</sup>.

Se crea, de forma interesada, una categoría demonizada, la del enemigo o la del «combatiente enemigo» (que hasta ahora sólo se había utilizado en un sentido técnico jurídico), englobando también el contorno desdibujado del grupo u organización social peligrosa en la que se integra o se relaciona<sup>(4)</sup>. Pero, en primer lugar, con carácter general, cabe dudar de la existencia de un individuo peligroso irrecuperable que genere un clima de inseguridad tal que —por citar un campo paradigmático— transforme el terrorismo de ser un

---

(1) Ponía ya de relieve H. JÄGER en una interesante aportación que las orientaciones emocionales constituyen un banco de pruebas en el que convergen planteamientos antagónicos entre una teoría político criminal cuidada o prudente, en contraste con las concretas decisiones de política legislativa, *cfr.* «Irrationale Kriminalpolitik», *H. Schüler-Springorum Festschrift zum 65 Geburtstag*, Köln y otros, 1993, pp. 230 ss.; sobre ello, también W. NAUCKE, «Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht», *Goldammer Archiv für Strafrecht (GA)*, 1998, p. 263 ss.

(2) Al margen de algunas resoluciones de los Tribunales Constitucionales de Alemania, Francia, Italia o Gran Bretaña, que impugnaban la constitucionalidad de determinadas normas promulgadas en los últimos años, entre nosotros es el Prof. F. MUÑOZ CONDE quien se plantea directamente la inconstitucionalidad de este Derecho penal del enemigo, *cfr.* «De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo», Hamurabi, Buenos Aires, 2004; el mismo, en «El nuevo Derecho penal autoritario», *Estudios penales en recuerdo al Prof. F. Ruiz Antón*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 810 ss.

(3) Para una crítica general, permítasenos remitir a nuestro trabajo IGLESIAS RÍO, M.A., «“Constitución” y “moderno Derecho penal en la sociedad del riesgo”. Notas para un debate abierto», *La Constitución española de 1978 en su XXV Aniversario*, M. Balado y J.A. García Regueiro, Barcelona, 2003, pp. 1.015-1.025.

(4) *Cfr.* J. YOO, «Enemy Combatants and the Problem of Judicial Competence», *Terrorism, the laws of war, and the Constitution. Debating the Enemy Combatant Cases*, ed. P. Berkowitz, Hoover Institution Press, Stanford, California 2005, pp. 70-71. También, M. CANCIO MELIÁ, «“Seguridad ciudadana” y “Derecho penal” del enemigo», *Revista Galega de Seguridad Pública. Retos de la Política Criminal*, núm. 9, 2007, pp. 55 ss.

asunto tradicionalmente penal para convertirlo ahora en una amenaza global (aunque no haya demasiada probabilidad de que se materialice realmente el peligro) o en una agresión existencial contra el propio Estado, al igual que si sufriera un ataque procedente de una potencia enemiga, llegando a ocupar los máximos desvelos de los Ministerios de Justicia e Interior a nivel internacional.

Hasta el 11 de septiembre de 2011 se identificaba al terrorista con el enemigo interno y se le aplicaban las reglas del Derecho penal, pero después del 11S comienza a plantearse la cuestión de si es un delito o un acto bélico. No por casualidad el lenguaje ha sufrido una calculada posición camaleónica para transformar un atentado terrorista, como el perpetrado contra las Torres Gemelas o en el Metro de Madrid el 11 de marzo de 2004, por encima de un execrable hecho criminal (que lo es), en un acto hostil propio de una declaración (informal) de guerra<sup>(5)</sup>. El «delincuente» se convierte así en un «combatiente enemigo» que merece ser rechazado con toda la artillería pesada —incluso sin garantías constitucionales o muy relajadas— porque se considera insuficiente reaccionar con la pena<sup>(6)</sup>. El «atentado terrorista» es a la «guerra» lo que la «invasión» de Irak o Afganistán y el bombardeo de objetivos radicales es a la «pena». El atentado, pues, supone otra «cualidad de criminalidad»<sup>(7)</sup>.

2. No hay demasiada diferencia entre este planteamiento y la doctrina elaborada por la escolástica medieval de la guerra justa; pero el empleo de una terminología tan vaga como «*global war on terrorism*» y «*enemy*» puede sacarse a relucir para justificar cualquier tipo de aventura militar o policial<sup>(8)</sup>.

Pero resulta que este planteamiento extremo no sólo es la punta del iceberg sino que, progresivamente, va arrastrando toda una política legislativa integral condicionada por un discurso que comienza ya por emplear un lenguaje con una potente carga emocional y valorativa negativa, sobre la base de un sesgado tratamiento del miedo, la inseguridad y la amenaza global a los pilares de nuestra sociedad, que engendra forzosamente un clima

---

(5) Incluso J.A. KÖCKRITZ habla críticamente de que el acto terrorista se concibe como una «declaración explícita de guerra», en el marco de un conflicto abstracto de la «guerra global contra el terrorismo», cfr. «*Der "Krieg gegen den Terrorismus" an seiner "Zweiten Front". Amerikanische Aussen- und Sicherheitspolitik nach dem 11. September 2001 in Südostasien. Die Beispiele Indonesiens, Malaysias und der Philippinen*», ed. Nomos, Freiburg im Breisgau, 2010, pp. 142 ss., 157.

(6) GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Nuevas amenazas a la seguridad nacional: los desafíos del nuevo terrorismo», *Revista Galega de Seguridad Pública. Retos de la Política Criminal*, núm.9, 2007, pp. 233 ss.

(7) Cfr. GUTSCHE, «Legitimation und Akzeptanz neuer Sicherheitsstrategien. Wie die Sicherheitsdebatte zu einem Herrschaftswandel beitragen kann», *Herrschaft und Verbrechen. Kontrolle der Gesellschaft durch Kriminalisierung und Exklusion*, Berlín, 2008, p. 97.

(8) Cfr. T.M. McDONNELL, *The United States, International Law, and The Struggle against Terrorism*, ed. Routledge Taylor & Francis Group, Londres-Nueva York, 2010, esp. pp. 30-37; así se ha dado lugar no sólo a las invasiones de Afganistán el 17 de octubre de 2001 o de Irak el 19 de marzo de 2003, sino también a la indefendible situación de Guantánamo, a las torturas de la prisión de Abu Ghraib y de la Base Aérea de Bagram. La propia Secretaría de Defensa de USA, cuyo titular a la sazón era Donald Rumsfeld, aprobó las llamadas «Técnicas de la Categoría II», en cuyo catálogo se incluía la obligación de los detenidos a permanecer en posturas estresantes hasta 4 horas, aislamientos de 30 días, privación de luz y otros estímulos, estar encapuchados, interrogatorios durante 20 horas estando de pie, usar perros, desnudar al detenido, provocar situaciones de frío extremo, obligar a masturbarse, etc.; pp. 51-52.

de intolerancia frente a los disidentes de cualquier clase que sean, porque estos colectivos crean —o pueden llegar a crear— más inseguridad<sup>(9)</sup>.

La vaporosa noción de «enemigo», ciertamente por su inherente connotación política e ideológica, resulta de difícil delimitación pero, a los efectos de esta construcción, se identifica por tal a quien, por su comportamiento o por su vinculación a una organización de forma estable, no ocasional, amenaza con socavar los fundamentos del Estado<sup>(10)</sup>. Ninguna clemencia merece ni ha de esperar del ordenamiento jurídico quien pretende destruir el modelo de convivencia estandarizado y que constituye la base de nuestra civilización<sup>(11)</sup>. Hasta el punto de que, con referencias al pensamiento del Estado de naturaleza hobbesiano y roussoniano, quien quebranta el «pacto» pierde la condición de «persona» y se convierte en «no persona». En este marco de despersonalización normativa no puede entablarse diálogo racional alguno con alguien a quien no se le atribuye la condición de ser humano<sup>(12)</sup>.

La engañosa simplificación de la dicotomía entre hombres «buenos» y «malos» (pero no en sentido metafísico, pues se trata de una distinción sencillamente religiosa), que da

---

(9) K. SESSAR, «Herrschaft und Verbrechen...», *Herrschaft und Verbrechen. Kontrolle der Gesellschaft*, op. cit., 2008, p. 6; A. WILDFANG, *Terrorismus. Definition. Struktur, Dynamik*, Duncker & Humblot, 2010, p. 13.

(10) Cuando la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) de 15-2-06 declaró inconstitucional el §14-3 de la *Ley de navegación aérea de 11-2-05*, para intentar salvar la constitucionalidad se construyó el concepto de «peligro para los fundamentos de la comunidad» (*Gefahr für die Grundlagen des Gemeinwesens*), como un supuesto de cuasi-defensa colectiva que permitía acabar con los pasajeros de un avión, para salvar un número mayor de vidas humanas u objetivos civiles o militares estratégicos; cfr. K. SESSAR, «Herrschaft und Verbrechen...», *Herrschaft und Verbrechen. Kontrolle der Gesellschaft...*, op. cit., 2008, p. 13.

(11) Esto conlleva, en la construcción de JAKOBS, a que pierda la protección que otorga el ordenamiento jurídico a los ciudadanos. Vendría a ser una reminiscencia histórica de la *Friedlosigkeit* germánica, y hace que, en el momento presente, se legitime incluso el empleo de la tortura en ciertos casos, dado que quien no es persona carece del presupuesto de dignidad humana. DONINNI piensa por eso que el Derecho penal del enemigo no protege tanto bienes jurídicos cuanto la defensa de ciudadanos y, más que una aspiración a soluciones de justicia, siente la urgencia de vencer una lucha en defensa del Estado; cfr., «El Derecho penal frente al “enemigo”», *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, dir. P. Faraldo Cabanas; coords. L.M.<sup>a</sup> Puente Aba y E.M.<sup>a</sup> Souto García, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 15-95, *passim*.

(12) Se acoge interesadamente el pensamiento de N. LUHMANN de que una persona puede ser no-persona sin que por ello deje de ser hombre o individuo; no se parte de una concepción del reconocimiento universal de derechos innatos, irrenunciables por el solo hecho de su condición de ser humano, sino que se perfila un concepto de persona en sentido normativo (no ontológico), dependiendo del alcance que se le otorgue por el Derecho vigente; cfr. *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, ed. Suhrkamp, Hrsg. Luhmann, Frankfurt, 1995, pp. 138-150. En el mismo sentido que fueron tratados los negros en USA o en Sudáfrica; las aberraciones cometidas por el nazismo frente a los judíos, vagos, gitanos, seres desprovistos de valor vital, homosexuales, disidentes en Alemania y, en algún aspecto también en España, así como los adversarios políticos de los golpistas argentinos y chilenos; o la consideración que en la actualidad merecen los palestinos en Israel y viceversa, o los fundamentalistas islámicos para los americanos y al contrario o las tribus ruandesas enfrentadas entre sí. K. AMBOS, *El Derecho Penal frente a amenazas extremas*, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, ed. Dykinson, 2007, esp. pp. 79 ss.; sobre ello, también G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Si se trabaja con un Derecho penal de ciudadanos —garantista— y un Derecho penal de enemigos, ¿quién define el concepto de «enemigo»?; inevitablemente, se resucitarían los conceptos nazis relativos a la exclusión de determinados grupos de individuos, serían los «extraños» a la comunidad que se reflejó en el art. 1-1 del Proyecto de Ley de 17-3-44 en Alemania: extraño a la comunidad es «quien por su personalidad o forma de conducción de vida, especialmente por sus extraordinarios defectos de comprensión o de carácter es incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo»; cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4.<sup>a</sup> ed., revisada y ampliada, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, *passim*.

lugar después a la de «ciudadanos» y «enemigos», conduce a decisiones y consecuencias, en suma, incompatibles con el respeto a la dignidad humana y con los derechos fundamentales que le son inherentes.

Esta escisión, creadora de una subespecie degradada de seres humanos, se construye como un «principio metasocial» desde el punto de vista sociológico<sup>(13)</sup> que está dando lugar a dos modelos penales diametralmente opuestos: un «Derecho penal para la generalidad —los ciudadanos—», de corte garantista y moderado, dirigido a infractores ocasionales de las normas (un robo, una conducción bajo los efectos del alcohol, lesiones, etc.) y un «Derecho penal sectorial», especial para determinados grupos de infrapersonas, estigmatizadas de «enemigos», lo que sirve de pretexto legitimador para aplicar un expeditivo cuadro sancionatorio diferencial —alejado del principio de igualdad de trato— que se desliza abusivamente hacia un «no» Derecho penal, hacia una intervención policial fuertemente represiva. De ahí que los críticos de esta construcción entiendan, con razón, que la denominación de Derecho penal del enemigo conduce a un fraude de etiquetas, dado que usurpa el rótulo de Derecho penal para la elaboración de lo que sólo puede calificarse de una maquinaria de excepción o quizás como Derecho militar, propio de un estado de guerra<sup>(14)</sup> y de una cultura de la emergencia.

## II

Sin embargo, esto no justifica la instrumentalización que modernamente se está realizando del concepto de prevención, contaminado por los planteamientos de «guerra preventiva», de acuerdo con la denominada *Bush-Doctrine*, cuyo impacto internacional ha sido enorme y que, nuevamente, ha dado lugar a la «*introduction of draconian legislation*», sin que se hayan dado los frutos deseados ni a nivel nacional interno ni internacional y, lo que es aún peor, dando al traste con la aspiración histórico-cultural de los países civilizados de salvaguarda de los derechos humanos a nivel universal<sup>(15)</sup>. Realmente, como escribe K. SESSAR, la lucha preventiva contra el delito se está instrumentalizando para controlarlo todo. Dado que el delito se vincula a la idea de «riesgo» y a la permanente incertidumbre de si, cómo y cuándo se concretará el peligro real que se cierne, el legislador tiende a pensarlo a través de un control social omnicompreensivo, cada vez más anticipado, cada vez

---

(13) K. SESSAR, «Herrschaft und Verbrechen...», *Herrschaft und Verbrechen. Kontrolle der Gesellschaft...*, *op. cit.*, 2008, p. 20.

(14) Apunta CANCIO MELIÁ que el primer problema del Derecho penal del enemigo reside en su propia terminología y que estas medidas de excepción deberían calificarse formalmente como tales para evitar equívocos y situarnos bien, pues las decisiones de política legislativa se anuncian «bajo el estandarte de una pretendida y total normalidad constitucional», cuando en realidad esconden verdaderas rupturas sistemáticas y se presentan ante la ciudadanía como fruto de una dicotomía extrema de opción entre sucumbir al riesgo del terrorismo o cesión de una parcela de libertades individuales; *cfr.*: «“Seguridad ciudadana” y “Derecho penal” del enemigo», *Revista Galega de Seguridade Pública. Retos de la Política Criminal*, núm. 9, 2007, pp. 55 ss.

(15) Sobre ello, la monografía *The Bush Doctrine and the War on Terrorism. Global Responses, Global Consequences*, eds. M. Buckley y R. Singh, ed. Routledge, Taylor & Francis Group, Londres-Nueva York, 2006 y las concretas aportaciones incluidas en la misma de A. FINLAN «International Security», pp. 150-163, y M.D. EVANS, «International Law and Human Rights in a pre-emptive era», pp. 191-192.

más amplio y cada vez más intenso<sup>(16)</sup>. Tradicionalmente, se investigaba y se perseguían hechos concretos y autores individualizados, pero ahora las amenazas indefinidas crean escenarios globales —a veces más imaginarios que reales— que exigen actuar adelantando las barreras de intervención, supuestamente para proteger también cada vez a más personas y más bienes o intereses. Por ello, se maneja el concepto de «*present danger*», como la nueva forma en la que la sociedad postmoderna puede sufrir un grave peligro, rápidamente y sin signos previos de manifestación, que sirve de pretexto a las autoridades para anticipar preventivamente la reacción<sup>(17)</sup>.

Se juega constantemente con el planteamiento, en realidad acertado, de que se ha producido una transformación esencial en el panel de peligros que amenaza al mundo contemporáneo, en contraste con los de épocas pasadas; a diferencia de las fuentes de riesgo del pretérito, procedentes normalmente de desastres e infortunios de la naturaleza, los de hoy en día son «artificiales», producidos por la actividad humana. Además, se trata de amenazas con un potencial incierto, pero en todo caso devastador y destructivo prácticamente ilimitado, de grandes dimensiones cualitativas y cuantitativas, que puede impactar en un espacio geográfico verdaderamente extenso<sup>(18)</sup>. Pues bien, para algunas corrientes modernas, aquel Derecho garantista, construido en base a un discurso teórico formalmente impecable y coherente, representa, sin embargo, antes que una solución, un problema, un obstáculo. Por esta razón, se apuesta decididamente por un nuevo modelo de Derecho penal para garantizar el mantenimiento y la continuidad del sistema en baremos de seguridad óptimos.

En este contexto especialmente preocupante que nos toca vivir cobra primordial fuerza e interés la afirmación de que la seguridad, además de ser una necesidad antropológica histórica, continúa siendo también uno de los fines del Derecho y una lógica aspiración en el marco de las funciones básicas que persiguen los ordenamientos jurídicos, entre otras cosas porque sirve de plataforma estable para el libre desarrollo de la autodeterminación personal de los ciudadanos<sup>(19)</sup>.

El desideratum, imposible de alcanzar, de gozar de una seguridad total es la idea que se ha transformado en presupuesto, función y objetivo indispensable encomendado a la legislación de los ordenamientos jurídicos contemporáneos<sup>(20)</sup>, de modo singular en ámbitos especialmente sensibles para la ciudadanía, como el terrorismo y el amplio espectro que

---

(16) K. SESSAR, «Herrschaft und Verbrechen...», *Herrschaft und Verbrechen...*, op. cit., 2008, pp. 1-29, 5 ss. Sobre ello, C. ARADAU y R.V. MUNSTER, «Taming the future. The “dispositif” of risk in the war on terror», *Risk and the war on terror*, ed. L. Amoore y M. DeGoede, ed. Routledge, Londres-Nueva York, 2008, pp. 23-40, esp. p. 39 ss.

(17) KÖCKRITZ, J.A., «Der “Krieg gegen den Terrorismus”...», op. cit., 2010, esp. p. 87 ss., 142 ss.

(18) Vid. U. BECK, «Risikogesellschaft. Die neue Qualität technischer Risiken und der soziologische Beitrag zur Risikodiskussion», *Leben in der Risikogesellschaft. Der Umgang mit modernen Zivilisationsrisiken*, C.F. Müller GmbH, Verlag, Karlsruhe, 1989, pp. 13-33.

(19) Así, J. BUSTOS RAMÍREZ, que califica a la seguridad de concepto equívoco pero, en todo caso, indisolublemente unido a los valores de libertad, igualdad y justicia; cfr. «In-seguridad y lucha contra el terrorismo», *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, coords. Losano y Muñoz Conde, ed. von Humboldt y Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 403-410.

(20) Pero resulta muy difícil, por no decir imposible, cuantificar los niveles de riesgo, y menos aún conseguir una seguridad absoluta; cfr. J. HÜFFNER, «Wie sicher ist sicher genug? Zur Definition Abschätzung und Bewertung von Risiken», *Leben in der Risikogesellschaft. Der Umgang mit modernen Zivilisationsrisiken*, C.F. Müller GmbH, Verlag, Karlsruhe, 1989, pp. 33-43.

abarcan las formas más graves de delincuencia organizada transnacional, con el propósito (o bajo el pretexto) de erradicar, a veces de un modo cuasiesquizofrénico, toda manifestación de riesgo<sup>(21)</sup>. Y este panorama presenta un esquema análogo plasmado en la elaboración de lo que se ha venido en denominar «*Derecho procesal penal del enemigo*»<sup>(22)</sup>.

Así es; el moderno Derecho penal de la sociedad del riesgo ha contribuido a menoscabar gravemente determinadas garantías tradicionales, consideradas hasta no hace demasiados años como incuestionables o que, progresivamente, han ido dando paso a un Derecho procesal penal inquisitorial, también de excepción.

Existen ejemplos sobrados de ello en el Derecho comparado; incluso en Alemania, algunas de estas normas han sido descalificadas por un sector doctrinal de «formas extravagantes» (*bizarre Formen*), como único medio reactivo para evitar un supuesto «estado de necesidad de la investigación» (*Ermittlungsnotstand*), ante las particulares dificultades de esclarecimiento en los casos que resulten más complejos. Común denominador a esta normativa procesal es la considerable ampliación de las posibilidades policiales y judiciales de intervención en el ámbito de las interceptaciones *on line* de comunicaciones, acceso a datos personales, confiscación cautelar de bienes, apertura de procedimientos contra vagas sospechas sin concretos indicios de criminalidad, abuso de la prisión preventiva y su duración, relajación de las exigencias probatorias e inversión de la carga de la prueba, de dudosa compatibilidad con el principio de presunción de inocencia, mecanismos de presión en distintas modalidades de interrogatorios, justificando incluso la tortura para casos extremos, por no hablar de la creación extraordinaria de Tribunales militares en Estados Unidos<sup>(23)</sup>. Se duda, sin embargo, de que muchas de estas medidas, tanto en abstracto como en su aplicación práctica, respondan a exigencias desde el punto de vista de la necesidad, proporcionalidad y de respeto a la dignidad humana.

### III

Con este paisaje, se generaliza la idea de que la criminalidad organizada y el terrorismo presentan una amenaza para todos los ciudadanos y que cualquiera puede ser víctima de

---

(21) Esta ansiedad colectiva que encierra el discurso de la seguridad, especialmente reorientado después del 11S, ha llevado a que cobre fortuna la reclamación de W. HASSEMER de un «derecho fundamental a la seguridad» (*Grundrecht auf Sicherheit*), sobreacentuado ahora como derecho de los ciudadanos, de que sin seguridad no hay libertad; acuñado por J. ISENSEE originariamente en 1983, se deriva indirectamente de los postulados constitucionales y, para algunos, representa una nueva filosofía de los Derechos Humanos y, para otros, supone una transición al Derecho Penal del enemigo, *cfr.* GUTSCHE, «Legitimation und Akzeptanz...», *Herrschaft und Verbrechen*, *op. cit.*, 2008, p. 91. Este derecho fundamental a la seguridad es definido por ALBRECHT como «*politische Kunstfigur*» y se ha transformado conscientemente de estar dirigido a proteger las libertades individuales frente al Estado, a convertirse en un deber del Estado a proteger al ciudadano frente a las intervenciones ilegítimas de terceros. Todo ello conduce ahora a que ya no está muy claro qué es la libertad y qué posición ha de jugar frente a los nuevos riesgos.

(22) Así en la terminología de F. MUÑOZ CONDE, «De la prohibición de la autoincriminación al Derecho procesal del enemigo», *Terrorismo y Estado de Derecho*, dir. J.R. Serrano Piedecapas y E. Demetrio Crespo, ed. Iustel, Madrid 2010, p. 107 ss.; G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmoderno*, *op. cit.*, 2008, esp. pp. 208-266.

(23) Algunas de estas cuestiones, en U. SIEBER, «Burring the categories of criminal law and the law of war. Efforts and effects in the pursuit of international and external security», *Criminal Law between war and peace*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, pp. 35-69, ed. S. Manacorda y A. Nieto.

ese peligro general abstracto. De forma paulatina, va calando el discurso de que si en el Estado liberal el enemigo potencial era el propio Estado (pues, como advirtió Montesquieu, el poder siempre tiende a extralimitarse), ahora la verdadera amenaza para los derechos y libertades procede de los grupos criminales organizados<sup>(24)</sup>.

No resulta extraño ni casual, entonces, que a mediados de los años ochenta del siglo pasado comenzara a propagarse una «cultura del miedo» en todos los países del mundo, coincidiendo con un incremento espectacular de las tasas de población penitenciaria<sup>(25)</sup> y una crisis del pensamiento del tratamiento resocializador. Todo ello en su conjunto, y en el marco de una ola de neo-conservadurismo fundamentalmente de la política estadounidense, británica y alemana, sirvió de pretexto para iniciar una política criminal de orientación crecientemente represiva.

Pero, por ir anticipando alguna conclusión, al margen de los datos concretos que desprenden las estadísticas, en el caso de que el incremento de la delincuencia y de la inseguridad llegaran a niveles objetivamente más elevados de los que existen en la realidad, ¿verdaderamente estarían en peligro los fundamentos del Estado?, ¿existen sectores que presentan riesgos tan extremos que amenazan con desestructurar nuestro modelo de vida y que merezcan un tratamiento jurídico asimilable al de un Estado de excepción?, ¿podrían legitimarse respuestas legislativas a veces tan radicales que llegaran a desestabilizar el respeto a determinados derechos fundamentales?... Podemos responder que no parece demasiado creíble el frecuente recurso a la abstracta e indeterminada referencia, por ejemplo, de una supuesta amenaza o ataque terrorista internacional o de un potente grupo de criminalidad organizada que socave corruptamente la integridad de la Administración pública hasta el punto de poner en serio peligro la vida de la nación. No parece tampoco que nos enfrentemos a situaciones que obliguen a una revisión del proceso de ponderación entre la protección de los derechos humanos y la seguridad nacional<sup>(26)</sup>.

---

(24) G. GUTSCHE, «Legitimation und Akzeptanz», *Herrschaft und Verbrechen*, op. cit., 2008, pp. 89-90.

(25) En USA, en los últimos años, el número de internos se ha triplicado, superando los tres millones, con un porcentaje de 650/100.000 habitantes (seis veces superior a la media europea). España se sitúa en el segundo lugar entre los países de la UE con la tasa de población penitenciaria más elevada (unos 160 reclusos por cada 100.000 habitantes), sólo superada por Luxemburgo. Pero estos datos se deben a un creciente endurecimiento de la política criminal y de la aplicación de la prisión provisional porque, de acuerdo con los datos de la Policía Nacional española, con respecto a hechos delictivos sobre los que se han adoptado medidas procesal-penales, se evidencia que el volumen de delincuencia en España se mantiene en niveles muy estables en los últimos años, por lo que no se justifica ese sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana. Se debe, en palabras de J.A. BRANDÁRIZ GARCÍA, a «un distinto modo de gestión de la situación y de la emergencia de la exclusión social», cfr. «Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas», *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, dir. P. Faraldo Cabanas, J.A. Brandáriz García y M.ª L. Puente Aba (coords.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 15-64. Según el Balance de Criminalidad correspondiente al año 2011, elaborado por el Ministerio del Interior, la tasa de criminalidad española (crímenes por cada mil habitantes), es de 48,8, cifra que es inferior a la de Francia (56,4), Alemania (73,8), y Reino Unido (77,7), pero superior a la de Italia (43,8) y Portugal (40,1), estas últimas relativas al año 2009. En el capítulo correspondiente a los homicidios dolosos y asesinatos consumados, la tasa por cada 100.000 habitantes correspondiente al año 2011 fue de 0,82, que fue inferior a la habida en el año 2010 (0,85). Según Eurostat, en el año 2009, la tasa española de homicidios fue del 0,90, ratio esta que es menor a la de los restantes países europeos, con la salvedad de Alemania (0,86) y Austria (0,51), cfr. *Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del CP de 11-10-12*, p. 44.

(26) M. COSTAS-TRASCASAS «Terrorism, State of Emergency, and Derogation from Judicial Guarantees», en P.A. Fernández-Sánchez ed., *International Legal Dimension of Terrorism*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, pp. 469-495, esp. 471.

En efecto, en base a factores de psicología social, ideológicos y económicos se va propagando una atmósfera artificial contagiosa, estresante y de pánico ante el delito resultando que, de una parte, normalmente se trata de actitudes preconcebidas que no responden a una valoración adecuada del peligro objetivo existente<sup>(27)</sup>; y, de otra parte, no deja de sorprender esta predisposición colectiva negativa con respecto al clima de inseguridad y criminalidad, cuando, en realidad, las estadísticas vienen demostrando históricamente que la probabilidad de que una persona llegue a ser víctima de algún delito a lo largo de su vida es mínimo<sup>(28)</sup>.

La experiencia demuestra, sin embargo, que el Derecho penal no dispone de soluciones tan milagrosas como para poder cumplir ese objetivo de eliminar el crimen, probablemente ni siquiera en términos preventivos, con independencia de que, como se ha dicho, pueda disponer de mecanismos interesantes para contribuir a una especie de «paz psicosocial». A menudo incluso se trata de reclamar medidas expeditivas para reaccionar frente a miedos irracionales que flotan en el subconsciente comunitario frente al delito o al infundado o exagerado temor reverencial de ser víctima de la delincuencia, que no se corresponde con la realidad<sup>(29)</sup>, ya que los estudios de sociología más recientes concluyen que nunca el hombre ha disfrutado de tanta seguridad como a día de hoy.

La realidad muestra, no obstante, que la opinión pública, fruto de ese binomio *sociedad de riesgos-sentimiento de inseguridad*, exige insistentemente al Estado que proceda a un incremento del castigo y que instaure reforzadas y expeditivas vías de control frente al crimen, en la confianza de que ello reportará mayores niveles de seguridad.

Pues bien, aunque tanto el concepto de «libertad» como el de «seguridad» son fácilmente manipulables, y aunque la apuesta decidida del legislador haya sido una política criminal de marcado sesgo preventivo y represivo para garantizar el mantenimiento del orden social, en el fondo, todo ello será un puro espejismo engañoso en el que lo único con-

---

(27) En los últimos quince años se ha disparado a una cifra récord el número de ciudadanos que perciben el futuro con gran angustia y temor, *cfr.*: L. GERHOLD, *Umgang mit makrosozialer Unsicherheit. Zur individuellen Wahrnehmung und Bewältigung gesellschaftlich-politischer Phänomene*, Berlín y otros, 2009, p. 13 ss., 34 y alude a que «la inseguridad macrosocial puede ser entendida, en principio, como “estresante”», p. 34; A. BORISOWITSCH SWISTILNIKOW y A. BORISOWITSCH GRESENNIKOW, «Massenpanik: Faktoren und Mechanismen der Entstehung, Methoden der Steuerung», *Panik– Eine vernachlässigtes Phänomen?*, Rotenburg-Oberlausitz, 2005, pp. 79-86; R. GÖSSNER habla incluso de la «histeria colectiva como técnica de dominación» (*öffentliche Hysterie als Herrschaftstechnik*), *cfr.* *Menschenrechte in Zeiten des Terrors. Kollateralschäden and der Heimfront*, Konkret Literatur Verlag, Hamburgo, 2007, p. 22.

(28) H. WINBER, «Ein Weg entsetzt dadurch, dass man ihn geht. Überlegungen eines Polizeipräsidenten zur bürgernahen Polizeiarbeit», *Kriminalität und Sicherheit. Neue Herausforderungen für Städte und Gemeiden in der Präventions- und Polizeiarbeit*, Berlín, 2002, pp. 81-84, p. 85.

(29) Varios estudios norteamericanos y alemanes, sobre la base de datos empíricos y estadísticos criminales, indican que incluso en aquellos años e incluso en los momentos más intensos de rebrotes bruscos del crimen, ese sentimiento de inseguridad no estaba en absoluto justificado, *cfr.*: K.D. HAGGETY, «From Risk to Precaution: The Rationalities of Personal Crime Prevention», *Risk and Morality*, ed. R.V. Ericson y A. Doyle, Univ. of Toronto Press, Toronto, Buffalo, Londres, 2003, p. 196, con referencias a la obra de B. GLASSNER *The Culture of Fear*, Nueva York, 1999. Para Alemania, D. OBERWITTLER, «Die Entwicklung von Kriminalität und Kriminalitätsfurcht in Deutschland–Konsequenzen für die Kriminalitätsprävention», *Deutsche Zeitschrift für Kommunalwissenschaften, Sicherheit in der Staat* 42 (2003), pp. 31, 52, concluyendo que «ni la evolución de la situación “objetiva” de seguridad ni de la “subjetiva” se puede justificar una dramatización de la situación».

trastable, por el momento, ha sido esa obligada cesión (o coercitiva usurpación) de parcelas de derechos correspondientes a su autodeterminación personal, en detrimento y recorte, si fuera el caso, de los derechos y libertades fundamentales que fomentan el desarrollo de la personalidad, a favor de la poderosa razón de Estado y del refuerzo de sus estructuras, instrumentalizado como vehículo de control global con una orientación cuasipolicíaca<sup>(30)</sup>.

Sin embargo, la opción de cesión de libertad a cambio de seguridad responde a un debate falso y engañoso, especialmente si ello sirve de pretexto para introducir una legislación abusiva, porque una normativa que permite extralimitaciones en Derecho nunca puede ser puesta como condición o como sustituto de la eficacia policial.

#### IV

Junto a la normativa promulgada en clave preventiva, se observa un fenómeno creciente de ampliación del control social que se ve facilitado por el empleo de modernos y avanzados medios tecnológicos<sup>(31)</sup>.

En la realidad contemporánea, calificada por algunos como era de la información y de la digitalización, parece que la ciudadanía ha asumido continuas intromisiones en la esfera de la privacidad, dando por perdida cualquier batalla en contra, sin que se haya observado en este proceso una oposición radical, salvo las construcciones dogmáticas en sede doctrinal que tratan de amortiguar y racionalizar esta situación.

El ansia por la seguridad y la eliminación de riesgos está llevando al Estado en los últimos años a la utilización de sofisticadas tecnologías, a modo de moderno panóptico, a través de un despliegue de mecanismos sin precedentes que persiguen (o dan lugar a) la consecución de un control total, bajo una pretendida apelación a la lucha preventiva contra la delincuencia y el terrorismo y la contribución a la paz pública, a costa siempre de seguir erosionando el anonimato de la esfera individual del ciudadano<sup>(32)</sup>, a pesar de que este suele

---

(30) Quizás el problema de la inseguridad no se resuelva con más exclusión sino con mejor inclusión; *cf.* N. PÜTTER, «Präventionsräte und Sicherheitspartnerschaften – eine Zwischenbilanz», *Kriminalität und Sicherheit. Neue Herausforderungen für Städte und Gemeinden in der Präventions- und Polizeiarbeit*, Berlín, 2002, pp. 41-51, 46-48; *cf.* también Introduction: «American National Security and Civil Liberties in an Era of Terrorism», *American National Security and Civil Liberties in an era of terrorism*, eds. D.B. Cohen y J.W. Wells, ed. Macmillan, Nueva York 2004, pp. 1-8.

(31) Sobre ello, GUTSCHE, «Legitimation und Akzeptanz neuer Sicherheitsstrategien...», *op. cit.*, *Herrschaft und Verbrechen*, 2008, p. 71 ss., p. 89.

(32) Desde luego, no hay duda de que, como mínimo, la videovigilancia provoca un enorme aumento de control social indirecto, al proporcionar una información total y exacta a través de un banco digitalizado de datos que sirven para clasificar a los individuos como ciudadanos/enemigos/sospechosos/no sospechosos/pertenencia o no a un grupo de riesgo, etc. Es decir, no se trata solo de «encontrar» información acerca de la identidad de los ciudadanos, sino también de una cuestión de crear grupos de identificados. Sobre ello, L. ELLRICH, «Gefangen im Bild?. “Big Brother” und die gesellschaftliche Wahrnehmung der Überwachung», *Bild-Raum-Kontrolle. Videoüberwachung als Zeichen gesellschaftlichen Wandels*, Hrgs. L. Hempel y J. Metelmann, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 2005, pp. 35-50, donde las tecnologías antropométricas y biométricas permiten almacenar y disponer inmediatamente datos de esta naturaleza para la identificación de las personas (datos biométricos, cara, color de la piel, huellas, escáner del iris, etc.); sobre ello, *vid* también *SURVEILLANCE. Critical concepts in Criminology*, ed. B.J. Goold, vol. IV, Routledge, Londres-Nueva York, 2009.

mostrar un elevado grado de aceptación, ya que la instalación de cámaras en la vía pública incrementa el sentimiento de seguridad ciudadana<sup>(33)</sup>.

En este sentido, el crecimiento de la vigilancia pública, a través de cámaras y otros mecanismos semejantes, ha de entenderse, a juicio de E. TÖPFER, como un cambio de paradigma en el contexto de una más amplia y profunda reorientación en la forma en la que el Estado hace frente a los nuevos conflictos contemporáneos. Así, este autor analiza la videovigilancia en un doble sentido; de un lado, se convierte en una «técnica de reforzamiento del poder» para luchar de forma más intensa y amplia contra elementos antisociales y, de otro lado, le sirve como instrumento para su «política de seguridad interna», intentando compensar la pérdida de legitimidad y su deteriorada imagen en el marco de las tendencias conservadoras neoliberales, tratando de recuperar el protagonismo perdido en su negativa gestión del ámbito socioeconómico en nuestras sociedades complejas<sup>(34)</sup>. Uno de los aspectos fundamentales de la Ley Patriótica americana (*Patriot Act*), precisamente, descansa en la obtención de información a través de técnicas de vigilancia electrónica sin pasar por el filtro del control judicial, lo que pone en duda el respeto a la IV Enmienda de la Constitución, relativa a lo que la jurisprudencia americana ha ido acuñando como «*reasonable expectation of privacy standard*». Con todo, las legislaciones de numerosos Estados de la Unión ampliaron su normativa para aplicar estas técnicas de vigilancia a la lucha contra el terrorismo<sup>(35)</sup>.

Pero, curiosamente, la opinión dominante no solo en el plano de los políticos o el de los sociólogos y juristas teóricos sino también en el de los profesionales de la praxis, revela que se trata de un instrumento equivocado y poco eficaz para neutralizar la criminalidad, porque no parece intimidar demasiado a los potenciales delincuentes y, a lo sumo, simplemente logra un desplazamiento de la delincuencia a los espacios no vigilados, al tiempo que introduce una nueva necesidad de ampliar geográfica y tácticamente las zonas protegidas, porque cada vez habría más lugares inseguros o peligrosos que exigirían la instalación de más cámaras y en más espacios<sup>(36)</sup>. En cambio, se trata de una herramienta que dispone de técnicas cada vez más agresivas para la esfera de la intimidad de los ciudadanos y, simultánea y paradójicamente, cada vez más invisibles y sutiles, que terminan también por provocar una privatización del espacio público.

---

(33) M. BORNEWASSER, «Evaluation der Videoüberwachung: Ein Praxisbericht. Ergebnisse einer wissenschaftlichen Begleituntersuchung», *Bild-Raum-Kontrolle. Videoüberwachung*, op. cit., 2005, pp. 235-254, p. 242.

(34) E. TÖPFER, «Die Kamera als Waffe? Videoüberwachung und der Wandel des Krieges», *Bild-Raum-Kontrolle...*, op. cit., 2005, pp. 257-272, esp. 269. L. HEMPEL y J. METELMANN, introducción a dicha monografía *Bild-Raum-Kontrolle*, 2005, pp. 9-21; J.A. BRANDÁRIZ GARCÍA, «Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito», *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, dir. P. Faraldo Cabana; coords. L.M.ª Puente Aba y E.M.ª Souto García, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 139-159.

(35) C. P. BANKS, «Protecting (or Destroying) Freedom through law: The USA PATRIOT ACT'S Constitutional Implications», *American National Security and Civil Liberties in an era of terrorism*, ed. D.B. Cohen y J.W. Wells, Macmillan, Nueva York, 2004, pp. 29-70, esp. 31 ss., 50 ss.

(36) Cfr. R. GÖSSNER, «"Inner Sicherheit" im permanenten Ausnahmezustand "Sicherheitsnetze". "Anti-Terror-Pakete" und Ausgrenzungspolitik», *Kriminalität und Sicherheit. Neue Herausforderungen für Städte und Gemeinden in der Präventions- und Polizeiarbeit*, Berlín, 2002, pp. 27-40, indica que en el aeropuerto de Hamburgo había 2.000 cámaras y en la estación de trenes más de 210, cfr: p. 36 ss.

De acuerdo con ello, y aunque no pueda despreciarse abiertamente su eficacia, no se evidencia como un instrumento demasiado útil (al menos en términos comparativos con los riesgos que introduce para los derechos fundamentales). En suma, el fenómeno del vigilantismo constituye una ratificación más de la falta de concordancia de la ecuación «*state security*» que no conduce claramente a una «*citizen security*»<sup>(37)</sup>.

V

A esta cruzada contra la inseguridad y el miedo del delito se suman, normalmente con entusiasmo, los titulares de los medios de comunicación<sup>(38)</sup>. De una parte, explotan continuamente esta temática a través de un tratamiento informativo sensacionalista y emocional, a veces con encabezamientos tendenciosos y sesgados, presentando desproporcionadamente ante la opinión pública un panorama desolador, una mera opinión como un hecho, creando estereotipos de delincuentes o, sencillamente, abordando como terrorismo, por ejemplo, actos que quizás no tienen la condición de tales, por violentos que sean o por su distorsión con la criminalidad organizada, con situaciones de guerra o guerrillas, etc.<sup>(39)</sup>

Ello es aprovechado por la oposición política de turno para debilitar al Gobierno y acusarle de mantener una actitud indulgente a favor de los delincuentes, enarbolando oficialmente esta bandera para agrandar y difundir aún más el lenguaje inseguritario del miedo, con la propaganda añadida de que todo beneficio legal en el ámbito penal resulta, además de injusto, contraproducente.

Por contrapartida, con este cóctel, los mass media presentan cada reforma penal y sus correspondientes incrementos de pena como un mensaje tranquilizador y como la vía más eficaz para erradicar las manifestaciones más severas de criminalidad (especialmente el terrorismo, la criminalidad organizada, inmigración clandestina, delincuencia en la red, etc.). Pero hay que recordar que los grupos terroristas se sirven de los medios de comunicación como altavoz, no tanto por el hecho de informar sobre la perpetración de un atentado sino por la forma en que la difusión de la noticia influye psicológicamente en la opinión pública y en los procesos de toma de decisiones de los Gobiernos. Se retroalimentan así,

---

(37) *Surveillance. Critical Concepts in Criminology*, ed. B.J. Goold, vol. IV, ed. Routledge, Londres-Nueva York, 2009, p. 90.

(38) Sobre ello, G. MESCKO, T. COCKROFT, A. CRAWFORD, A. LEMAÎTRE (eds.), *Crime, Media and Fear of Crime*, Ljubljana (Eslovenia), 2009, *passim*; K.-H. REUBAND, «Portrayals of Crime in the German Mass Media. Trends, Patterns and Impact on Fear of Crime», *Crime, Media and Fear of Crime*, G. Mesko, T. Cockcroft y A. Lemaître (eds.), Ljubljana (Eslovenia), 2009, pp. 161-185.

(39) Anne WILDFANG, *Terrorismus. Definition, Struktur, Dynamik*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010, p. 2. Igualmente, en Alemania, W. RÜTHER destaca cómo en el año 2001 se difundió en la ciudad Bonn la idea de que en el entorno se vivía una situación extremadamente insostenible y gansteril; en contra de ello, las estadísticas arrojaban datos objetivos que desmentían las razones para tener un sentimiento subjetivo de inseguridad. Más aún, los resultados y porcentajes de criminalidad eran mejores que en otras ciudades y regiones. No parecía, en definitiva, requerirse una estrategia especial de tolerancia cero, pero esta atmósfera condicionó en buena medida los resultados electorales con un sorprendente apoyo popular al radical *Schill-Partei*; *cfr.* «Objektive und Subjektive Sicherheit in der Kommune», *Kriminalität und Sicherheit. Neue Herausforderungen für Städte und Gemeinden in der Präventions- und Polizeiarbeit*, Hrsg. G. Munier, Berlín, 2002, p. 67 ss., 67-72.

como causa y efecto, los tres vértices del triángulo compuesto por el acto terrorista-mass media-opinión pública<sup>(40)</sup>.

En medio de este ambiente, y por lo que centra el interés de este trabajo, escribe CANCIO MELIÁ que la opinión pública vive el fenómeno del terrorismo con una doble preocupación, en sí misma contradictoria; de un lado, el temor a una posible extralimitación abusiva, en ciertos casos, de la actuación de los órganos policiales y, de otro lado, que un exceso de garantismo induzca a la pasividad, al desaliento o a la ineficacia del trabajo policial o de la jurisdicción penal. De hecho, aunque la población en general carece de suficientes conocimientos sobre el contenido, consecuencias y alcance de la normativa penal y procesal antiterrorista y contra la criminalidad organizada, la experiencia española y extranjera permite deducir que los ciudadanos, si bien no puede decirse que legitimen de forma expresa esta excepcional legislación de seguridad, es cierto, sin embargo, que no manifiestan desacuerdo con ella, la aceptan y, lejos de mantener una actitud de resignación, sí se observa que el discurso del enemigo provoca, según BUSTOS, además de una actitud indiferente y acrítica frente a la legislación antiterrorista y contra la delincuencia organizada, la complacencia con la imposición de medidas radicales a los «enemigos», a unos infrasujetos con los que las personas honradas no se sienten identificadas. Al contrario, el ciudadano amigo de la ley y el orden está convencido de que él nunca va a delinquir, ni tendrá ningún problema con la justicia penal en el futuro; por eso, entre otras cosas, no adopta una posición solidaria de reivindicación activa a favor del reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de todo ser humano (debiendo incluirse en este sentido también a terroristas o al más execrable de los delincuentes)<sup>(41)</sup>. Bendice abiertamente la reacción pura y simple de un poder penal estatal sin contemplaciones; tolera, en suma, que no se reaccione con los esquemas espiritualizados propios de un Derecho penal, procesal y de ejecución tradicionalmente ilustrado, de orientación liberal y humanitaria, sino con la brutalidad de la pena<sup>(42)</sup>. En el fondo, se trata de la búsqueda de un reforzamiento moral consensuado de toda la sociedad ante el pesimismo o desconfianza actual de la ciudadanía en el escaso funcionamiento operativo de la justicia penal; paralelamente, se fomenta, de forma más o menos explícita, una movilización de los ciudadanos ordenados contra un

---

(40) K. KOCHMANN, *Terrorismus der unerklärte Krieg. Neue Gefahren politischer Gewalt* (trad. al alemán de la versión inglesa por Bruce Hoffmann), ed. S. Fischer Verlag, Frankfurt a.M., 2006, pp. 284-285.

(41) GUTSCHE, «Legitimation und Akzeptanz...», *Herrschaft und Verbrechen, op. cit.*, 2008, p. 98.

(42) J. BUSTOS RAMÍREZ, «In-seguridad y lucha contra el terrorismo», *El Derecho ante la globalización y el terrorismo, op. cit.*, 2004, pp. 403-410; GUTSCHE, «Legitimation und Akzeptanz...», *Herrschaft und Verbrechen, op. cit.*, 2008, pp. 71-107; J. DOLFEN, *Globalisierte Gewalt. Wie die Angst vor Terror Deutschland und die Niederlande veränderte*, ed. Tectum, Marburg, 2008, pp. 133-137. En Estados Unidos, mientras que la *American Civil Liberties Union* consideraba inaceptables los recortes de los derechos civiles contemplados en la Patriot Act, en cambio, las encuestas de opinión inmediatamente realizadas tras los atentados del 11S, mostraban una elevada predisposición de la ciudadanía a soportar ciertas limitaciones en su esfera jurídica, aunque entendían que quienes debían sufrir más restricciones eran los ciudadanos extranjeros y, transcurrido menos de un año desde aquella tragedia, comienza a ganar terreno una mayoría que apuesta por un cierto equilibrio entre libertad y seguridad, contraria en todo caso a que se intercepte el correo electrónico o las conversaciones telefónicas, salvo para ciudadanos americanos sospechosos de estar implicados en actividades terroristas; cfr. S.J. TABRIZI, «At What Price? Security, Civil Liberties, and Public Opinion in the Age of Terrorism», *American National Security and Civil Liberties in an era of terrorism*, ed. D.B. Cohen y J.W. Wells, ed. Macmillan, Nueva York, 2004, pp. 185-201.

supuesto desorden. De forma preocupante, todo ello encierra el peligro de una regresión cultural<sup>(43)</sup>.

## VI

En contra de las expectativas depositadas, como venimos anunciando y de acuerdo con análisis empíricos de sociología criminal comparada, puede resultar frustrante la afirmación de que el rearme punitivo no se ha traducido en una disminución relevante de la criminalidad y, sin embargo, ha provocado el tránsito del Estado de Derecho al Estado de control<sup>(44)</sup>.

La sociedad democrática debe saber que es imposible asegurar un porcentaje absoluto de seguridad, porque para ello probablemente tendría que acudir a medidas represivas ilimitadas, que hubieran conllevado la supresión del sistema democrático y, aun así, tampoco se podría certificar de antemano que el objetivo securitario se conseguiría con éxito<sup>(45)</sup>. Por tanto, se advierte la inutilidad propagandista de esta vía, sin olvidar que, a veces, es fruto de un deliberado engaño de quienes ostentan responsabilidades políticas para crear momentos de vana ilusión<sup>(46)</sup>.

A pesar de todo, esta parece ser la única respuesta imaginativa que ofrece el legislador: el recurso —presupuestariamente barato y electoralista— al Derecho penal o a la agravación de las penas para resolver problemas sociales que, probablemente, tengan mejor solución fuera de la esfera punitiva.

El *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 11 de octubre de 2012*, ahora en tramitación, es el

---

(43) A nivel político, este discurso de tolerancia cero se atribuye con frecuencia al entonces alcalde de Nueva York —Rudolf Giuliani— a mediados de los años noventa; centrado en su empeño de limpiar de antisociales y delinquentes que afean las calles, aumentó espectacularmente las dotaciones policiales casi en la misma proporción en que amortizaba el número de empleados sociales, *cfr.* RÜTHER, «Objektive und Subjektive Sicherheit in der Kommune», *Kriminalität und Sicherheit...*, *op. cit.*, 2002, p. 77. En el mismo sentido, T.M. McDONNELL, *The United States, International Law, and Struggle against Terrorism*, ed. Routledge Taylor & Francis Group, Londres-Nueva York, 2010, pp. 17-18.

(44) Así lo reconoce de forma mayoritaria la doctrina; entre otros, M. PETRI, *Terrorismus und Staat. Versuch einer Definition des Terrorismusphänomens und Analyse einer strategischen Konzeption staatlicher Gegenmassnahmen am Beispiel der Roten Armee Fraktion in der Bundesrepublik Deutschland*, ed. M. Press, Munich, 2007, p. 291; A. SILKE, «Retaliating Against Terrorism», *Terrorism, Victims and Society. Psychological Perspectives in Terrorism and its consequences*, ed. A. Silke, Leicester, 2003, p. 215 ss., considera que, aunque las medidas represivas contra el terrorismo pueden ser muy populares y pudieran justificarse, la experiencia demuestra su ineficacia; puesto que el conflicto terrorista no es el mismo que el convencional en un conflicto militar, la destrucción del enemigo personal y de sus recursos no es garantía de victoria, *cfr.* pp. 230-231. También duda de la eficacia de estas medidas represivas DOLFEN entendiendo que, a cambio, debilitan el Estado de Derecho y la división de poderes, restringen derechos y libertades civiles, a costa de una creciente vigilancia policíaca y de control de datos, *cfr.* *Globalisierte Gewalt...*, *op. cit.* 2008, pp. 119 y 140.

(45) DOLFEN, *Globalisierte Gewalt...*, *op. cit.*, 2008, p. 131, en el sentido de que la seguridad nunca es a coste cero.

(46) Porque esta limpieza «estética» del espacio público de «indeseables» también parece acrecentar el sentimiento de seguridad. En el fondo, es un elemento puntual más dentro de una atmósfera de maquillaje global de un discurso carente de racionalidad, *cfr.* GUTSCHE, «Legitimation und Akzeptanz...», *Herrschaft und Verbrechen...*, *op. cit.*, 2008, pp. 71-108, esp. 89.

último ejemplo de ello. Introduce una serie de figuras, de gran impacto, completamente extrañas a nuestra cultura jurídico-penal, como es la «*custodia de seguridad*» y la «*prisión perpetua revisable*». Pues bien, la custodia de seguridad, prevista para determinados delitos, se cumplirá después de la pena de prisión durante un periodo máximo de 10 años, pero tras su cumplimiento se impondrá obligatoriamente la medida de seguridad de libertad vigilada que, además de haberse ampliado extraordinariamente su contenido y supuestos aplicables (por ejemplo, para el delito de hurto), como ha puesto de relieve críticamente el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto, «puede llegar a ser ilimitada a través del sistema de prórrogas que se establecen en la nueva regulación. De esta manera, se viene a configurar un sistema de medidas de seguridad ilimitadas en el tiempo para sujetos imputables». En un buen número de supuestos, al cumplimiento de la pena y, posteriormente, de la medida de seguridad privativa de libertad —para delinquentes imputables considerados peligrosos— le seguirá después una medida de libertad vigilada mientras permanezca la peligrosidad del penado, «pudiendo prorrogarse de por vida», entre otras razones porque desaparecen los límites impuestos por el principio de proporcionalidad. La redacción del futuro art. 6.2 dispone que «Las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor», con lo que se suprime la fórmula actual que contempla un máximo de duración de las medidas con respecto a la duración de la pena abstracta señalada para el delito. Así mismo, se suprime el procedimiento de revisión de las medidas del art. 98 CP.

De hecho, el Informe entiende que «el Anteproyecto lleva a cabo una total reforma de las medidas de seguridad, implantando de manera decidida los postulados del llamado Derecho penal de la seguridad, en la línea iniciada por la LO 5/2010». Así mismo, califica de «fraude de etiquetas» el hecho de que la custodia de seguridad se cumpla en la prisión, por lo que «significa una prórroga encubierta» del cumplimiento de la pena carcelaria hasta diez años más; es contundente el Informe cuando sostiene que «esta forma de cumplimiento en prisión de la custodia de seguridad aproxima nuestro derecho penal a un derecho penal de autor» (pp. 132 ss.).

Por lo que se refiere a la prisión perpetua, el mismo Informe pone de manifiesto las deficiencias técnicas de la fórmula del Anteproyecto con relación a las garantías de taxatividad y previsibilidad que el principio de legalidad reclama<sup>(47)</sup>. Entre otras novedades, también permite la expulsión del territorio nacional al extranjero condenado incluso con residencia legal en nuestro país.

En efecto, el Anteproyecto prosigue esa línea de progresivo endurecimiento de la reciente política criminal española. Los ejemplos y ámbitos salpican intermitentemente a lo largo de todo el articulado de la reforma.

De igual modo, la supresión del Libro Tercero del CP —las faltas— aparentemente en consonancia con el principio de intervención mínima, encubre, sin embargo, otra intensificación del castigo, dado que en el catálogo numerosas faltas se transforman en delitos leves; entre otras, y de forma significativa, lesiones, maltrato de obra, amenazas, hurtos, alteración de términos y lindes, distracción de aguas, estafa, apropiación indebida, defrauda-

---

(47) Informe de la «Comisión de Estudios e Informes» del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, del pasado 11 de octubre de 2012, pp. 15-16, 44, 109 ss.

daciones, daños, distribución contra la propiedad intelectual, venta ambulante contra la propiedad industrial, daños contra el medio ambiente, trato cruel o abandono de animales domésticos. En cambio, resulta muy criticable la completa despenalización del homicidio y las lesiones por imprudencia leve, que se reconducen a la vía civil.

Dicho esto, si hay un ámbito o sector en el que este Derecho excepcional y de emergencia apenas cumple algún efecto —y esto supone una contradicción más con sus presupuestos—, por supuesto no ya en el plano de las expectativas preventivo-especiales ni generales positivas, sino tampoco en la función disuasoria o intimidatoria, es en el del *terrorismo suicida*<sup>(48)</sup>.

El terrorismo suicida, como instrumento de guerra en la historia reciente, se inició con acciones aisladas ya en los años ochenta<sup>(49)</sup>, pero se ha incrementado entre los numerosos grupos terroristas internacionales existentes —Tigres Tamiles de Sri Lanka, los palestinos de Hamás, células que proliferan también en Afganistán, Irak, Rusia o Chechenia— y, aunque en cada región del mundo presentan múltiples y diferentes formas en permanente transformación, constituye una de las tácticas frecuentes del terrorismo islámico. Presenta para estas organizaciones un cóctel letal con muchas ventajas; se trata de un arma contundente sin apenas costes económicos, no permite ni detenciones ni interrogatorios, tiene una disponibilidad de voluntarios sin límite, es respaldada por la población con absoluta normalidad y, además, sus partidarios tienen el convencimiento de que se trata de una estrategia eficaz para la consecución de sus fines.

Al mismo tiempo, esa decisión de autoinmolarse se interpreta como un acto de martirio individual, en el contexto de una guerra asimétrica, en la que el enemigo está fuertemente parapetado con las armas militares más sofisticadas y destructivas<sup>(50)</sup>; genera un sentimiento victimista de cohesión entre la población, que refuerza el mantenimiento en la lucha, sobre todo en una cantera de jóvenes que, desde la infancia, se identifican con estos métodos. Por otra parte, practican un adoctrinamiento permanente que sirve de reclutamiento, y los Gobiernos que simpatizan con estos grupos gratifican económicamente a las familias por el último acto de servicio prestado por sus hijos<sup>(51)</sup>.

---

(48) Este tema, con distinta terminología (*suicide operations*, *suicide bombing* o *martyrdom operations*), ha sido objeto de importantes estudios de criminología y psicología criminal. Un buen ejemplo son las distintas aportaciones a la monografía colectiva *Root Causes of suicide Terrorism. The Globalization of Martyrdom*, ed. A. Pedahzur, ed Routledge, Londres-Nueva York, 2006, para los distintos grupos; A. SPECKHARD, «Le spinte motivazionali del terrorismo suicida», *Terrorismo suicida*, M. Lombardi, M. Alvanou y C. Fonio (eds.), Milán, 2009, pp. 120 ss.

(49) L. WEINBERG remonta la violencia suicida al siglo XVIII, entre los *assasins* y *sicarii* musulmanes contra la invasión colonial; posteriormente, se repitieron con frecuencia con los kamikazes japoneses de la Segunda Guerra Mundial y también en la Guerra del Vietnam, *cfr.* «Suicide Terrorism for secular causes», *Root Causes of Suicide Terrorism*, *op. cit.*, 2006, pp. 108-121. Esta vía es internacionalizada y exportada por Al Qaeda a países de todos los continentes, contribuyendo decisivamente a una escalada imparable de ataques terroristas, que transforma el concepto de «autosacrificio en el camino del bien»; *cfr.* Y. SCHWEITZER, «Al Qaeda and the global epidemic of suicide attacks», *Root Causes of Suicide Terrorism*, *op. cit.*, 2006, pp. 132-151.

(50) «Le missioni suicide como strategia operativa del terrorismo contemporaneo. Il caso palestinese», en *Terrorismo suicida*, M. Lombardi, M. Alvanou, C. Fonio (eds.), ed. F. Angeli, Milán, 2009, pp. 23-25, indicando que el suicidio es el «arma asimétrica resolutive».

(51) El dato de la ayuda económica que reciben las familias del suicida es un factor interesante; algunos califican por ello a estos atentados de «*altruist rational martyr*», *cfr.* M.M. HAFEZ, «Dying to be martyrs. The symbolic dimension of suicide terrorism», *Root Causes of Suicide Terrorism*, *op. cit.*, 2006, pp. 34 ss., 60.

Un elemento más de suma importancia reside en el planteamiento religioso de que el martirio es un puente a la eternidad que llevará al sujeto, por el camino celestial, a reencontrarse con Dios y a alcanzar la felicidad eterna.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, el terrorismo suicida con efectos indiscriminados no se considera como una última salida frustrante y desesperada, sino como un acto sagrado y privilegiado, justificado en base a un imperativo teológico y organizativo<sup>(52)</sup>. De un lado, agranda las expectativas de éxito y revitaliza la moral de sus adeptos, razón que lleva incluso a la celebración social del atentado; desarrolla una importante función propagandista, aderezada por el sensacionalismo informativo ante la tragedia<sup>(53)</sup> y, por otro, resulta muy atractivo para los terroristas por el fuerte impacto y el desgaste psicológico que los atentados suicidas despliegan en la población o en las Fuerzas de Seguridad contra las que se dirigen, dado el componente de venganza que les anima<sup>(54)</sup>.

Por tanto, no cabe esperar demasiado en el efecto disuasorio de la pena en este ámbito —ni siquiera de la futura «prisión permanente revisable»— ni respecto de estos sujetos radicales convencidos de lo que hacen quienes, además, a tenor de la experiencia científica analizada por psiquiatras y psicólogos, por lo general, no pueden diagnosticarse como enfermos mentales<sup>(55)</sup>. Bien es cierto que la mayoría de los expertos reconoce que estos terroristas presentan rasgos caracterológicos muy diferentes al promedio de los ciudadanos en general; suelen dictaminar que se trata de personalidades narcisistas que no aceptan la frustración y que tienen un carácter autoritario extremista e incluso destructivo, apegado a valores subculturales de violencia<sup>(56)</sup>.

---

(52) Algunos deducen la licitud o la permisibilidad del martirio suicida directamente de los preceptos del Corán. Cfr. sobre ello *Terrorismo suicida*, op. cit., ed. Lombardi y otros, 2009, pp. 18 ss. De hecho, estos grupos rechazan la terminología de «ataque suicida» como una invención occidental que no se corresponde con la significación y simbolismo de lo que para ellos es un «martirio voluntario», cfr. «Le missione suicide...», pp. 34-35. Hay quienes, sin embargo, anteponen a la motivación religiosa islámica la orientación ideológica totalitaria de la organización que abarca todos los ámbitos de la vida, incluido el fin ideológico superior de sacrificio para la causa, cfr. A. BEYER, «Selbstmordnaschläge als terroristisches Mittel», *Jahrbuch Terrorism 2006*, Herausgegeben vom Institut für Sicherheitspolitik am der Universität, Kiel, Opladen & Farmington, Hills, coord. J. Krause y E. Eichhorst, 2007, p. 119-130.

(53) Convierten al terrorismo en una especie de escenificación teatral que utilizan para manejar de forma muy calculada el impacto que sus acciones tendrán en los medios de comunicación, lo que lleva a la rivalidad entre los distintos grupos por obtener la exclusividad sanguinaria y por alcanzar posiciones de liderazgo sobre otras facciones, así como sobre su capacidad de influencia en la política; cfr. M.R. RONZKOWSKI, *Terrorism and Organized Hate Crime. Intelligence Gathering, Analysis and Investigation*, 2.ª ed., Londres-Nueva York, 2006, p. 286 ss.; *Selbstbild und Weltanschauung islamischer Selbstmord-Attentäter. Tödliche Implikationen eines theoretischen Menschensbildes unter selbstwertbedrohenden Bedingungen*, Klaus Schwarz Verlag, Berlín, 2006, p. 17 ss.

(54) HOFFMAN, B., *Terrorismus der ungeklärte Krieg. Neue Gefahren politischer Gewalt*, traducción al alemán por K. KOCHMAN, ed. G. Fischer Verlag, Frankfurt a.M., 2006, pp. 242-259. También A. BERKO, *The Path to Paradise. The Inner World of Suicide Bombers and Their Dispatchers*, trad. E. Yuval, Praeger Security International, Connecticut-Londres, 2007, p. 159.

(55) Así, en opinión de J. HORGAN, «The social and psychological characteristics of terrorism and terrorist» (pp. 44-53) y A. MERANI, «Social, organizational and psychological factors in suicide terrorism», p. 54 ss., ambas aportaciones en *Root Causes of Terrorism, Myths, reality and ways forward*, ed. T. Bhorgo, Routledge, Londres-Nueva York, 2005.

(56) HORGAN, J., «The Search for the Terrorist Personalist», *Terrorist, Victims and Society. Psychological Perspectives on Terrorism and its Consequences*, ed. A. Silke, Leicester, 2003, pp. 3-27. Indica que ni los terroristas alemanes integrantes de la Baader-Meinhof, ni los miembros de las Brigadas Rojas italianas ni los vinculados al IRA en Irlanda del Norte presentaban rasgos de alteración mental alguna, en base a determinados estudios que compararon

Precisamente, este es un tema interesante a efectos de determinar la (in-)imputabilidad que presentan los fanáticos suicidas y, en su caso, la capacidad de motivación que respecto de ellos pueden ejercer las prohibiciones normativas así como, correlativamente, el cumplimiento de los fines de la pena que sobre una personalidad suicida cabe esperar en términos de prevención especial o general.

## VII

Otra contradicción que afecta al esquema del Derecho penal del enemigo en relación con el Derecho penal vigente es el referido a la figura de los arrepentidos que colaboran con la justicia.

Como es sabido, la creación legislativa de esta figura en la historia penal reciente surge como instrumento para la persecución del terrorismo y de la criminalidad organizada mafiosa, con el fin de facilitar el esclarecimiento y la evitación de esta clase de delincuencia<sup>(57)</sup>. En el Código penal español, se contempla expresamente en el art. 376 (para el delito de tráfico ilegal de drogas) y en el art. 579 (para delitos de terrorismo).

Pero ahora, también, a partir de la reciente entrada en vigor de la *LO 7/2012, de 27 de diciembre, por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*, se han incorporado al CP una serie de atenuantes específicas o semi-excusas absolutorias en los arts. 305 núm. 6, 307 núm. 5 y 308 núm. 7 que, tal y como están formuladas, persiguen, una vez más en el marco de la reforma aprobada, afanes exclusivamente recaudatorios, pero de un modo equivocado, porque en la fase de la imputación judicial del presunto defraudador la infracción ya es en gran medida visible y, de algún modo, la Administración se encuentra en condiciones de descubrir el delito sin necesidad de ayuda del sujeto para que afloren fuentes defraudadas ocultas<sup>(58)</sup>.

En el mismo sentido, y de acuerdo a la originaria configuración legal de los *pentiti*, *Kronzeugen* o *Crown Witness*, en las distintas versiones del Derecho comparado<sup>(59)</sup>, está animada por una finalidad puramente práctica que prioriza criterios acomodados al principio de oportunidad política (por encima del de legalidad<sup>(60)</sup>), de neutralizar o facilitar el desmantelamiento de estas fenomenologías más complejas y graves; ajena, pues, a cual-

---

perfiles de asesinos comunes y asesinos terroristas. De la misma opinión, y en la misma obra, A. SILKE, «The Psychology of Suicidal Terrorism», pp. 93-108.

(57) ARTKÄMPER, H., «Kronzeugenregelung, Opferrechtsreformgesetz und Belehrungsvorschriften», *Kriminalistik 2010-1*, pp. 23-28.

(58) IGLESIAS RÍO, M.A., «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social»; en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Reforma Penal de 2012», celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid, los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013, dir. J. Álvarez García, (coord.), J. Dopico Gómez-Aller, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 759 ss.

(59) Una perspectiva del Derecho extranjero, en D. OEHLER, «Kronzeugen und Erfahrungen mit Kronzeugen im Ausland», *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1987, p. 5 ss.

(60) Algunos, como A. HOYER, aprecian una quiebra del principio de legalidad que impone el deber de perseguir delitos, cf: «Die Figur des Kronzeugen», *Juristen Zeitung (JZ)*, 1994, p. 235.

quier consideración de justicia material, en este punto concreto la presencia de esta institución coincidiría, en lo que ahora tratamos, esencialmente, con el fin unilateralmente pragmático que inspira el Derecho penal de la seguridad del que venimos hablando. Pero, al mismo tiempo, de algún modo, esta respuesta legal contradice determinados presupuestos sobre los que descansa el Derecho penal del enemigo.

Si este Derecho parte de la idea de que estos execrables delincuentes (terroristas, mafiosos) son irrecuperables, no quedando más remedio que el Derecho penal reaccione enérgicamente, ¿por qué les tiende un puente para que se beneficien del premio de la impunidad o de una considerable atenuación?<sup>(61)</sup> O sea, que, finalmente, este inicial «enemigo» del sistema se transforma en un «amigo» del mismo; pero no podrá creerse que es fruto de un proceso de regeneración espiritual interior, como síntoma de autorresocialización, con lo que la figura del arrepentido no podrá legitimarse por razones de prevención especial; de forma significativa, si se tiene en cuenta, además, que la delación, la colaboración o el arrepentimiento suelen producirse tras la detención del sujeto, escasamente podrá visualizarse un comportamiento voluntario y espontáneo de retorno al terreno del Derecho, máxime si no se ha comprobado una ruptura total con la organización criminal.

Por otro lado, si este Derecho penal de excepción ha optado por abandonar la perspectiva resocializadora de la pena, por qué ofrece esta respuesta en contradicción con el objetivo de reafirmación preventiva y securitaria en la confianza de la norma e intangibilidad del ordenamiento jurídico, ya que la concesión de esta recompensa privilegiada podría interpretarse, a los ojos de la colectividad, como una merma de la potencialidad preventivo-general del Derecho. No se puede llegar a justificar una recompensa premial si anula o aminora en un umbral intolerable el mensaje intimidatorio de la pena, porque ello generaría la desconfianza de la mayoría de la población en la aplicación del Derecho y podría llegar a introducir factores criminógenos de contagio al delito<sup>(62)</sup>. Sin embargo, puede defenderse también la idea de que quien colabora con la Administración de justicia, lo hace por temor a la elevada intensidad punitiva que le amenaza, con lo que la vigencia empírica del ordenamiento jurídico permanece operativa.

Entonces, todo el rosario de figuras premiales introducidas en los ordenamientos jurídico-penales (por ejemplo, regularización fiscal, levantamiento de la pena en caso de reparación del daño en el ámbito del medio ambiente, malversación, etc.), viene a significar un

---

(61) Esta fluctuante y desconcertante contradicción entre una política penal en constante expansión criminalizadora y simultáneamente indulgente ha sido destacada críticamente también por C. LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1984, pp. 320-321, al aludir a estas «dos técnicas contradictorias de control social», un «modelo represivo» y una salida «incentivadora».

(62) Vid. IGLESIAS RÍO, M.A., «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social»; en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Reforma Penal de 2012*, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid, los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013, dir. J. Álvarez García, coord. J. Dopico Gómez-Aller, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 759 ss. A este respecto, hemos indicado expresamente que «desde luego, las necesidades preventivo especiales quedarían satisfechas si la colaboración se produce antes, no ya de la imputación formal, sino con anterioridad a tener conocimiento de que se han iniciado investigaciones públicas encaminadas al descubrimiento del fraude. Esto es, cuando exista (o pueda presumirse) un retorno voluntario al terreno de la legalidad. Y, además, que la colaboración haya sido eficaz, útil, para el esclarecimiento de hechos o identificación de los culpables». En el mismo sentido, A. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, «Asociaciones ilícitas y terroristas», *Comentarios a la legislación penal*, ed. Edersa, Madrid, 1983, II, p. 165.

reconocimiento de la impotencia de las estrategias anticrimen que se apoyan fundamentalmente en la exasperación punitiva. Es el reconocimiento de que la amenaza penal no es suficiente como mecanismo preventivo.

En definitiva, nos encontramos ante métodos que siempre han despertado la polémica y el recelo de gran parte de la literatura penal (curiosamente, no así de los profesionales vinculados a la praxis)<sup>(63)</sup> y que, en palabras del Prof. MUÑOZ CONDE, conducen a una especie de justicia penal negociada<sup>(64)</sup>, cuya legitimación siempre ha sido puesta en cuestión desde distintas ópticas, con el añadido, una vez más, de su dudosa eficacia para neutralizar las formas criminales más graves, en parte debido a su escasa aplicación práctica. Ya pusimos críticamente de relieve en una aportación anterior que además de «un cierto menoscabo de derechos fundamentales derivados de la Constitución... más grave aún es que, probablemente, resulta insignificante la recompensa que recibe el Estado derivada de las razones de conveniencia de la intervención de un arrepentimiento, en comparación con el deterioro que produce para el conjunto del sistema»<sup>(65)</sup>. Es posible que la legislación premial permita esperar mayores frutos en el ámbito de la delincuencia económica o de narcotráfico, donde prima el aspecto mercantilista y crematístico, pero será menos permeable respecto de delincuentes que actúan motivados por convicciones ideológicas, pues este componente es el que sirve de lazo de cohesión a todos los miembros de la organización delictiva, por lo que el efecto disolvente de la banda puede que resulte nulo<sup>(66)</sup>.

La regulación legal de los arrepentidos, al menos con relación a las cláusulas premiales antes citadas del Código penal español, resulta técnicamente muy deficiente<sup>(67)</sup>; presupues-

---

(63) Que se muestran partidarios de estas figuras; por ejemplo, la Fiscalía y la Policía alemanas en relación con la criminalidad organizada y el terrorismo, según los datos que recoge el estudio de campo *Kriminologischen Forschungsinstitut Niedersachsen* (Proyecto AG-Kripo, vol. 35 BKA-Forschungsreihe), Ministerio Federal del Interior 2001, p. 123 ss.; *vid.* también H. RISCH, «Europa und die innere Sicherheit. Ergebnisse eines Forschungsprojektes», *Kriminalistik* 1997-2, pp. 82-85. Así mismo, los resultados incluidos en *Council of Europe. Report on Witness Protection. Best Practice Survey. Adopted by Committee of Experts on Criminal Law and Criminological aspects of Organized Crime (PC-Co) at its 3<sup>rd</sup> Plenary meeting*, Estrasburgo, 15-17 de febrero de 1999.

Incluso, se alzan voces que proponen la ampliación de la figura de los arrepentidos a otros ámbitos delictivos, entre otros la corrupción, la delincuencia medioambiental o socio-económica, el tráfico de armas y explosivos, la trata de seres humanos, la prostitución y la explotación sexual; *cf.*: H.J. BEHRENDT, «Überlegungen zur Figur des Kronzeugen im Umweltstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Prozessvergleich», *GA*, 1991, pp. 337 ss. y, entre nosotros, I.F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido*, Madrid, 2004, pp. 24-25.

(64) MUÑOZ CONDE, F., «Los arrepentidos en caso de criminalidad o delincuencia organizada», *La criminalidad organizada ante la justicia*, F. Gutiérrez-Alviz Conradi (dir.), Sevilla, 1996, pp. 144 ss. Sobre ello, *vid.* también SCHLÜCHTER, «Erweiterte Kronzeugenregelung?», *ZRP*, 1997, p. 68.

(65) IGLESIAS RÍO, M.A., «La dudosa legitimación de la figura del delincuente arrepentido-colaborador como medio de investigación criminal», publicado en el portal jurídico <www.datadiar.com> el 31 de enero de 2005. Analiza recientemente J. KASPAR algunas de las objeciones contra esta figura por supuestas lesiones a los principios de proporcionalidad, igualdad de trato, prohibición de autoinculparse y de legalidad, así como al principio de culpabilidad; *cf.*: «Die neue “Kronzeugenregelung” in &46 b) StGB: Voraussetzungen, Kritikpunkte und straftheoretische Bedeutung», *GA*, 2010, pp. 453-471.

(66) M. DENNY, «Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung der Erfahrungen mit Nordland», *103 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 1991, p. 269 ss.

(67) En Alemania, se ha modificado el contenido del &46.b) StGB (Código Penal alemán) y el &136 StPO (Ordenanza Procesal alemana) en una reforma legislativa vigente desde el 1 de septiembre de 2009. Sobre ello, *vid.* J. KASPAR, «Die neue “Kronzeugenregelung” in &46 b) StGB: Voraussetzungen, Kritikpunkte und straftheoretische

to imprescindible, además de difundir el conocimiento de la existencia de estas normas a los potenciales interesados, es que se regule con claridad y precisión su alcance y requisitos, con el fin de que pueda desplegar una seria influencia de estímulo.

Por una parte, presenta numerosos puntos débiles de orden procesal-penal y constitucional, capaces de menoscabar los postulados del Estado de Derecho, salvo que, por un lado, el contenido de los aludidos arts. 376 y 579 CP se interprete de acuerdo con criterios correctores, a efectos de evitar abusos y, por otro lado, que tales preceptos se apliquen con carácter excepcional identificable para algunos autores en hipótesis de «concreto» estado de necesidad de la investigación, imposible de superar de otro modo, siempre que no fluyan por sí mismas las informaciones para dilucidar delitos pertenecientes a ámbitos especialmente sensibles (en ningún caso respecto de cualquier delito con carácter general) y que provoquen una situación insostenible para el conjunto del control público de la criminalidad<sup>(68)</sup>.

Aun cuando, en mi opinión, al margen quizás de serias dificultades de investigación, solo debiera admitirse la figura del arrepentido «cuando el Estado se encuentra amenazado en su existencia y continuidad; situación prácticamente improbable en países democráticos estables, pues siempre han existido brotes incluso virulentos de terrorismo, corrupción política y económica o narcotráfico a gran escala, y no por ello el Estado se ha desestructurado gravemente. Ni existe estado de necesidad ni es previsible que exista en el futuro» (con mayor razón, menos probable parece en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social)<sup>(69)</sup>.

En otro orden de cosas, cabe destacar críticamente los silencios de dichos preceptos, las insuficiencias tipificadas y el empleo de conceptos jurídicos normativos indeterminados —«coadyuve eficazmente», «obtener pruebas decisivas»— que conceden un amplio margen de discrecionalidad judicial.

Tampoco queda claro qué grado de idoneidad o eficacia ha de revestir la colaboración para contribuir a un resultado exitoso; si bastan declaraciones genéricas que permitan abrir líneas de investigación o si, como pienso, debe reconducirse su intervención a delitos concretos. Resulta complicado en el seno de las organizaciones criminales disponer de

---

Bedeutung», *GA* 2010, pp. 453-471. Entre los requisitos que contempla para aplicar esta figura, podemos resumirlos en los siguientes: que se trate de ayudar al esclarecimiento de un ámbito delictivo de mediana o elevada gravedad [§ 100.a) II StPO]; que, por su complejidad, generen un denominado «*Ermittlungsnotstands*», sin que prometan éxito otros métodos de investigación y que las declaraciones del arrepentido contribuyan al esclarecimiento o a la prevención de delitos.

(68) Véase mi trabajo IGLESIAS RÍO, «La dudosa legitimación de la figura del delincuente arrepentido-colaborador como medio de investigación criminal», *op. cit.*, 2005, con referencias, entre otros, a JUNG, «Der Kronzeuge...», *ZRP*, 1986, p. 40; SCHLÜCHTER, «Erweiterte Kronzeigenregelung?», *ZRP*, 1997, p. 86; HOYER, «Die Figur der Kronzeugen», *JZ*, 1994, p. 240, y WEIGEND, T., «Anmerkung zur Diskussion um den Kronzeugen aus der Sicht des amerikanischen Rechts», *H.H. Jescheck Festschrift*, Berlín, 1985, p. 1.349.

(69) IGLESIAS RÍO, «La dudosa legitimación de la figura del delincuente arrepentido-colaborador como medio de investigación criminal», *op. cit.*, 2005, entendiéndose que deben comprobarse exigencias de necesidad, idoneidad *ante*, proporcionalidad y control judicial; el mismo autor, en «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social»; *op. cit.*, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012...*, 2013. De la misma opinión, B. HUBER, «Aufklärungshelfen, verdeckte Ermittler und Vertrauenspersonen der Polizei», *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime. Proposals and Summaries of the Joint European Project to Counter Organised Crime*, V. Militello y B. Huber (eds.), Freiburg im Breisgau, 2001, pp. 237-264, p. 239.

información valiosa sobre el historial delictivo ya realizado o sobre la futura planificación, ya que solo el capo o el reducido grupo dirigente que ocupa el vértice jerárquico de la organización dispone de información más importante que la de los meros peones situados en un puesto muy secundario. Sería suficiente que la colaboración del arrepentido aporte información adecuada para que el juez llegue al convencimiento de que existen indicios bastantes para identificar a personas concretas —hasta ahora desconocidas— como responsables de un delito. En definitiva, que con su ayuda pueda previsiblemente concluirse el proceso con una sentencia de condena o que, en su caso, un hecho criminal planificado pueda aún impedirse, aun cuando este resultado exitoso —que no depende exclusivamente del colaborador—, no es condición para concederle los beneficios legales.

En cualquier caso, las cláusulas premiales deben regularse con mayor precisión, pero teniendo en cuenta que la salvaguarda de los principios de justicia y de legalidad debe alzarse como una directriz inherente a toda decisión político-criminal y constituir el referente preponderante en todo proceso de ponderación de valores. Dichos principios, hemos puesto de relieve en anteriores aportaciones, no tienen como finalidad el reforzamiento probatorio de la investigación, sino la protección de los ciudadanos ante posibles injerencias excesivas. Porque la valoración de la legalidad y de la justicia, a diferencia de la noción de la eficacia, no puede descansar sobre puras especulaciones sino sobre razones manifiestas. De lo contrario, se correría el riesgo de mermar la credibilidad y objetividad de un sistema de persecución penal que, a los ojos de la ciudadanía, parecería hacer descansar su eficiencia en base a la delación o a declaraciones inculpatorias de sujetos «comprados» legalmente a cambio de promesas, dando a su vez la sensación de que el sistema penal presenta carencias fundamentales<sup>(70)</sup>.

La validez de las declaraciones de coimputados debe ser corroborada por otros elementos probatorios externos a la propia delación, a efectos de que confirmen su credibilidad; así, su contenido superaría el alcance de una mínima actividad probatoria suficiente de cargo para poder realizar un pronunciamiento de condena y evitar una lesión al derecho constitucional de presunción de inocencia del acusado (*STC de 29-9-1997*). Debería prohibirse expresamente la validez de la declaración de un arrepentido contra otros acusados, si al mismo tiempo está implicado (coimputado) en el mismo proceso o en procesos conexos.

## VIII

El detrimento del nivel de garantías utiliza el concepto y el propio organigrama de un «Estado de Derecho» enormemente desdibujado, al que deberíamos identificar ya directamente como «Estado de control», ya que equipara la finalidad del mantenimiento de la

---

(70) IGLESIAS RÍO, «La dudosa legitimación de la figura del delincuente arrepentido-colaborador como medio de investigación criminal», *op. cit.*, 2005, siguiendo a JUNG, «Der Kronzeuge...», *ZRP*, 1986, p. 40. En la misma línea, W. HASSEMER considera que una investigación fructífera o exitosa que lesione principios importantes de un Derecho penal del Estado de Derecho sería, en el mejor de los casos, «eficaz» a corto plazo, pero «devastadora» a largo plazo: la «eficiencia» no permite separarse político-criminalmente de la «justicia»; *cfr.* «Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten...», *op. cit.*, *StrV*, 1986, p. 550.

seguridad y la lucha contra el delito en el mismo rango constitucional que la tutela (descafeinada ahora) de los derechos fundamentales<sup>(71)</sup>.

Sin embargo, nos deberíamos cuestionar si la aprobación formal de una norma, conforme a los cauces democráticos vigentes, ha de ser sólo la única condición suficiente para otorgarle plena legitimidad material, en el caso de que se aparte de los cauces histórico-culturales y valorativos de la razón.

De ser así, entraríamos en un peligroso proceso de continua degradación constitucional que erosionaría sin duda los presupuestos esenciales e indiscutibles sobre los que descansa nuestro Estado de Derecho y al que se hallan vinculados los poderes públicos. De forma muy acertada describe D. KRAUSS el tránsito que desde hace algunos años somos testigos: de un «Estado de Derecho» a un «Estado de la ley y preventivo», «de la seguridad pública a la seguridad policial»<sup>(72)</sup>.

Probablemente, estemos ante manifestaciones que recuerdan, en cierto modo y salvando por supuesto mucho las distancias, a lo que Gustav RADBRUCH caracterizaba como «injusto legal» y deban ser interpretadas en la actual coyuntura histórica, en el contexto de las vertiginosas transformaciones del mundo científico, socio-político y económico, que obliga a calibrar las estrategias de actuación en el plano internacional y que avanzan hacia un modelo cultural de orientación incierta.

Añádase además que, en este proceso, se ha debilitado igualmente la teoría ilustrada de la división de poderes al cobrar mayor protagonismo la influencia del poder ejecutivo sobre el legislativo. En definitiva, como escribe KRAUSS, no es fácil entender los derechos humanos en la sociedad de la prevención y de la seguridad<sup>(73)</sup>.

Debemos defender siempre que las restricciones de derechos fundamentales en salvaguarda de la seguridad nacional o frente al fenómeno de la criminalidad grave, incluso terrorista, también están sometidas a la Constitución, esto es, han de ser adoptadas conforme al cuadro axiológico-material del Derecho<sup>(74)</sup>.

---

(71) KRAUSS, «Menschenrechte zwischen Freiheit und Sicherheit», *Herrschaft und Verbrechen...*, op. cit., 2008, p. 51. Vid. también, J. OBERGFELL-FUCHS, «Cambios punitivos del sistema de justicia penal», *Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas. Nuevos estudios en honor al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, coord. A. Serrano Maíllo, ed. Dykinson, Madrid, 2008.

(72) D. KRAUSS, «Menschenrechte zwischen Freiheit und Sicherheit», *Herrschaft und Verbrechen...*, op. cit., 2008, pp. 49-70.

(73) D. KRAUSS, «Menschenrechte zwischen Freiheit und Sicherheit», *Herrschaft und Verbrechen*, op. cit., 2008, p. 65.

(74) La AIDP en su Symposium celebrado en Viena el 11-5-97 denuncia la lesión que se está haciendo de los Derechos humanos, la justicia, la paz y los valores democráticos en nombre de la lucha contra el terrorismo. Por muy difícil que sea el desafío de encontrar el punto de equilibrio entre la máxima protección posible ante el terror, el máximo reconocimiento a las libertades individuales y la máxima eficacia en la lucha contra este tipo de criminalidad, el Estado de Derecho nunca debe abandonar el terreno del respeto y protección a los derechos y libertades fundamentales, porque la comunidad internacional tiene además que estar convencida de que incrementando la eficiencia de los actuales instrumentos de que dispone el Estado de Derecho —y en el marco del respeto a los Derechos Humanos— estamos en condiciones de vencer al terrorismo; cfr. «Terrorismus und Menschenrechte. Neue Entwicklungen und Herausforderungen», *Symposium AIDP*, Viena, 11-5-07, esp. pp. 4-12. En el mismo sentido, D. KRAUSS, «Menschenrechte zwischen Freiheit und Sicherheit», *Herrschaft und Verbrechen...*, op. cit., 2008, pp. 49-70, esp. 50-55.

IX

Toda la vorágine de manifestaciones legislativas de orden penal y procesal que conducen a una degradación progresiva del Estado de Derecho y, lo que es peor, lejos de su carácter coyuntural, está instalándose ya cómodamente con carácter estructural y ordinario, y parece olvidar que, incluso el Derecho internacional, por poner un ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sólo permite medidas de excepción cuando existe «*a public emergency which threatens the life of the nation*»; pero incluso en este hipotético supuesto estado de necesidad existencial no pueden desconocerse ciertos límites infranqueables que impiden la derogación de determinados derechos, ni siquiera en las situaciones más extremas. Así, se ha positivizado igualmente, a través de formulaciones categoriales, la prohibición absoluta del empleo de la tortura (art. 4 del Pacto) como garantía central de los Estados en el contexto de la salvaguarda de los Derechos Humanos a nivel mundial<sup>(75)</sup>.

Desde el punto de vista teórico, a todos los niveles —legales, judiciales y doctrinales— se viene reconociendo un ámbito intangible de la persona, sobre la base del respeto incondicional a su dignidad humana. Sin embargo, en los últimos años se han ido flexibilizando tales planteamientos<sup>(76)</sup> y sobre un nuevo argumento, ciertamente interesado en este punto, de que, con carácter general, los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto y, por tanto, su protección y ejercicio en caso de conflicto con otros postulados básicos del Estado de Derecho tienen que entrar en un proceso de ponderación axiológica, con el fin de ofrecer una respuesta equilibrada y operativa para el mantenimiento de la convivencia de la sociedad o para dar salida a problemas prácticos en la lucha contra el enemigo<sup>(77)</sup>. Además, tal ponderación requiere de una nueva formulación, que pasaría por entender que ni los derechos fundamentales ni el respeto a la dignidad pueden tener la misma validez universal para todos los seres humanos, abriéndose así una puerta a la quiebra de determinados derechos fundamentales del delincuente.

---

(75) Los Tratados internacionales no admiten excepciones en este tema, ni siquiera en situaciones de emergencia; *vid.* por ejemplo, en la Convención Europea de 1984. También el Consejo de Europa, en sus *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism* (adoptado por el Comité de Ministros con fecha de 17-09-2002), aboga por un respeto incondicional a los Derechos Humanos, con «absoluta prohibición de la tortura»: «is absolutely prohibited, in all circumstances, and in particular during the arrest, questioning and detention of a person suspected of or convicted of terrorist activities, irrespective of the nature of the acts that the person is suspected of or for which he/she was convicted».

(76) El creciente tratamiento doctrinal desde hace unos años de este tema clásico nació, fundamentalmente, a raíz de algunos episodios ocurridos a finales de la década de los años ochenta del pasado siglo en Israel, en torno al conflicto que permanentemente asedia a las relaciones entre judíos y palestinos. El detonante del atentado terrorista del 11S en Nueva York no hizo más que acentuar las consecuencias que se derivan de este enfoque discursivo, a lo que ha contribuido decisivamente la publicación estadounidense de la Patriot Act. En Alemania, por su parte, el debate se reabre tras la conmoción social que rodeó en 2001 al conocido como «*caso Daschner*», acaparando todas las portadas informativas, en el que se produce la muerte de un niño de apenas ocho años, hijo de un acaudalado banquero de Frankfurt, secuestrado bajo la condición de un importante rescate y asesinado a las pocas horas de perpetrarse.

(77) HORLACHER cita una monografía de ALBRECHT, publicada en 1976 bajo el título *Der Staat. Idee und Wirklichkeit*, en la que el autor había planteado, desde la perspectiva de la Filosofía del Estado, la problemática que generan estos casos, llegando a la conclusión de que la tortura es una decisión moralmente requerida (*geboten*) para repeler una acción terrorista; paradójicamente, esta toma de posición no la realiza en el apartado del «Estado real» sino en el capítulo dedicado al «Estado ideal»; *cfr.* C. HORLACHER, *Auskunfterlangung mittels Folter*, Verlag Dr. Kovac, GmbH, Hamburgo, 2007, p. 3.

Fruto de esta evolución, hemos llegado a derribar el que hasta ahora se alzaba como un bastión incuestionable, que gozaba de un apoyo doctrinal prácticamente sin fisuras: la prohibición categorial de la tortura, con independencia de cualquier situación. El debate se reabre ante el nuevo paradigma actual de que el terrorismo y otras amenazas globales que se ciernen sobre la sociedad son tratadas como crímenes especialmente execrables que ponen en jaque la continuidad de nuestra civilización, siendo el 11S el punto de inflexión en este sentido<sup>(78)</sup>.

«Cinco años antes» —escribía en 2006 M.D. EVANS, tomando como referencia el 11 de septiembre de 2001— «hubiera sido impensable» (*it would have been unthinkable*), resucitar el discurso de la legitimidad de la tortura, porque hubiera significado un retroceso del reconocimiento de los Derechos Humanos a una etapa anterior al horror vivido en la Segunda Guerra Mundial<sup>(79)</sup>.

Pues bien, el Derecho penal del enemigo considera que no puede mantenerse por más tiempo una prohibición absoluta y categorial de la tortura en las denominadas «situaciones extremas», por ejemplo catastróficas, atentados masivos, destrucción de una central nuclear, escenario de la «bomba de tiempo» (*Ticking-Time-Bomb, TTB*)<sup>(80)</sup>, en las que al

(78) R. GÖSSNER se lamenta de que estemos ante «el final de un tabú» (*Ende eines Tabus*), *cfr. Menschenrechte in Zeiten des Terrors...*, *op. cit.*, 2007, p. 241.

(79) M.D. EVANS, «International Law and Human Rights in a pre-emptive era», *The Bush Doctrine and the War on Terrorism. Global Responses, Global Consequences*, ed. M. Buckley, R. Singh, ed. Routledge, Taylor & Francis Group, Londres-Nueva York, 2006, p. 189. En el mismo sentido se manifiesta recientemente T.M. McDONNELL al decir que «con anterioridad al 11S la mayoría de los tratadistas del Derecho internacional hubieran dicho que pocos principios de Derecho internacional humanitario tienen más peso que la prohibición de la tortura», dado que, al margen del reconocimiento a nivel convencional y consuetudinario, esta máxima se ha convertido en una «*peremptory norm of international law*»; *cfr. The United States, International Law, and The Struggle against Terrorism*, *op. cit.*, 2010, p. 70 ss.; K. BOYLE, «Terrorism, States of Emergency and Human Rights», *Anti-Terrorist Measures and Human Rights*, eds. W. Benedek y A. Yotopoulos-Marangopoulos, ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004, p. 104 ss., también alude a que después del 11S se pueden leer con cierta frecuencia titulares periodísticos. «Time of think to stop terrorism?», Steve Champman, *Chicago Tribune* de 1-11-2001; Editorial del *Economist* «Is torture even justified?» el 9-01-03, dejando abierta la posibilidad de aplicar cierto grado de tortura en la lucha contra el terrorismo.

(80) Por utilizar la expresión de Kai AMBOS, *El Derecho penal frente a situaciones extremas*, Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa», ed. Dykinson, Madrid, 2007. Un escenario de esta índole, aun con distintas variantes, responde al siguiente esquema: Un país es amenazado o extorsionado por un terrorista que ha activado en un lugar desconocido una bomba química de enorme potencial destructivo que estallará en unas pocas horas. La policía detiene al sospechoso en el momento en que va a recoger el dinero del rescate. El delincuente relata de forma creíble el riesgo real que se cierne sobre la población, pero se niega a revelar voluntariamente datos que permitan neutralizar tal peligro. Al contrario, exige una elevada suma de dinero, que liberen a otros presos (según él, políticos) y un avión para facilitarles la salida del país. Ante esta situación, el tiempo va corriendo en contra, y las autoridades competentes consideran imposible evacuar a toda la población de la ciudad, por lo que se plantean distintas alternativas: (1) seguir insistiendo en obtener información; (2) en caso de que esa primera opción resulte infructuosa, plegarse a las exigencias del delincuente para evitar una tragedia de dimensiones incalculables, o (3) no ceder al chantaje y recurrir al empleo de métodos de tortura, a pesar de que no es absolutamente seguro que se conseguirá información o que la obtenida sea completamente fiable y eficaz para lograr el objetivo pretendido de eliminar el riesgo.

Este supuesto de hecho puede sustituirse por el de un secuestro de un inocente en caso de especial complejidad y difícil esclarecimiento, o de un acto de piratería aérea de un avión civil de pasajeros en vuelo que los saboteadores amenazan con impactar contra una central nuclear, una muchedumbre de personas u otro objetivo estratégico esencial, o cualquier otra situación imaginable de análoga gravedad a las ejemplificadas y que exigen una respuesta policial o militar urgente, para evitar daños personales y materiales de gran magnitud. Algunas de estas cuestiones son abordadas de modo muy interesante por S. MARTÍNEZ CANTÓN, «Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad», *Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho*.

no vislumbrarse otro medio para resolver el caso, el Estado estaría autorizado al empleo de tortura con el fin de salvar vidas humanas inocentes<sup>(81)</sup>. En Estados Unidos, indica T. M. McDONNELL que después del 11S varios prestigiosos profesores universitarios de Derecho, algunos de ellos, como el Prof. DERSHOWITZ (Harvard), muy conocidos por su defensa enérgica de los derechos civiles, se pronunciaban a favor de permitir la aplicación de la tortura ante circunstancias que pusieran en peligro la seguridad nacional. No son partidarios, por lo general, de una regulación concreta, sino de permitir que los instrumentos legales ya existentes —principio de oportunidad, causas de justificación, exculpación o levantamiento de la pena, etc.— puedan ofrecer soluciones o salidas airoas para quien realiza una actuación o un interrogatorio en estas hipótesis límite<sup>(82)</sup>.

Según esta tesis, en todas las situaciones de esta naturaleza la tortura sería un método de lucha contra la criminalidad que, precisamente, al estar patrocinada por el Estado y tener un fin pretendidamente útil y justo, ajeno por completo a la idea de infligir dolor con ensañamiento o crueldad gratuita, le hace perder el estigma de acto inhumano y delictivo que, por principio, encierra, en sí mismo, la tortura<sup>(83)</sup>.

Desde esta perspectiva, y ante la dificultad de encajar legislativamente la permisón de la tortura en el ordenamiento jurídico, dadas las serias dudas constitucionales que presenta, quizás el Estado esté más interesado en enfocar esta vía en estos casos extremos como una cuestión de orden personal-moral, en la que una persona se ve obligada a tener que adoptar una decisión de urgencia en un caso de terrorismo o delincuencia grave que le sitúa ante un dilema en el que entra en conflicto con su propia conciencia, al margen de las consecuencias jurídicas sancionatorias que puedan acarrearle si finalmente decide usar la tortura<sup>(84)</sup>.

---

*Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, dir. D-M. Luzón Peña, ed. La Ley, Madrid, 2010, p. 405 ss.; en la misma obra, R. ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», p. 445 ss.

(81) Por ejemplo, W. BRUGGER, «Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter», *JZ*, 2000, pp. 165-173.

(82) Por ejemplo, en la Universidad de Harvard, el Prof. Alan DERSHOWITZ, en el escenario de una *TTB*, considera suficiente la obligación de conseguir una autorización judicial de tortura en el marco de los interrogatorios al terrorista que colocó la bomba, así como la posibilidad de que las fuerzas militares puedan desplegar coacciones («*stress and duress*») para extraer información de prisioneros de Afganistán; *cf.* «Tortured Reasoning», *Stanford Lavinson, Torture*, 2004, p. 257, 263. Por su parte, el Prof. Richard A. POSNER, de la Universidad de Chicago, considera peligroso regular la tortura, ya que esta práctica se convertiría en algo común, de manera que prefiere que continúe vigente la prohibición formal y consuetudinaria, pero comprende este autor que no será cumplida en situaciones extremas; *cf.* «Torture, Terrorism and Interrogation», *Stanford Levison*, 2004, p. 291, 296, citado según McDONNELL, *The United States, International Law, and The Struggle against Terrorism*, *op. cit.*, 2010, p. 91. Véase también *War, Torture and Terrorism. Rethinking the rules of international security*, A.F. Lang, Jr. y A. Russel Beattie (eds.), Routledge, Taylor & Francis Group, Londres-Nueva York, 2009, que citan en la misma línea a C. KENNEDY-PIPE y A. MUMFORD, «Is torture ever justified? Torture, rights and rules from Northern Ireland to Iraq» (pp. 54-68).

(83) Así, H. JÄGER «Strafrechtsschutz für Menschenrecht? Zur Durchsetzbarkeit des Folterverbots», *Mittelweg 36 (Bulletin)*, pp. 70-80, p. 75.

(84) Quizás estas consideraciones puedan trasladarse al anteriormente citado «*caso Daschner*». La policía alemana detiene muy pronto al presunto responsable del secuestro del niño, pero la información que aportaba el detenido en los primeros interrogatorios era contradictoria y conscientemente orientada a direcciones equivocadas. Con la finalidad de encontrar al niño todavía con vida lo antes posible y ante el riesgo de que pudiera morir pronto, el Vicepresidente de la Policía de Frankfurt —Wolfgang Daschner, que dio nombre al caso— ordenó a sus subordinados que «amenaza-

En el entendimiento funcional de la sociedad postmoderna, el empleo de tortura en estas situaciones excepcionales de delincuencia grave suprimiría privilegios para los enemigos y serviría para proteger a los ciudadanos honrados.

Pero la admisión de la tortura supone una decisión enormemente peligrosa para el Estado de Derecho, por muchos motivos. Los defensores de una prohibición absoluta e incondicional se basan en que si no hay un espacio intangible para evitar un delito inasumible intrínsecamente a la condición humana, entonces no estaríamos a salvo de ninguna invasión<sup>(85)</sup>. Pero además, si se considera que en tales hipótesis extremas la tortura es imprescindible habrá que decidir cuál es el precio axiológico que ha de pagarse a cambio de tratar de conseguir (supuestamente) un resultado práctico beneficioso.

En Israel, el Modelo Landau permitió la tortura entre 1987 y 1999, en base al denominado «*minimal absolutist argument*», según el cual determinados actos criminales o situaciones no pueden ser desvinculadas de sus dramáticas y desastrosas consecuencias; consideran imprescindible revisar los planteamientos absolutos filosóficos tradicionales contra la tortura con el fin de hacer frente y acomodarse a los tiempos actuales y permitir a las instancias estatales su empleo en ciertos casos extremos. Habría que admitirla para los supuestos aludidos —«*ticking bomb situation*» (TBS) y similares—; probablemente también se reclamaría para otros de difícil resolución policial o judicial que entrañan una especial gravedad y conmoción social, como podría ser el secuestro de un niño.

En un trabajo reciente, Y. GINBAR plantea críticamente una solución intermedia en la que se conjugue la idea de prohibición absoluta de la tortura y, posteriormente, si se ha infligido, proporcionar una respuesta jurídica particularizada al caso concreto, dependien-

---

ran» al sospechoso con causarle importantes sufrimientos y suministrarle el denominado suero de la verdad si no procedía a informar correctamente del verdadero paradero donde se encontraba la víctima. El Sr. Daschner consideró que se enfrentaba a un caso en el que había que proceder a una ponderación de bienes entre el derecho a la vida del niño secuestrado y el derecho del detenido a su integridad corporal. A partir de proferir estas amenazas el detenido —Magnus Gäfgen— rompió su silencio indicando el lugar donde se encontraba el niño secuestrado ya sin vida (aunque la policía desconocía previamente el dato de su muerte). El autor fue condenado a la pena de prisión perpetua. El Sr. Daschner fue condenado como inductor a un subordinado a un delito de coacciones, así como al funcionario como autor material directo de dichas coacciones. Sin embargo, en virtud de las circunstancias que rodearon el caso y la dimensión temporal de la pena privativa de libertad impuesta, el Tribunal acordó la suspensión de su ejecución. Tanto la Fiscalía como todos los condenados renunciaron a recurrir la sentencia, por lo que el asunto no llegó a Tribunales superiores. Únicamente, el secuestrador —Gäfgen— interpuso una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2005 (Gäfgen v. Germany 22978/05), aparentemente, con la pretensión de alcanzar una sentencia simbólica, sin solicitar indemnización económica, sino para que el Tribunal se pronunciara sobre la prohibición incondicional de la tortura y el reconocimiento a un derecho justo (arts. 3 y 6 CEHD). Sobre ello, *cfr.* C. HORLACHER, *Auskunfterlangung mittels Folter*, *op. cit.*, 2007, *passim*; *vid.* También, ZIEGLER, «Das Folterverbot in er polizischen Praxis», *KritV*, 2005, pp. 50-51.

La resolución del Tribunal Europeo, dictada el 30 de junio de 2008, concluyó que no hay violación de los arts. 3 y 6 de la Convención, no se han violado los derechos de defensa del Sr. Gäfgen y, además, los responsables policiales ya fueron condenados en Alemania.

Realmente, se ha dicho en Alemania que planeaba en el recuerdo el desenlace del «*caso Mathias Hintze*», secuestrado en 1997 en una fosa; a pesar de la detención de los dos autores del delito, cuando se descubrió el lugar donde se encontraba la víctima ya había muerto. Esta tragedia suscitaba la duda —y el pensamiento de su legitimación— en torno a si, de haber aplicado tortura a los detenidos, el Sr. Hintze quizás hubiera sido liberado a tiempo y, en todo caso, antes de su muerte; *cfr.* sobre este caso BRUGGER, «Vom unbedingen Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter», *JZ*, 2000, pp. 165 ss.

(85) Por ejemplo, Y. GINBAR, *Why not Torture Terrorists? Moral, practical, and legal aspects of the «ticking bomb»*, *justification for torture*, Oxford University Press, Nueva York, 2009, p. 116.

do de que *ex post* se haya comprobado la existencia real de un escenario extremo de TTB u otro de idéntica significación<sup>(86)</sup>. Con todo, no le parece, sin embargo, a este autor la mejor solución, porque eso sería tanto como dejar la responsabilidad en manos del particular que haya practicado la tortura y habría que pensar, además, si merece el mismo tratamiento la tortura practicada por un ciudadano particular a la realizada por un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El recurso a la tortura conlleva además otra serie de problemas añadidos.

La imposibilidad de saber con absoluta certeza si realmente existe o no una de esas situaciones que hemos calificado de catastróficas o extremas. Esta incertidumbre alcanza a saber si el detenido es verdaderamente la persona acertada; también pueden surgir dudas respecto de «si» y de la «calidad» y «veracidad» de la información que dispone y la que ofrece y, en este sentido, cuál es el momento en el que se puede considerar que ya no es preciso continuar torturando porque se estima o se comprueba que la información es correcta (¿y si es incompleta o hay más bombas?) o, simplemente, porque se concluye que el detenido no dispone de información útil fiable o suficiente.

Hay que tener en cuenta que las organizaciones delictivas llevan a cabo su empresa criminal de acuerdo a criterios profesionalizados o técnicamente especializados, siendo relativamente común que, dependiendo de la dimensión del grupo, sus miembros a veces ni siquiera llegan a conocerse entre sí, y además rige respecto de ellos un rígido criterio de jerarquía vertical presidido por la ley del silencio (*omertá* mafiosa). Solo muy pocos, quizás los que están en la cúpula dirigente de la organización, tendrán información suficiente y relevante o pormenorizada de los detalles de un atentado, de un secuestro o del hecho criminal de que se trate. Resultaría poco menos que una casualidad que el detenido sea, precisamente, el que disponga de la información precisa<sup>(87)</sup>.

Por otro lado, es difícil determinar el criterio para determinar que, en efecto, se han agotado todos los medios convencionales para resolver la situación y que no queda otra alternativa que el recurso a la tortura. Este proceso de investigación llevará un cierto tiempo en el que, posiblemente, la actuación extrema vaya agravándose.

Además de todo lo anterior, no puede valorarse con fiabilidad la urgencia temporal para entender que deviene inaplazable acudir a un medio expeditivo porque la bomba está a punto de estallar y, de ser así, si la aplicación de la tortura llegará todavía a tiempo y será útil o, por el contrario, que ya no hay tiempo para remediar la pérdida de vidas humanas, evacuar a la población, etc.

También se ha discutido que, ante la decisión de dar entrada a la tortura en casos extremos, se ha de determinar si debe graduarse su empleo hasta fijar cierto límite máximo, o si esta estrategia sería incompatible con el fin que persigue y desactivaría su eficacia; por ejemplo, en Israel se permitía una «*moderate physical pressuer... during the interrogation of terrorist in normal conditions of routine interrogation*». Pero si el criminal o el terrorista

---

(86) GINBAR, *Why not Torture Terrorists?...*, *op. cit.*, 2009, p. XXIII.

(87) McDONNELL, *The United States, International Law, and The Struggle against Terrorism*, *op. cit.*, 2010, p. 93: «Torturando a alguien, supuestamente el implicado en la TTB, estaríamos ya haciéndolo con el mismo grado de certeza con el que se ejecuta la pena de muerte a un ya condenado».

conocen de antemano que la tortura no podrá superar un cierto nivel de intensidad, y tiene fortaleza física y mental para resistir el dolor o la presión sin colaborar con la policía, desde luego la tortura aplicada —a pesar de su inmediata lesividad para la dignidad humana— ni siquiera habrá conseguido salvar inocentes, evitar tragedias o simplemente esclarecer el caso<sup>(88)</sup>.

Finalmente, surgen nuevos y numerosos interrogantes jurídicos más en torno a una pretendida «licitud» de la tortura. (1) La legalidad policial de la amenaza o aplicación de la violencia para obtener informaciones necesarias; o incluso el deber policial de acudir, excepcionalmente y como último recurso, a esta vía, así como podría llegar a considerarse también el derecho de la víctima a reclamar el uso estatal de la tortura sobre el autor del delito y la posible aplicación de causas de justificación o de exculpación. (2) El castigo penal al funcionario policial responsable de las torturas. (3) La compatibilidad de las torturas con el Derecho constitucional y el Derecho internacional, así como sus repercusiones procesales en torno a la valoración de una prueba obtenida mediante torturas.

### RECAPITULACIÓN

Resulta en cierto modo paradójico que en la actualidad nos veamos en la obligación de recuperar el discurso de los valores inherentes al ser humano y de recordar algo que en las Facultades de Derecho europeas parecía obvio, que no es otra cosa que la idea de que la teoría dogmática del delito ha de articularse respetando las líneas directrices de la política criminal que fueron magistralmente sintetizadas por Heinz ZIPF hace ya casi cuatro décadas<sup>(89)</sup>.

Este Derecho penal de la peligrosidad y de la seguridad, pensado en clave populista y antigarantista, orienta su mirada hacia los beneficios electorales inmediatos por encima de una mejor y más justa solución de los problemas que actualmente aquejan a la sociedad española y a las sociedades modernas y que, con frecuencia, contribuyen al desprestigio de las instituciones.

No se trata de discutir tanto la cuestión de «si» el terrorismo o la delincuencia organizada transnacional más grave merece una respuesta penal eficaz (que eso es indudable) sino más bien el «cómo» materializarla y a «qué precio». El Estado no puede optar unilateralmente por una política criminal de corte autoritario, sino que ha de barajar simultáneamente la aplicación equilibrada de distintas alternativas. Ha de articularse un proceso penal en el que se pueda compaginar la investigación eficaz del hecho delictivo y del autor, la lucha contra las organizaciones criminales y el respeto a las garantías y a la dignidad humana conforme al dictado del art. 24 de la Constitución española; de forma significativa,

---

(88) McDONNELL, *The United States, International Law, and The Struggle against Terrorism*, op. cit., 2010, p. 93, ni siquiera aunque la tortura no tuviera límite, nadie asegura que el terrorista o delincuente carezca de la capacidad suficiente de resistencia; a los cuerpos de elite de las fuerzas armadas se les entrena para resistir la tortura y no hay por qué dejar de presumir que lo mismo pueda suceder en los casos de estos delincuentes peligrosos organizados, y más si se trata de un entorno en el que puede contarse con la posibilidad de suicidas.

(89) ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*, ed. Edersa, Madrid, 1979, traducción a cargo de M. Rodríguez Molinero.

el derecho fundamental a no autoinculparse, a no soportar tratos crueles, degradantes ni inhumanos, ni ser sometido a tortura por cualquier medio (agotamiento, engaño, hipnosis, coacciones, promesas de sentencias ilegales), tratando con estos métodos de que prevalezca el criterio funcional del significado social del descubrimiento de la verdad procesal a la nulidad de las pruebas obtenidas de forma ilegal.

Incluso, si aceptáramos la hipótesis de que un enérgico Derecho penal del enemigo pudiera quizás ser útil, eficaz, en la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada, piensa MUÑOZ CONDE que se estaría abriendo una puerta por la que puede colarse, sin darnos cuenta, un Derecho penal de cuño totalitario. Ejemplifica el Prof. Muñoz Conde comparativamente con el caso americano: si se decidiera introducir en Europa o en España la pena de muerte, al modo en que lo hace Estados Unidos, donde se aplica con profusión incluso en situaciones de normalidad, o se decidiera, también como ha hecho aquel país, instaurar Tribunales militares para juzgar los llamados «crímenes terroristas», olvidaríamos que la forma más grave de terrorismo es el «terrorismo de Estado». Pero, continúa argumentando este autor en hipótesis imaginarias: ¿cuál sería el siguiente paso si, a pesar de convertir en realidad habitual el Derecho penal del enemigo en nuestras democracias, continúan perpetrándose o incluso se incrementa el número de atentados terroristas?: ¿Se reintroduciría la tortura como medio de investigación?: ¿se abrirían campos de concentración para enemigos?: ¿se admitiría la detención policial sin intervención judicial?: ¿se aplicaría la pena de muerte bajo la competencia de Tribunales militares de excepción?

La «sobreactuación» plasmada en el fuerte rearme punitivo cristalizado en todos los ordenamientos jurídicos penales y procesales europeos probablemente signifique la primera victoria de los enemigos del sistema y la primera derrota del Estado de Derecho, puesto que habría conseguido menoscabar las libertades ciudadanas y la propia seguridad jurídica.

Si, finalmente, como hemos puesto de relieve a lo largo de las páginas anteriores, este Derecho penal autoritario y de excepción ni siquiera sirve para cumplir los fines que persigue, además de introducir efectos perniciosos que lo deslegitiman de entrada, supone una contradicción más en sí mismo sin posibilidades de solución.

# SISTEMATIZACIÓN DE ERRORES MÉDICOS Y FACTORES LATENTES DE RIESGO

## (UN INSTRUMENTO PARA EL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA Y DE OTRAS FUENTES)

JAVIER DE VICENTE REMESAL  
*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo*

### RESUMEN

**Sistematización de errores médicos y factores latentes de riesgo**  
**(Un instrumento para el análisis de la jurisprudencia y de otras fuentes)**

El presente trabajo tiene por objeto la sistematización de errores médicos y de eventos adversos, así como de los factores latentes de riesgo. Se enmarca en un contexto más amplio, de un proyecto de investigación sobre estrategias para la prevención de riesgos médicos. A ello se debe su contenido y estructura. Su finalidad es facilitar un instrumento de análisis, previo y necesario, para llevar a cabo la citada investigación, u otras semejantes.

**Palabras clave:** Sistematización de errores médicos, sistematización de eventos adversos, sistematización de factores latentes de riesgo.

### ABSTRACT

**Systematization of medical errors and latent risk factors**  
**(An instrument for the analysis of the jurisprudence and of other sources)**

The aim of the present work is the systematizing of medical errors and adverse events, as well as latent risk factors. It is framed in a broader context of a research project on strategies for the prevention of health risks. This explains its content and structuring. Its purpose is to provide a previous and necessary analytical tool to conduct this investigation or any other similar work.

**Key words:** Systematization of medical errors, systematization of adverse events, systematization of latent risk factors.

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
  - II. FUENTES DE INFORMACIÓN: JURISPRUDENCIA.
  - III. TAXONOMÍA DE ERRORES MÉDICOS Y EVENTOS ADVERSOS.
  - IV. FACTORES LATENTES DE RIESGO.
    1. Factores de carácter individual.
    2. Factores de carácter sistémico organizativo.
  - V. CONCLUSIÓN.
-

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se enmarca en un proyecto de investigación sobre errores médicos y eventos adversos<sup>(1)</sup>. Su contenido y particularmente su estructura responden a las características derivadas del mismo como instrumento de análisis, previo y necesario, para llevar a cabo parte de la investigación del citado proyecto mediante la aplicación de un sistema informático de base de datos.

En función de esa finalidad se divide en tres apartados: el primero, referido a la sistematización del análisis de las fuentes de información sobre eventos adversos, que se centra en este caso en la jurisprudencia; el segundo, a la taxonomía de dichos eventos y errores médicos; y el tercero a la sistematización de los factores latentes de riesgo. Para su elaboración —y en particular para la selección de los aspectos relativos a los dos últimos apartados— se han tenido en cuenta múltiples estudios, realizados por organizaciones internacionales, instituciones y doctrina. Me refiero a continuación a algunos de ellos.

Especialmente útiles a estos efectos de estructuración y sistematización de eventos adversos y factores de riesgo han resultado los trabajos realizados por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) (*World Health Organization, WHO*); en particular, entre otros, los programas de seguridad basados en la higiene (*Clean Care is Safer Care*) o en las listas de control de riesgos en intervenciones quirúrgicas (*Safe Surgery Saves Lives*), y sus consiguientes publicaciones *WHO surgical safety checklist*<sup>(2)</sup>, *WHO surgical safety implementation manual*<sup>(3)</sup>, *Global priorities for patient safety research*<sup>(4)</sup> y *WHO guidelines for hand hygiene in health care-summary*<sup>(5)</sup>; todas ellas de gran trascendencia internacional. Asimismo se han consultado los estudios de la ALIANZA MUNDIAL PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE (*World Alliance for Patient Safety*) —creada a partir de 2004 como institución dependiente de la OMS— y especialmente el proyecto denominado «Action on Patient Safety – High 5s»<sup>(6)</sup>, publicado en 2007, en el que se proponen protocolos de intervención estándar para prevenir errores en la medicación en las intervenciones quirúrgicas, en la comunicación y en las infecciones. De hecho, en ese mismo año, la propia OMS asume esos protocolos y los amplía, publicando propuestas para prevenir la seguridad del paciente en campos de actuación que considera especialmente peligrosos, los cuales se integran en este trabajo en la taxonomía de errores y en la sistematización de factores de riesgo.

En el ámbito europeo existen asimismo múltiples iniciativas y disposiciones que han servido de base para la mencionada sistematización. Así, del CONSEJO DE EUROPA,

---

(1) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Responsabilidad de personas físicas y jurídicas en el ámbito médico-sanitario: estrategias para la prevención de errores médicos y eventos adversos», DER2011-22934, del Ministerio de Ciencia e Innovación. IP: Javier de Vicente Remesal.

(2) WORLD HEALTH ORGANIZATION, *WHO surgical safety checklist*, 2009.

(3) WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Implementation Manual WHO Surgical Safety Checklist 2009. Safe surgery saves lives*, 2009.

(4) WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Global priorities for patient safety research*, 2009.

(5) WORLD HEALTH ORGANIZATION, *WHO guidelines on Hand Hygiene in Health Care: a Summary. First Global Patient Safety Challenge Clean Care is Safer Care*, 2009.

(6) WHO WORLD ALLIANCE FOR PATIENT SAFETY, *Action on Patient Safety – High 5s*, 2007.

especialmente la *Recomendación del Consejo, de 9 de junio de 2009, sobre la seguridad de los pacientes, en particular la prevención y lucha contra las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria*<sup>(7)</sup>. En ella, como indica su propio título, se hacen recomendaciones, de carácter general por una parte y, por otra, adicionales para la prevención y control de la salud en casos relacionados con infecciones. En ambos casos han sido una fuente de datos muy relevante, sobre todo para la identificación de los factores latentes de riesgo. Lo mismo puede decirse de las aportaciones del Proyecto Europeo para la creación de la EUNETPAS – EUROPEAN NETWORK FÜR PATIENT SAFETY<sup>(8)</sup>, cuyos objetivos son identificar los indicadores utilizados para mejorar la cultura de la seguridad del paciente, describir sus características y forma de utilización para, finalmente, proporcionar a la comunidad EUNetPaS un catálogo de los indicadores usados por los Estados miembros para mejorar la seguridad del paciente<sup>(9)</sup>. A estos efectos, una de las finalidades principales de esta red europea es promover la formación médica en seguridad del paciente, diseñando un curriculum europeo en el que dicha formación sea parte necesaria y esencial<sup>(10)</sup>.

La mayoría de las disposiciones o recomendaciones de carácter supranacional sobre seguridad del paciente se suscriben y desarrollan a nivel nacional (también a modo de informes, programas, proyectos, etc.), constituyendo igualmente, por tanto, fuentes de información para los fines referidos. De las muchas existentes me limito a citar aquellas que he tenido más en cuenta. De EE.UU., el informe del INSTITUTE OF MEDICINE (IOM), *To Err is Human: Building a Safer Health System*, publicado en 1999<sup>(11)</sup>. Y el que a partir de éste elabora al año siguiente la QUALITY INTERAGENCY COORDINATION (QUIC) TASK FORCE, con el título *Doing What Counts for Patient Safety: Federal Actions to Reduce Medical Errors and Their Impact*<sup>(12)</sup>. Asimismo los trabajos realizados por la AGENCY FOR HEALTHCARE RESEARCH AND QUALITY (AHRQ), dependiente del Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE.UU.: en particular su relevante estudio *Medical Teamwork and Patient Safety: The Evidence-based Relation* —en el que se evalúa la importancia de la formación para el trabajo en equipo para la seguridad del paciente<sup>(13)</sup>—,

---

(7) COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, «Recommendation of 9 June 2009 on patient safety, including the prevention and control of healthcare associated infections», *Official Journal of the European Union*, 3-7-2009, C 151/1-6.

(8) Se trata de un proyecto llevado a cabo entre febrero de 2008 y julio de 2010, financiado por la UE. Cfr: AKTIONSBÜNDNIS PATIENTENSICHERHEIT (APS), *Agenda 2008*, p. 106.

(9) EUROPEAN NETWORK FOR PATIENT SAFETY (EUNETPAS), *Patient Safety Culture Report. Focusing on indicators*, 2010, pp. 4.

(10) EUROPEAN NETWORK FOR PATIENT SAFETY (EUNETPAS), *Compendium of good practices and examples of regulation, legislation and organization in patient safety*. 2010. ROSENRETER, Michael / GROSS, Dominik / SCHÄFER, Gereon, «Pilotprojekt "Patientensicherheit" in der medizinischen Lehre», *GMS Zeitschrift für Medizinische Ausbildung*, 2011 (28) (1), pp. 1-11.

(11) INSTITUTE OF MEDICINE. «To Err is Human: Building a Safer Health System», National Academy of Sciences. Noviembre. 1999, pp. 1-8.

(12) QUALITY INTERAGENCY COORDINATION (QUIC) TASK FORCE, «Doing What Counts for Patient Safety: Federal Actions to Reduce Medical Errors and Their Impact», *Report of the Quality Interagency Coordination Task Force (QuIC) To the President*. Febrero. 2000, p. 37.

(13) BAKER, D.P. / GUSTAFSON, S. / BEAUBIEN, J. / SALAS, E. / BARACH, P., *Medical teamwork and patient safety: the evidence-based relation*. Literature Review. AHRQ (Agency for Healthcare Research and Quality) Publicación núm. 05-0053. Abril. 2005.

así como sus eficientes guías *Five Steps to Safer Health Care*<sup>(14)</sup>, *AHRQ's Efforts to Prevent and Reduce Healthcare-Associated Infections*<sup>(15)</sup>, *20 Tips to Help Prevent Medical Errors. Patient Fact Sheet*<sup>(16)</sup>. Muy importantes han sido también los datos obtenidos de las instituciones o comisiones de acreditación, particularmente de THE JOINT COMMISSION ON ACCREDITATION OF HEALTHCARE ORGANIZATION (JCAHO), en programas, como los referidos a los objetivos nacionales, *National Patient Safety Goal*, centrados en los estándares requeridos y objetivos dirigidos a la seguridad del paciente<sup>(17)</sup>.

Por otra parte, en CANADÁ, el CANADIAN PATIENT SAFETY INSTITUTE (CPSI), también aporta a los efectos propuestos importantes datos en su estudio *The Canadian Adverse Events Study: the incidence of adverse events among hospital patients in Canada*<sup>(18)</sup>. Igualmente, en el REINO UNIDO, hasta el año 2010, los informes —como el *National Reporting and Learning System NRLS*— de la NATIONAL PATIENT SAFETY AGENCY (NPSA), o posteriores a ese año, los de la nueva NHS COMMISSIONING BOARD (NHS CB)<sup>(19)</sup>. Otro tanto cabe decir de los numerosos informes y estudios sobre seguridad del paciente realizados en ALEMANIA por la extraordinariamente activa AKTIONSBÜNDNIS PATIENTENSICHERHEIT (APS). Con vistas a la estructuración de la taxonomía de eventos adversos (así como para las medidas o estrategias preventivas) son muy importantes los resultados y las recomendaciones de sus grupos de trabajo multidisciplinares, pues se constituyen al efecto de analizar los supuestos de errores que más interesa prevenir por su frecuencia o gravedad. Concretamente, dichos grupos han concluido sus trabajos en los siguientes supuestos: seguridad en la terapia con medicamentos<sup>(20)</sup>; registro de errores de tratamiento<sup>(21)</sup>; educación y formación<sup>(22)</sup>; informar,

---

(14) AGENCY FOR HEALTHCARE RESEARCH AND QUALITY (AHRQ). *Five Steps to Safer Health Care. Patient Fact Sheet* AHRQ. Publicación núm. 04-M005. Febrero. 2004.

(15) AGENCY FOR HEALTHCARE RESEARCH AND QUALITY (AHRQ). *HRQ's efforts to prevent and reduce healthcare-associated infections. Fact Sheet* AHRQ Publicación núm. 09-P013. Septiembre. 2009.

(16) AGENCY FOR HEALTHCARE RESEARCH AND QUALITY (AHRQ). *20 tips to help prevent medical errors. Patient Fact Sheet. AHRQ* Publicación núm. 11-0089. Septiembre 2011.

(17) THE JOINT COMMISSION. *National Patient Safety Goal. NPSG 2012*. 2012. Concretamente, los objetivos marcados para 2012 se centran (al igual que los ya previstos para 2013) en los siguientes programas: *Ambulatory Health Care, Behavioral Health Care, Critical Access Hospital, Home Care, Hospital, Laboratory Services, Long Term Care, Office-Based Surgery*. En cada uno de ellos se especifican recomendaciones concretas para prevenir eventos adversos. Destaca en particular los siguientes: *Identify patients correctly, Improve staff communication, Prevent infection, Use medicines safely, Prevent infection, Identify patient safety risks, Prevent mistakes in surgery*.

(18) BAKER, G. Ross / NORTON, Peter G. / FLINTOFT, Virginia / BLAIS, Regis / BROWN, Adalstein / COX, Jafna / ETCHELLES, Ed / GHALI, William A. / HÉBERT, Philip / MAJUMDAR, Sumit R. / O'BEIRNE, Maeve / PALACIOS-DERFLINGER, Luz / REID, Robert J. / SHEPS, Sam / TAMBLYN, Robyn. «The Canadian Adverse Events Study: the incidence of adverse events among hospital patients in Canada», *CMAJ. Canadian Medical Association Journal*. 2004, de 25 de mayo; 170 (11), pp. 1.678-1.686.

(19) SCARPELLO, J., *After the abolition of the National Patient Safety Agency*. *BMJ*. 2010; pp. 341 ss.

(20) (APS). *AG Arzneimitteltherapiesicherheit*. <<http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=arzneimitteltherapiesicherheit>>.

(21) (APS). *AG Behandlungsfehlerregister*. <<http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=node/87>>.

(22) (APS). *AG Bildung und Training*. <<http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=bildung-und-training>>.

aconsejar, decidir<sup>(23)</sup>; riesgos asociados a los medicamentos<sup>(24)</sup>; el paciente anciano en el hospital<sup>(25)</sup>. Y se encuentran en proceso de estudio de los siguientes temas: olvido de cuerpos extraños en el campo operatorio<sup>(26)</sup>; sistema de notificación orientado al usuario I: CIRS en el hospital<sup>(27)</sup>; identificación del paciente<sup>(28)</sup>; evitación de intervenciones en lugar erróneo<sup>(29)(30)</sup>. La alemana APS trabaja en estrecha colaboración con la STIFTUNG FÜR PATIENTENSICHERHEIT (SPS), de SUIZA, que aporta asimismo para los fines de este trabajo importantes datos; especialmente en su programa *ERA–Error&Risk Analysis*. En él, sobre la base del Protocolo de Londres, realiza un análisis sistemático de los errores e incidentes de tratamiento<sup>(31)</sup>, complementado a través de la importante red que ha creado para la notificación de eventos adversos, *Netzwerk Fehlermeldesysteme CIRNET*<sup>(32)</sup>. Finalmente, dejando necesariamente fuera otros muchos informes o recomendaciones de instituciones u organismos a nivel estatal (o local, o de centros sanitarios en particular), se han tenido en cuenta las aportaciones: en DINAMARCA, de la DANISH SOCIETY FOR PATIENT SAFETY (DSFP)<sup>(33)</sup>; en AUSTRALIA, de la agencia gubernamental AUSTRALIAN COMMISSION ON SAFETY AND QUALITY IN HEALTH CARE (ACSQHC)<sup>(34)</sup>, y en ESPAÑA del denominado *Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud*, creado por el MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL.

En la doctrina científica son numerosos los trabajos que, desde diferentes perspectivas y finalidades, abordan la sistematización de eventos adversos y factores de riesgo y que por tanto han constituido un punto de referencia fundamental para éste. El origen del enfoque de los análisis que dan lugar a esos trabajos se encuentra en las investigaciones de J. RASMUSSEN, centradas en la identificación y clasificación de los diferentes tipos de

---

(23) (APS). *AG Informieren – Beraten – Entscheiden*. <<http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=ag-informieren-beraten-entscheiden>>.

(24) (APS). *AG Medizinprodukt-assoziierte Risiken*. <<http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=ag-medizinproduktassoziierte-risiken>>.

(25) (APS). El paciente anciano en el hospital (*Der ältere Patient im Krankenhaus*). <<http://www.aps-ev.de/?q=ag-der-%C3%A4ltere-patient-im-krankenhaus>>.

(26) (APS). *AG Belassene Fremdkörper im OP-Gebiet*. <<http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=ag-unbeabsichtigt-belassene-fremdk%C3%B6rper-im-opgebiet>>.

(27) (APS). *AG Benutzerorientierte Berichtssysteme I: CIRS im Krankenhaus*. <<http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=node/86>>.

(28) (APS). *AG Patientenidentifikation*. <<http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/?q=node/85>>.

(29) (APS). *AG Vermeidung von Eingriffsverwechslungen*. <[http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/apside/07-07-25-\\_EV\\_Flyer.pdf](http://www.aktionsbuendnis-patientensicherheit.de/apside/07-07-25-_EV_Flyer.pdf)>.

(30) Acerca de las actividades más recientes de los diversos grupos, *cfr.* AKTIONSBÜNDNIS PATIENTENSICHERHEIT (APS). *Agenda Patientensicherheit*. 2011, pp. 16-29.

(31) STIFTUNG FÜR PATIENTENSICHERHEIT. *ERA–Error&Risk Analysis*. 2012.

(32) FRANK, Olga / HOCHREUTENER, Marc-Anton / WIEDERKEHR, Peter / STAENDER, Sven, «CIRNET–Aus Fehlern lernen, eine Erfolgsgeschichte», *Therapeutische Umschau*. 2012; 69 (6), pp. 341-346.

(33) MARTIN, Helle Max / LARSEN, Jessica, *Patient involvement in Patient Safety: A literature review about European primary care*. The Danish Institute for Health Services Research for The Danish Society for Patient Safety and the LINNEAUS EURO-PC project. Enero de 2012, pp. 16 ss.

(34) AUSTRALIAN COMMISSION ON SAFETY AND QUALITY IN HEALTH CARE (ACSQHC), *Annual Report 2011/2012*. 2012.

error que se producían en el campo de la industria y de los factores —sobre todo el comportamiento humano— que influían en dichos errores. Es lo que se conoce como sistema o taxonomía basado en habilidades, reglas y conocimientos: *Skills, Rules, Knowledge (SRK) framework*<sup>(35)</sup>. Con este enfoque, aplicado desde la industria a la medicina surgen posteriormente otros muchos trabajos<sup>(36)</sup>, a algunos de los cuales me referiré más adelante al tratar la taxonomía de errores y los factores latentes de riesgo.

## II. FUENTES DE INFORMACIÓN: JURISPRUDENCIA

Entendida la seguridad del paciente como la evitación de eventos no deseados en los procesos organizativos de tratamiento y en la propia ejecución de la praxis médica, las estrategias para el control de errores, tanto sistémicos como individuales, deben responder al proceso de análisis propio de los sistemas de gestión de riesgos, cuya finalidad es despejar o eliminar la incertidumbre sobre los objetivos e introducir, en consecuencia, las medidas preventivas adecuadas y (a efectos de responsabilidad) posibles. La INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO)<sup>(37)</sup> define riesgo como el efecto de la incerteza o incertidumbre (esto es, la falta de conocimiento seguro y claro) sobre los objetivos: *effect of uncertainty on objectives*<sup>(38)</sup>. Dicho proceso de análisis —en el que de forma generalizada se entienden comprendidas las fases de identificación, valoración, tratamiento y control<sup>(39)</sup>— parte, evidentemente, de las fuentes de información sobre riesgos. Éstas pueden ser muy diversas, facilitando datos desde distintas perspectivas: registros de errores de tratamiento, de carácter general (de ámbito nacional, local o institucional), o restringidos a determinados ámbitos en particular (cirugía, anestesia, ginecología, etc.), registros de comunicación de daños (de las compañías de seguros, de los propios hospitales), registros de quejas de los pacientes<sup>(40)</sup>, registros de datos de los sistemas de notificación de eventos adversos (*Critical Incident Reporting System-CIRS*)<sup>(41)</sup> e incluso registros de informes de

---

(35) RASMUSSEN, Jens, «Skills, rules, knowledge; signals, signs, and symbols, and other distinctions in human performance models», *IEEE Transactions on Systems, Man and Cybernetics*, 13, núm. 3, mayo, 1993, pp. 257-266.

(36) REASON, James, «Human error. Cambridge University Press (Nueva York, EE.UU.), 1990. leape, L., A systems analysis approach to medical error», *Journal of Eval. Clin. Pract.*, 1997, 3 de agosto (3), pp. 213-222.

(37) La International Organization for Standardization, mundialmente conocida como ISO, fundada el 23 de febrero de 1947 y con sede en Ginebra, es un organismo internacional de estandarización compuesto por representantes de diversas organizaciones de estándares nacionales.

(38) PURDY, Grant, «Setting a New Standard for Risk Management», *Risk Analysis*, 2010, vol. 30, núm. 6, pp. 881-886.

(39) GAUSMANN, Peter, *Klinisches Risikomanagement –Konzeptionierung und empirische Evidenz eines computergestützten Beratungsverfahrens für Krankenhäuser*. Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades Dr. phil. der Pädagogischen Hochschule Weingarten. 2010, p. 34. LÜMMER, Dorothee Rose, *Risikomanagement im Gesundheitswesen – Eine ökonomische Nutzen-Analyse unter Einbezug der Haftpflichtversicherungsprämien*. Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Wirtschaftswissenschaften, 2011, pp. 22-29.

(40) KATZENMEIER, Christian, *Patientenrechtgesetz: Kodifizierung ohne Zugewinn*. Deutsches Ärzteblatt. 12011; 108 (37), pp. 1.885-1.886.

(41) WHO WORLD ALLIANCE FOR PATIENT SAFETY. *WHO Draft Guidelines for Adverse Event Reporting and Learning Systems – From Information to Action*. 2005, pp. 22-23. En la doctrina alemana, CARTES, María Inés, «Das 3Be-System. Das Berichts-, Bearbeitungs- und Berichts-System für Beinahe-Zwischenfälle». *Medizinische*

inspecciones de seguridad. Para una gestión de riesgos efectiva es deseable valorar y poner en práctica conjuntamente las informaciones de riesgos de los diferentes sistemas de información<sup>(42)</sup>.

A cada una de dichas fuentes podría adaptarse la sistematización correspondiente. La que aquí se expone, referida como se ha dicho a la jurisprudencia, presupone, como la mayoría de las fuentes citadas, el análisis de la adopción de medidas (organizativas, técnicas, normativo-sancionadoras, etc.) a partir ya de la causación de un daño (con independencia de que hayan dado lugar, o no, a una sentencia condenatoria). Debe complementarse por tanto con el recurso a otras fuentes que permitan la implementación de medios de control de riesgos en la fase de resultados de peligro antes de que deriven en resultados de lesión. Todo ello en atención a la denominada «seguridad basada en el comportamiento» *Behavior-Based Safety – BBS*<sup>(43)</sup> y sobre la base de que la mayoría de los errores radican en factores humanos, tanto en las actividades de riesgo en general<sup>(44)</sup> como en el ámbito médico en particular: influencias de organización (*Organizational Influences*), supervisión insegura (*Unsafe Supervision*), precondiciones para actos inseguros (*Preconditions to Unsafe Acts*) y actos inseguros (*Unsafe Acts*)<sup>(45)</sup>.

La siguiente sistematización de análisis de sentencias comprende los apartados que se consideran más relevantes. En todos ellos (al igual que en la sistematización de errores médicos y factores latentes de riesgo, que se expondrán más adelante) se incluye el apartado «otros» u «otros casos», para introducir los supuestos no recogidos expresamente, dada la imposibilidad de contemplarlos de forma exhaustiva.

### TRIBUNAL:

- Tribunal Supremo.
- Tribunal Superior de Justicia.
- Audiencia Provincial.
- Audiencia Nacional.
- Otros.

---

*Hochschule*, Hannover, 2008, pp. 14-28. HOFFMANN, B. / ROHE, J., «Patient Safety and Error Management—What Causes Adverse Events and How Can They Be Prevented?», *Deutsches Ärzteblatt International* 107, núm. 6, 2010, pp. 92-99. En la doctrina española, ROMEO CASABONA, Carlos María / URRUELA MORA, Asier, *El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de incidentes y eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales*. Ministerio de Sanidad y Política Social. Informes, Estudios e Investigación. 2009.

(42) HART, Dieter, «Patientensicherheit, Risikomanagement, Arzneimittelbehandlung und Arzthaftungsrecht; zugleich ein Beitrag zur Krankenhausorganisationshaftung», *Medizinrecht*, 2007 (25), pp. 383-393 (386). *Id.*, «Patientensicherheit, Fehlermanagement, Arzthaftungsrecht – zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Bedeutung von Empfehlungen», *Medizinrecht*, 2012 (30), pp. 1-15 (4).

(43) HOWE, Jim, *A Union Critique of Behavior-Based Safety*. UAW, Health and Safety Department, Publicación 14. Versión 3, noviembre de 2001, p. 3.

(44) TAYLOR-ADAMS, Sally / VINCENT, Charles, *Systems analysis of clinical incidents: the London protocol*. Londres: Clinical Safety Research Unit, University College, 2004.

(45) ELBARDISSI, Andrew W. / WIEGMANN, Douglas A. / DEARANI, Joseph A. / DALY, Richard C. / SUNDT, Thoralf M., «Application of the Human Factors Analysis and Classification System. Methodology to the Cardiovascular Surgery Operating Room», *Annals of Thoracic Surgery*, 2007 (83), pp. 1.412-1.419.

JURISDICCIÓN/PROCEDIMIENTO:

- Contencioso Administrativo.
- Civil.
- Penal.
- Otros.

ESPECIALIDAD MÉDICA CENTRAL:

- Obstetricia y Ginecología.
- Cirugía (y Neurocirugía).
- Anestesia.
- Otros.

RESULTADO PRODUCIDO:

- Muerte.
- Lesiones físicas o psíquicas.
- Secuelas (físicas o psíquicas).
- Otros.

FALLO CONDENATORIO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO:

- Concurrencia de culpa.
- Otros.

FALLO ABSOLUTORIO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO:

- Ausencia de relación de causalidad y/o imputación objetiva.
- Ausencia de culpa (actuación de acuerdo con la *lex artis*).
- Otros.

FALLO CONDENATORIO CIVIL:

- Concurrencia de culpa.
- Otros.

FALLO ABSOLUTORIO CIVIL:

- Ausencia de relación de causalidad y/o imputación objetiva.
- Ausencia de culpa (actuación de acuerdo con la *lex artis*).
- Otros.

FALLO CONDENATORIO PENAL:

- Dolo.
- Imprudencia profesional.

- Imprudencia grave.
- Imprudencia leve
- Otros.

### FALLO ABSOLUTORIO PENAL:

- Ausencia de relación de causalidad y/o imputación objetiva.
- Ausencia de dolo e imprudencia.
- Concurrencia de causas de justificación.
- Otros.

### SUJETO/S CONDENADO/S:

- Cirujano/a.
- Anestesta.
- Ginecólogo/a.
- Otro facultativo, general o especialista.
- M.I.R.
- Enfermero/a.
- Comadrón/Comadrona.
- El propio centro, como persona jurídica.
- Persona/s (física/s) de la Dirección o Gerencia.
- Otros.

### III. TAXONOMÍA DE ERRORES MÉDICOS Y EVENTOS ADVERSOS

Desde la perspectiva de la cultura proactiva de la seguridad, frente a la reactiva de la inculpación o culpabilización (*Safety Culture* vs. *Culture of Blame*; o *Kultur der Schuldzuweisung* vs. *Fehlerkultur*) los datos más relevantes extraídos de las fuentes de información deben referirse a la identificación de los errores y de los factores latentes de riesgo<sup>(46)</sup>. El enfoque centrado en el análisis personal (*person-centred analysis approach*) —basado en la actitud de negar los problemas hasta que ya no pueden ignorarse, su atribución a fallos individuales y la reticencia a notificar los errores por miedo a las consecuencias— debe dar paso a una cultura de la seguridad de enfoque sistémico (*systems-centred approach*), que acepta la responsabilidad, trata los problemas como una oportunidad para aprender, entiende que los incidentes radican en causas múltiples y busca activamente la forma de mejo-

---

(46) PIZZI, Laura T. / GOLDFARB, Neil I. / NASH, David B., *Chapter 40. Promoting a Culture of Safety*. En: AHRQ AGENCY FOR HEALTHCARE RESEARCH AND QUALITY, *MAKING HEALTH CARE SAFER: A CRITICAL ANALYSIS OF PATIENT SAFETY PRACTICES. Evidence Report/Technology Assessment*, núm. 43. AHRQ Publicación núm. 01-E058, julio de 2001, pp. 447 ss.

rar<sup>(47)</sup>. Y para ello es fundamental la previa identificación de los errores. El problema más difícil de corregir es aquél que no se conoce. Por el contrario, cuanto más amplia, exacta y contrastada sea la información, tanto más eficaces pueden ser las medidas de prevención.

La estructuración de errores médicos y eventos adversos que aquí se propone (así como la posterior sobre factores latentes de riesgo) obedece a esa finalidad. Elaborada sobre la base de múltiples trabajos publicados al respecto, tanto por la doctrina (de los que aquí no procede incluso su simple mención) como por organismos e instituciones nacionales e internacionales<sup>(48)</sup>, compañías de seguros<sup>(49)</sup>, etc., comprende la fase o ámbito de la práctica clínica en que los errores aparecen y atiende asimismo a las modalidades de producción.

En las fases previas o iniciales del tratamiento los errores pueden radicar en el consentimiento informado del paciente y en el diagnóstico. En el primer caso, la variedad de posibles supuestos se corresponde sobre todo con el incumplimiento de la diversidad de requisitos legalmente exigidos al propio consentimiento o a la información previa al mismo, cuya normativa estatal básica en España a estos efectos es la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*<sup>(50)</sup>. Dichos requisitos se refieren fundamentalmente a la capacidad de comprensión y decisión del sujeto que consiente y a la forma, contenido y momento de la información que da lugar al consentimiento<sup>(51)</sup>. En el segundo caso, los errores de diagnóstico comprenden los supuestos en los que el facultativo emite (u omite) el correspondiente diagnóstico apartándose del estándar o de la *lex artis*. Se incurre en un error de diagnóstico cuando un médico, como consecuencia de su negligencia o falta de atención, o por carecer de preparación suficiente, no aprecia adecuadamente una sintomatología o cuadro clínico; cuando no aplica los elementales medios de control, o cuando no reexamina un diagnóstico previo en contra de lo que resulta indicado por un tratamiento o investigación posterior<sup>(52)</sup>. Por otra parte, en muchos casos —entre ellos, por

---

(47) VAN BEUZEKOM, M. / BOER, F. / AKERBOOM, S. / HUDSON, P., «Patient safety: latent risk factors», *British Journal of Anaesthesia* 105 (1) 2010, pp. 52–99 (57). FRANK, Olga / HOCHREUTENER, Marc-Anton / WIEDERKEHR, Peter / STAENDER, Sven, «CIRNET—Aus Fehlern lernen, eine Erfolgsgeschichte», *Therapeutische Umschau*, 2012; 69 (6), pp. 341-346.

(48) AMERICAN SOCIETY OF HOSPITAL PHARMACISTS, «ASHP guidelines on preventing medication errors in hospitals», *American Journal of Hospital Pharmacy*, 1993 (50), pp. 305–314 (209-210). NATIONAL COORDINATING COUNCIL FOR MEDICATION ERROR REPORTING AND PREVENTION (NCC MERP), *NCC MERP Taxonomy of Medication Errors*. 2001, pp. 13-18.

(49) PETRY, Franz Michael, «Haftpflichtschäden in chirurgischen Abteilungen deutscher Krankenhäuser Zahlen, Ursachen und Konsequenzen», *Ecclesia Versicherungsdienst GmbH*, BDCIOnline – 01-06-2009.

(50) Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica., publicada en el BOE de 15 de noviembre de 2002.

(51) Entre otros, en la doctrina española, SANCHO GARGALLO, Ignacio, «Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado», *InDret*, 2/2004, pp. 1-24. En la doctrina alemana, MÜLLER-HEGEN, Michael, *Die Haftung für Aufklärungsfehler im Arztrecht unter besonderer Berücksichtigung ihrer dogmatischen Grundlagen*. Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz, 2005, pp. 209 ss. WEBER, Carolin Christin, «Organisation der Patientenaufklärung. Grundlagen aus juristischer Sicht», en: BERGMANN, Karl Otto; KIENZLE, Hans-Friedrich (eds.), *Krankenhaushaftung. Organisation, Schadensverhütung und Versicherung – Leitfaden für die tägliche Praxis*, 3.ª ed., 2010, pp. 125-171.

(52) GAUSMANN, Peter, *Klinisches Risikomanagement*, op. cit., 2010, p. 49.

ejemplo, los relacionados con las denominadas acciones de *wrongful birth* y *wrongfull live*<sup>(53)</sup>—, los eventos adversos radican en una ausencia de diagnóstico, o en un diagnóstico demasiado tardío.

La estructuración los dos grupos de casos mencionados comprende —en catálogo abierto como se indicó— los siguientes supuestos:

### CONSENTIMIENTO INFORMADO

- Actuación en contra del consentimiento expreso del paciente.
- Actuación sin el consentimiento del paciente: vicios de información:
  - Errores relativos a quién debe facilitar la información.
  - Errores relativos a quién es el destinatario de la información.
  - Errores relativos a la forma de realización de la información.
  - Errores relativos al contenido de la información.
  - Errores relativos al momento de la información:
    - Información tardía.
    - No renovación del consentimiento en casos legalmente exigibles.
    - Otros casos.
  - Otros casos.
- Deficiencias o errores en la información terapéutica:
  - Sobre las pautas de medicación.
  - Sobre posteriores reconocimientos médicos necesarios.
  - Otros casos.
- Otros casos.

### DIAGNÓSTICO.

- Utilizar métodos diagnósticos absolutamente ajenos al estándar o a la *lex artis*:
  - las pruebas realizadas son insuficientes,
  - las pruebas realizadas son superficiales,
  - las pruebas realizadas son obsoletas,
  - otros casos.
- Utilización de los denominados métodos «alternativos».
- Interpretación errónea de un cuadro clínico.

---

(53) MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de «wrongful birth» y «wrongfull live»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. LEJEUNE, Christine, *Das Kind als Vermögensschaden*. Europäischer Hochschulverlag GmbH & Co. KG, Bremen, 2009.

- No realización de nuevas pruebas cuando el diagnóstico inicial deviene erróneo o insuficiente.
- Diagnóstico tardío, o retraso en el diagnóstico:
  - de apendicitis aguda,
  - del síndrome de Down,
  - otros casos.
- Otros casos.

No cabe duda de que el mayor número de casos de errores médicos y eventos adversos se produce en la fase de tratamiento. Sus posibilidades de sistematización son muy diversas. La que aquí se propone comprende, por una parte, los supuestos relativos al tratamiento desde una perspectiva general, a las complicaciones simultáneas o posteriores al mismo (referido éste fundamentalmente a las intervenciones quirúrgicas), y al seguimiento del estado del paciente. El resto de supuestos se estructura, por otra parte, en bloques sistemáticos: unos en función de grupos de casos de errores (cirugía en lugar erróneo, confusión de paciente, olvido de cuerpos extraños en el campo quirúrgico) y otros en atención a las modalidades quirúrgicas o terapéuticas de intervención (inyecciones, goteros, extracciones de sangre, transfusiones sanguíneas, anestesia), entre las cuales el tratamiento con medicamentos ha requerido una sistematización más detallada, por considerar necesario estructurarla atendiendo a las fases del proceso de medicación. Dejando para más adelante este último punto, me referiré ahora brevemente a los anteriores.

El porcentaje más alto de errores de tratamiento corresponde a la aplicación de terapias o procedimientos equivocados o inadecuados; y en mucha menor medida a casos en que no se aplica terapia alguna, o se aplica demasiado tarde. Los porcentajes se sitúan, según datos de 2009 de ECCLESIA VERSICHERUNGSDIENST GMBH, en un 32,5% en el primer caso y en un 7,5% en el segundo<sup>(54)</sup>. Por otra parte, los eventos adversos derivados de complicaciones sobrevenidas no constituyen por sí mismos errores médicos, pues habrá que analizar si la complicación ha sido consecuencia del azar o de una acción y omisión equivocada y recriminable del facultativo<sup>(55)</sup>. De hecho, por ejemplo, según datos de la Fundación suiza *STIFTUNG SPO PATIENTENSCHUTZ*<sup>(56)</sup>, la mayoría de las 4.000 consultas que anualmente se le hacen a la Fundación se refieren a complicaciones en las que no se ha apreciado error médico alguno.

Los supuestos de cirugía en lugar erróneo y de confusión de paciente (*Wrong-Site and Wrong-Patient Procedures*) siguen produciéndose e incluso parece que no se aprecia en ellos una disminución significativa a pesar de los protocolos o *checklisten* específicos para evitarlos. Los más frecuentes tienen lugar en cirugía de columna, procedimientos

---

(54) BACHINGER, Roman / KRAUSE, Axel (2010), «Aktionstage Patientensicherheit im Krankenhaus der Barmherzigen Schwestern Ried», *Qualitas* 01/2010, p. 36.

(55) MAYER, Barbara / RIEGER, Martin, «11 477 Gutachten durch den MDK in 2009: Behandlungsfehler oder Komplikation», MDK – Medizinischer Dienst der Krankenversicherung. MDK Forum (4), 2010, pp. 17-18.

(56) SCHLUMPF, Rolf / KESSLER, Margrit, «Mit Behandlungsfehlern und Komplikationen umzugehen, ist eine Kunst», *Journal Swiss Knife* (4) 2011, pp. 12-13.

vasculares, resección de órganos y resección de extremidades. En un estudio realizado en Colorado (EE.UU.) entre 2002 y 2008 en el que se analizaron 27.370 eventos adversos se identificaron 29 casos de confusión de paciente y 119 de intervención en lugar erróneo o de órgano equivocado, derivándose de ello consecuencias graves (incluso la muerte en un caso) en un 20% en el primer supuesto y en un 35,5% en el segundo. Y dichos errores afectaban tanto a especialidades quirúrgicas (cirugía general, obstetricia, ginecología, anestesiología, cirugía ortopédica, etc.) como no quirúrgicas: medicina interna, radiología, dermatología no quirúrgica, etc.<sup>(57)</sup>. Por el contrario, el olvido de cuerpos extraños en el campo quirúrgico ha disminuido en los últimos tiempos como consecuencia de la introducción de nuevas técnicas para la detección de dichos cuerpos (por ejemplo, incorporación de un filamento metálico a las gasas quirúrgicas para su detección electromagnética), la modernización de los procesos anestésicos o la aplicación adecuada de los protocolos. Sin embargo sigue siendo un problema actual con una frecuencia, en Alemania, de 1:5.500 intervenciones aproximadamente<sup>(58)</sup>.

Los errores, los meros incidentes y las reacciones no deseadas en la aplicación de inyecciones, goteros (infusiones), extracciones de sangre y transfusiones no son tampoco infrecuentes<sup>(59)</sup> e introducen, en lo que se refiere a la determinación de la responsabilidad, el problema añadido del alcance de las delegaciones en la división vertical del trabajo, pues en muchas ocasiones dichas acciones se llevan a cabo por personal no médico, generalmente de enfermería, a veces con la participación también de otro personal auxiliar en la atención médica<sup>(60)</sup>.

La puesta en peligro de la seguridad del paciente en las transfusiones sanguíneas puede radicar en la propia aplicación del producto sanguíneo, pero generalmente se origina como consecuencia del proceso de transfusión, que comprende una sucesión de pasos interconectados, en los que intervienen varias personas, que pasan por la prescripción, la solicitud del producto sanguíneo, la identificación del paciente, la extracción y rotulado de sus muestras sanguíneas, la realización de pruebas de compatibilidad, la orden de salida del producto, su transporte y recogida en el hospital, la manipulación de las bolsas de sangre en el área clínica y finalmente su administración al paciente y control posterior del mismo<sup>(61)</sup>. En cada una de estas fases es posible incurrir en errores en su realización<sup>(62)</sup>,

---

(57) STAHEL, Philip F. / SABEL, Allison L. / VICTOROFF, Michael S. / VARNELL, Jeffrey / LEMBITZ, Alan / BOYLE, Dennis J. / CLARKE, Ted J. / SMITH, Wade R. / MEHLER, Philip S., «Wrong-Site and Wrong-Patient Procedures in the Universal Protocol Era: Analysis of a Prospective Database of Physician Self-reported Occurrences», *JAMA Surgery. Archives of Surgery*. 2010; 145 (10), pp. 978-984.

(58) LANG, J.M. / UHL, E., «Der versehentlich belassene Fremdkörper: ein unbeabsichtigtes Implantat», *Journal für Neurologie, Neurochirurgie und Psychiatrie*, 2009; 10 (4), pp. 14-17.

(59) ULSENHEIMER, Karl, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4.ª ed. C.F. Müller, Verlagsgruppe Hülthig Jehle Rehm GmbH. Heidelberg, Munich, Landsberg, Berlín, 2008, p. 76.

(60) SCHELL, Werner, *Injektionsproblematik aus rechtlicher Sicht*, 5.ª ed., Brigitte Kunz Verlag. 2001, pp. 28 ss.

(61) WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Clinical Transfusion Process and Patient Safety. Aide-Mémoire for National Health Authorities and Hospital Management*. WHO/EHT/10.05. 2010, pp. 1-2.

(62) STAINSBY, Dorothy, «Errores en medicina transfusional», *Anesthesiology Clinics of North America*, 23 (2005) pp. 253-261.

que pueden dar lugar a meros incidentes, pero también a tan graves consecuencias como la muerte del paciente<sup>(63)</sup>.

La incorrecta administración de la anestesia también suele causar eventos adversos —incluso muy graves— en la salud del paciente. Sobre todo en casos de emergencia el anestesista puede tomar decisiones equivocadas. Sin embargo, los incidentes anestésicos calificables de errores no constituyen un porcentaje elevado, si bien sobre esta apreciación caben múltiples relativizaciones (en función, por ejemplo, de la forma de obtención de los datos, del método retrospectivo o prospectivo, del anonimato o no en la manifestación de datos, etc.). Los sistemas formales de reportes o informes (*formal incident reporting systems*) ofrecen una base adecuada (en principio mayor que la derivada de las respuestas a un formulario) para el análisis de datos.

En lo que se refiere a los errores en la aplicación de medicamentos anestésicos, los incidentes (dejando fuera los meros errores de escritura, *clerical errors*) no suelen superar el 1%, y los auténticos errores no llegan al 0,20%. En un estudio realizado en Noruega supusieron el 0,11% sobre un total de 55.426 intervenciones practicadas<sup>(64)</sup>; y en otro realizado en Japón el 0,17% sobre 27.454 intervenciones<sup>(65)</sup>. En atención a las fases del proceso anestésico, en el que se calcula que el anestesista tiene que realizar unos 40 pasos en un tiempo relativamente corto, la mayoría de los errores se producen durante la fase de administración (53%), seguidos de la prescripción (17%), preparación (14%) y la transcripción (11%)<sup>(66)</sup>.

Los factores desencadenantes del riesgo pueden ser diversos, pero se encuentran en un primer plano los factores humanos<sup>(67)</sup>. Junto al diseño y mantenimiento del equipo, la dotación del personal adecuado, o los fallos de comunicación entre los miembros del equipo, son especialmente relevantes entre los riesgos latentes (hasta en un 41%) los déficits en conocimientos o habilidades por parte de los facultativos para aplicar los procedimientos o técnicas correctamente<sup>(68)</sup>. Según el estudio de COOPER, de 1978, *Preventable Anesthesia Mishaps. A Study of Human Factors*<sup>(69)</sup> y otro posterior suyo, de 2009, *Human factors contributing to medication errors in anaesthesia practice*<sup>(70)</sup> el 82% de los errores en anestesia

---

(63) BOLTON-MAGGS, Paula (ed.) / COHEN, Hannah, on behalf of the SERIOUS HAZARDS OF TRANSFUSION (SHOT) STEERING GROUP. *The 2011 Annual SHOT Report*. Serious Hazards of Transfusion (SHOT) Steering Group. 2012, pp. 26-92.

(64) FASTING, S. / GISVOLD, S.E., «Adverse drug errors in anesthesia, and the impact of coloured syringe labels», *Canadian Journal of Anesthesia/Journal canadien d'anesthésie*, noviembre de 2000; 47 (11), pp. 1.060-1.067.

(65) YAMAMOTO, Mamoru / ISHIKAWA, Seiji / MAKITA, Koshi, «Medication errors in anesthesia: an 8-year retrospective analysis at an urban university hospital», *Journal of Anesthesia*, 2008 (22), pp. 248-252.

(66) KOTHARI, Dilip / GUPTA, Suman / SHARMA, Chetan / KOTHARI, Saroj, «Medication error in anaesthesia and critical care: A cause for concern», *Indian Journal of Anaesthesia*, 2010 (54), pp. 187-192.

(67) ARNSTEIN, F., «Catalogue of human error», *British Journal of Anaesthesia* 1997; (79), pp. 645-656.

(68) VAN BEUZekom, M. / BOER, F. / AKERBOOM, S. / HUDSON, P., «Patient safety: latent risk factors», *British Journal of Anaesthesia*, 2010 (105) (1), pp. 52-59.

(69) COOPER, Jeffrey / NEWBOWER, Ronald S. / LONG, Charlene D. / MCPEEK, Bucknam, «Preventable Anesthesia Mishaps: A Study of Human Factors», *Anesthesiology*, 1978 (49), pp. 399-406.

(70) COOPER, L. / DIGIOVANNI, N. / SCHULTZ, L. / TAYLOR, R.N. / NOSSAMAN, B., *Human factors contributing to medication errors in anaesthesia practice*. American Society of Anesthesiologists. ASA; 2009. p. A614.

son debidos a factores humanos. Los de mayor frecuencia son los siguientes: experiencia total inadecuada; falta de familiarización o conocimiento del equipo o de los dispositivos; falta de comunicación con el equipo; prisa, desatención y descuido; fatiga o carga de trabajo; deficiente formación, entrenamiento o experiencia, etc. Una medida que en muchos países y desde hace bastante tiempo ha demostrado su eficacia para la prevención de errores en anestesia es la notificación de eventos adversos. En este sentido, el conocido como sistema SENSAR, SISTEMA ESPAÑOL DE NOTIFICACIÓN EN SEGURIDAD EN ANESTESIA Y REANIMACIÓN<sup>(71)</sup>, constituye en España asimismo un gran avance.

La sistematización de todos los apartados antes referidos es la siguiente:

### TRATAMIENTO (EN GENERAL) DEL PACIENTE

- Aplicación de terapia o procedimiento equivocados o inadecuados:
  - muy peligrosos según el cuadro clínico del paciente,
  - muy complicados, que requieren medios o habilidades especiales,
  - obsoletos, infrecuentes o en desuso,
  - aplicación de los denominados «métodos alternativos»,
  - otros casos.
- Se omite aplicar una terapia o procedimiento.
- Aplicación demasiado tardía de terapia o procedimiento:
  - retraso en los análisis o exploraciones previas.
  - retraso en el aviso al médico especialista o en la llegada de éste.
  - retraso en el traslado a otra unidad o centro.
  - otros casos.
- Otros casos.

### COMPLICACIONES EN LA INTERVENCIÓN Y/O POSTOPERATORIAS

- Falta de previsión de una complicación operatoria:
  - posibilidad de producción de fuerte hemorragia,
  - otros casos,
- Falta de control de la complicación en la intervención.
- Imprevisión de complicaciones posteriores a la intervención:
  - no cicatrización de las heridas,
  - trombosis,

---

En: KOTHARI, Dilip / GUPTA, Suman / SHARMA, Chetan / KOTHARI, Saroj. «Medication error in anaesthesia and critical care: A cause for concern», *Indian Journal of Anaesthesia*, 2010 (54), pp. 187-192, tabla 2, nota 26.

(71) BARTOLOMÉ RUIBAL, Antonio / GÓMEZ-ARNAU DÍAZ-CAÑABATE, Juan I. / ARNAL VELASCO, Daniel / PUEBLA GIL, Gonzalo / SANTA-ÚRSULA TOLOSA, José Antonio / MARZAL BARÓ, José María / GARCÍA DEL VALLE MANZANO, Santiago, *Un sistema nacional de comunicación de incidentes en anestesia. El Sistema Español de Notificación en Seguridad en Anestesia y Reanimación (SENSAR)*, 2010.

- ulceraciones: úlcera por presión,
- infecciones: infecciones nosocomiales,
- otros casos.

- Otros casos.

#### SEGUIMIENTO DEL ESTADO DEL PACIENTE

- Envío prematuro a planta.
- Alta prematura o precipitada.
- Otros casos.

#### CIRUGÍA EN LUGAR ERRÓNEO

- Cirugía de columna en lugar equivocado.
- Colocación equivocada del tubo torácico.
- Procedimiento vascular equivocado.
- Resección de órgano equivocado.
- Resección equivocada de extremidad superior:
  - mano,
  - codo,
  - otros casos.
- Resección equivocada de extremidad superior:
  - rodilla,
  - pie,
  - otros casos.
- Ovariectomía unilateral equivocada.
- Intervención ureteral equivocada.
- Cirugía en ojo equivocado.
- Craneotomía unilateral errónea.
- Otros casos.

#### CONFUSIÓN DE PACIENTE

- En intervenciones quirúrgicas.
- En tratamiento con medicamentos.
- Otros casos.

#### OLVIDO DE CUERPOS EXTRAÑOS EN EL CAMPO QUIRÚRGICO

- Olvido de gasas, torundas, compresas, tampones o similares.
- Olvido de instrumental quirúrgico:

- pinzas,
- tijeras,
- otros casos.

- Otros casos.

### INYECCIONES, GOTEROS (INFUSIONES), EXTRACCIONES DE SANGRE

- Lesiones anormales.
- Infecciones derivadas.
- Contagio de enfermedades.
- Otros casos.

### TRANSFUSIONES SANGUÍNEAS

- Error ya en la decisión clínica de indicación de la transfusión.
- Error en la toma de muestras o tests previos del paciente:
  - muestras o tests insuficientes o inadecuados,
  - confusión de paciente,
  - otros casos.
- Errores en la solicitud de sangre.
- Errores en el envío de sangre.
- Errores en la administración:
  - transfusión de sangre no compatible,
  - retraso en la transfusión,
  - errores en la técnica de transfusión:
    - forma inapropiada de transfusión,
    - velocidad inadecuada de transfusión,
    - vía errónea de aplicación,
    - otros casos,
  - confusión de paciente,
  - otros casos.
- Errores en la documentación de la transfusión.
- Contagio de enfermedades por la transfusión:
  - hepatitis C,
  - virus HTLV I/II,
  - otros casos.
- Otros casos.

## ANESTESIA

- Errores técnicos (independientes de la medicación anestésica):
  - Desconexión del circuito respiratorio,
  - Problemas de flujo y suministro de gas,
  - Desconexión del aparato intravenoso,
  - Mal funcionamiento del laringoscopio,
  - Extubación prematura,
  - Error de conexión del circuito de respiración,
  - Hipovolemia,
  - Cambio de posición del dispositivo traqueal,
  - Otros casos.
- Errores en la aplicación de medicamentos anestésicos:
  - Errores de dosificación:
    - sobredosis,
    - dosis insuficiente,
    - otros casos.
  - Administración de medicamento equivocado.
  - Omisión de aplicación de medicamento.
  - Vía o ruta de administración incorrecta.
  - Velocidad de administración demasiado rápida o demasiado lenta.
  - Otros casos.
- Otros casos.

Como indicaba anteriormente, la sistematización de los errores médicos relacionados con medicamentos requiere una estructuración por fases, pues dichos errores pueden producirse en cualquier momento del proceso de medicación. Según la definición estándar propuesta por THE NATIONAL COORDINATING COUNCIL FOR MEDICATION ERROR REPORTING AND PREVENTION (NCC-MERP), error de medicación es cualquier evento prevenible que puede causar un daño al paciente o conducir a un uso inapropiado de la medicación mientras ésta se encuentra bajo el control del profesional de la salud, del paciente o del consumidor. Tales eventos pueden estar relacionados con la práctica profesional, con los productos, procedimientos y sistemas, incluyendo la prescripción, la comunicación, el etiquetado, el embalaje o envasado, la nomenclatura, la composición, la dispensación, distribución, administración, educación, vigilancia o seguimiento y uso<sup>(72)</sup>.

---

(72) THE NATIONAL COORDINATING COUNCIL FOR MEDICATION ERROR REPORTING AND PREVENTION (NCC MERP), *About Medication Errors. What is a Medication Error?*, <<http://www.nccmerp.org/aboutMedErrors.html>>.

Resumidamente, los errores de medicación pueden presentarse, por tanto, en las fases de prescripción, transcripción, validación, preparación, dispensación, administración y seguimiento. Pueden afectar, entre otros, a los siguientes aspectos: dosis (omitida, duplicada o errónea); medicamento (omitido o erróneo); horario; intervalo posológico; vía de administración (por ejemplo, IV o IM); velocidad de administración; método de administración; condiciones de preparación (mezclas IV, etc.); duplicidad; duración del tratamiento, etc. Y sus causas pueden radicar, entre otras, en: falta de conocimientos sobre el medicamento o sobre paciente; incumplimiento de normas/protocolos; fallos de memoria/descuidos; prescripción ilegible/incompleta; identificación equivocada del paciente; fallos de preparación del medicamento en la unidad de hospitalización o en el servicio de farmacia; fallos en la revisión de la dispensación; seguimiento inadecuado, etc.

Esta sistematización, así como otras muchas, podría desglosarse hasta el más mínimo detalle, según la finalidad que se persiga<sup>(73)</sup>. La que aquí se propone, para que resulte practicable a los fines señalados al principio de este trabajo, parte de la clasificación de la AMERICAN SOCIETY OF HOSPITAL PHARMACISTS (ASHP)<sup>(74)</sup> y de la taxonomía, más detallada, del citado THE NATIONAL COORDINATING COUNCIL FOR MEDICATION ERROR REPORTING AND PREVENTION (NCC-MERP)<sup>(75)</sup>, comprendiendo los siguientes apartados:

### MEDICACIÓN Y MEDICAMENTOS

- Errores en la fase de prescripción:
  - selección de medicamento erróneo,
  - prescripción de dosificación inapropiada,
    - en la forma de dosificación,
    - en la cantidad,
    - en la concentración o tasa de administración,
    - otros casos,
  - prescripción de vía de administración inadecuada,
  - instrucciones inadecuadas para el uso de la medicación,
  - fallos en la comunicación oral o escrita:

---

(73) OTERO LÓPEZ, M. J. / CODINA JANÉ, C. / TAMÉS ALONSO, M. J. / PÉREZ ENCINAS, M., «Errores de medicación: estandarización de la terminología y clasificación», *Farmacia Hospitalaria*, vol. 27, núm. 3, 2003, pp. 137-149. Siguen una clasificación muy semejante a la realizada por el NCC-MERP, citado en el texto, en este estudio que han realizado con el objetivo de elaborar una terminología y una taxonomía de los errores de medicación que permitan estandarizar su detección, análisis, clasificación y registro, sobre la base del estudio de 423 errores de medicación recogidos en los hospitales participantes.

(74) AMERICAN SOCIETY OF HOSPITAL PHARMACISTS. ASHP, «ASHP Guidelines on Preventing Medication Errors in Hospitals», *American Journal of Hospital Pharmacy*, 1993 (50), pp. 305-314.

(75) THE NATIONAL COORDINATING COUNCIL FOR MEDICATION ERROR REPORTING AND PREVENTION (NCC MERP), *NCC MERP Taxonomy of Medication Errors*. <<http://www.nccmerp.org/pdf/taxo2001-07-31.pdf>>.

- equivocarse al decirlo, escribirlo, oírlo o leerlo,
  - utilización inadecuada de abreviaturas,
  - otros casos,
- otros casos.
- Errores en la fase de transcripción/validación:
  - no enviar o enviar tarde la orden a farmacia,
  - error en la identificación del paciente,
  - fallos en la comunicación:
    - error en el propio proceso de transcripción,
    - error en la interpretación de la orden médica,
    - otros casos,
  - otros casos.
- Errores en la fase de preparación:
  - dilución o reconstitución incorrecta,
  - mezcla de medicamentos incompatibles,
  - otros casos.
- Errores en las fases de dispensación/envasado/almacenamiento:
  - no dispensación de la orden de medicación:
    - el medicamento no sale de farmacia: olvido, etc.,
    - el medicamento no llega a su destino: extravío, etc.,
    - otros casos.
  - dispensación incorrecta del medicamento o de la dosis,
  - dispensación tardía,
  - etiquetado incorrecto o incompleto del medicamento,
  - dispensación de un medicamento diferente pero de apariencia muy semejante,
  - almacenamiento inadecuado,
  - fallos en la comunicación:
    - error en la propia transcripción de la orden,
    - error en la interpretación de la orden médica,
    - otros casos,
  - otros casos.
- Errores en la fase de administración:
  - Administración de medicamento erróneo.
  - Administración de medicamento caducado o deteriorado.

- Omisión de medicamentos o de dosis.
- Administración de cantidad incorrecta de dosis:
  - Dosis mayor.
  - Dosis menor.
  - Dosis extra o duplicada.
  - Otros casos.
- No respetar la forma de dosificación prescrita.
- Error en la frecuencia de administración.
- Error en la velocidad de administración.
- Administración por vía errónea.
- Administración a paciente equivocado.
- Falta de higiene en la administración del medicamento.
- Fallos en la documentación de la aplicación.
- Otros casos.
- Errores en la fase de seguimiento o vigilancia:
  - errores en monitorización, reevaluación del fármaco, dosis o duración,
  - modo de proceder inadecuado del paciente,
  - otros casos.

#### IV. FACTORES LATENTES DE RIESGO

Finalmente, en la tercera parte se estructuran los factores latentes de riesgo, con la finalidad de identificar las fuentes del riesgo clínico y el grado de probabilidad de que deriven en eventos adversos. El análisis de la fórmula: riesgo = consecuencia  $\times$  probabilidad (*risk = consequence  $\times$  likelihood*) es fundamental para establecer una lista priorizada de riesgos con vistas a la determinación de las acciones que proceda llevar a cabo.

En la gestión de riesgos clínicos se han utilizado y utilizan diversos modelos, que tienen su origen fuera del ámbito médico y en los cuales, con distintos instrumentos (retrospectivos, simultáneos o prospectivos) se analizan las relaciones entre los posibles riesgos y la influencia que en ellos pueden ejercer los factores latentes: *General Failure Types (GFTs)*<sup>(76)</sup>. Entre dichos modelos cabe destacar, entre otros, la denominada Ley de Heinrich (*Heinrich's Law*), el modelo del queso suizo (*Swiss Cheese Model*) y el modelo de accidente de organización (*Organizational Accident Model*). Desde esta perspectiva, entre los diferentes sistemas de análisis de incidentes clínicos probablemente el más destacado sea el conocido como *The London Protocol* (cuyo título completo, más descriptivo, es *Systems analysis of clinical inci-*

---

(76) HUDSON, P.T.W. / LEIDEN, U. / REASON, J.T. / MANCHESTER, U. / LEIDEN, U. / BENTLEY, P.D. / PRIMROSE, M., «Tripod Delta: Proactive Approach to Enhanced Safety», *Journal of Petroleum Technology*, vol. 46, núm. 1, 1994, pp. 58-62.

*dents: the London protocol*), publicado en 2004, como versión revisada y actualizada del trabajo publicado en 2000, *How to investigate and analyse clinical incidents: Clinical Risk Unit and Association of Litigation and Risk Management Protocol*<sup>(77)</sup>.

La sistematización de dichos factores puede hacerse, desde una perspectiva genérica, distinguiendo entre factores de carácter individual o personal y factores de carácter sistémico-organizativo, si bien ambos están estrechamente relacionados entre sí y los individuales son muchas veces consecuencia de los organizativos<sup>(78)</sup>. Debido a esa interrelación y a que muchos factores tienen cabida en ambos grupos genéricos e incluso en los subgrupos que pudiesen hacerse dentro de ellos, en los de carácter individual se recogen únicamente aquellos que se consideran basados fundamental o esencialmente en causas personales o individuales, mientras que la relación de los sistémico-organizativos se realiza en función de la selección del objeto de referencia más relevante. Por ejemplo, los errores relacionados con los conocimientos, habilidades o experiencia forman parte de la dimensión personal o individual en la medida en que el facultativo decide llevar a cabo una intervención a pesar de sus deficiencias en dichos conocimientos, habilidades o experiencia; esto es, en su vertiente de *aprendizaje*. Pero asimismo pueden integrar errores sistémico-organizativos cuando aquellas deficiencias son atribuibles al incumplimiento de implementación de obligaciones formativas, es decir, desde la vertiente de la *enseñanza*. Otro tanto puede suceder, por ejemplo, con los protocolos o *checklist*, desde la perspectiva del *no seguimiento* de estos por el facultativo, o de su *no implementación* por la gerencia o dirección del centro. Igualmente en los supuestos encuadrables en el macro o supra concepto transversal información / comunicación / documentación.

## 1. Factores de carácter individual

En lo que se refiere al primer grupo de casos —esto es, a los factores de carácter individual o personal—, no cabe duda de que los errores individuales de tratamiento son los más visibles e inmediatos con el resultado lesivo y a los que se reconducen la mayoría de supuestos de responsabilidad. No obstante, pueden y suelen concurrir —aunque generalmente se obvie— con errores de organización: tanto relativos a la propia ejecución del tratamiento como a la información o comunicación<sup>(79)</sup>. En cualquier caso, tanto si son consecuencia de fallos del proceso organizativo (por ejemplo, la inobservancia de un protocolo no implementado por la organización) como si son ajenos a él (incumplimiento de una recomendación, por ejemplo, *checklist*, debidamente divulgada por la dirección o gerencia del centro), en los errores individuales puede concurrir una multiplicidad de factores.

---

(77) VINCENT, Charles / TAYLOR-ADAMS, Sally / CHAPMAN, E. Jane / HEWETT, David / PRIOR, Sue / STRANGE, Pam / TIZZARD, Ann, «How to investigate and analyse clinical incidents: Clinical Risk Unit and Association of Litigation and Risk Management Protocol», *British Medical Journal*, 28 de marzo de 2000; 320 (7237), pp. 777-781. TAYLOR-ADAMS, Sally / VINCENT, Charles, *Systems analysis of clinical incidents: the London protocol*. Londres: Clinical Safety Research Unit, University College, 2004.

(78) WACHTER, Robert M., *Understanding Patient Safety*, McGraw-Hill Medical, 2.ª ed. 2012, pp. 21 s.

(79) Con la diferenciación, por tanto (como hace HART, *op. cit.*, MedR. 2012, p. 13) entre, por una parte, organización de la información —de la dirección o gerencia a los facultativos, o información entre profesionales de la salud, disciplinas, departamentos y sectores: (*Sicherheitsinformation*)—, y por otra parte, información directa al paciente por el facultativo, de carácter individual: *Patientenaufklärung*.

Los factores relativos al paciente suelen dar lugar a fallos o errores de comunicación, bien sea por defectos en la personalidad o por factores sociales o culturales, o bien por meras razones de edad, por ejemplo en pacientes pediátricos<sup>(80)</sup>, acompañadas a veces por deterioros cognitivos: por ejemplo, en pacientes ancianos<sup>(81)</sup>. Entre los factores individuales, propios del facultativo, son muy poco frecuentes, como es natural, los problemas físicos o psíquicos de carácter endógeno, destacando entre los exógenos la influencia de la fatiga, cansancio, estrés o similares<sup>(82)</sup>. No son inusuales los fallos relacionados con la competencia profesional, esto es, con los conocimientos, habilidades y experiencia (*Competence: knowledge and skills*).

### FACTORES RELATIVOS AL PACIENTE

- Errores derivados de la propia enfermedad.
- Errores de comunicación con el paciente:
  - en pacientes ancianos,
  - en pacientes pediátricos,
  - relacionados con la personalidad del paciente,
  - debidos a factores sociales o culturales del paciente,
  - otros casos.
- Otros casos.

### FACTORES INDIVIDUALES (PERSONALES) DEL FACULTATIVO

- Problemas físicos o psíquicos:
  - problemas físicos o psíquicos de carácter endógeno,
  - problemas físicos o psíquicos de carácter exógeno,
    - afectación por el alcohol o las drogas,
    - influencia de la fatiga, cansancio, estrés o similares,
    - otros casos,
  - otros casos.

---

(80) WOODS, D. / THOMAS / HOLL, J. / ALTMAN, S. / BRENNAN, T., «Adverse events and preventable adverse events in children», *Pediatrics*, 2005; 115(1), pp. 155-60; asimismo publicado en: *Archivos Argentinos de Pediatría*, 2006; 104 (6) pp. 566-572. MILLER, Marlene R. / ROBINSON, Karen A. / LUBOMSKI, Lisa H. / RINKE, Michael L. / PRONOVOST, Peter J., «Medication errors in paediatric care: a systematic review of epidemiology and an evaluation of evidence supporting reduction strategy recommendations» (Quality & safety in health care), *Qual Saf Health Care* 2007 (16), pp. 116-126.

(81) MUÑOZ MELLA, M.<sup>a</sup> Antonia / EZPELETA SÁENZ DE URTURI, Estibaliz / ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, Ignacio / REY BARBOSA, M.<sup>a</sup> Teresa / QUINTELA PORRO, Valle / ROMÁN VILA, Alejandra, «Estrategia para la prevención de eventos adversos en el anciano hospitalizado», *Gerokomos*, 2009; 20 (3) pp. 118-122.

(82) JHA, Ashish K. / DUNCAN, Bradford W. / BATES, David W., «Fatigue, Sleepiness, and Medical Errors». En: AGENCY FOR HEALTHCARE RESEARCH AND QUALITY. *MAKING HEALTH CARE SAFER: A CRITICAL ANALYSIS OF PATIENT SAFETY PRACTICES. Evidence Report/Technology Assessment*, núm. 43. AHRQ Publicación núm. 01-E058, julio de 2001. Cap. 46, pp. 519 ss.

- Déficiets en conocimientos y/o habilidades y/o experiencia:
  - para la realización o interpretación de pruebas,
  - para realizar la intervención,
  - para la utilización del instrumental o equipos,
  - otros casos,
- Asunción improcedente de competencias:
  - por decisión unilateral,
  - delegación indebida por parte del superior,
  - otros casos.
- Inobservancia de protocolos, guías, «recomendaciones» o similares:
  - inobservancia de checklist,
  - inobservancia de protocolos de seguridad sobre pacientes sedados,
  - otros casos.
- Desobediencia o desatención a órdenes o instrucciones concretas:
  - en la división vertical del trabajo,
  - en la división horizontal del trabajo,
  - otros casos.
- Otros casos.

## 2. Factores de carácter sistémico organizativo

Desde la perspectiva de la denominada cultura de la seguridad se considera que la mayoría de los eventos adversos radican en factores de carácter sistémico-organizativo<sup>(83)</sup>, en una proporción muy próxima al 50%<sup>(84)</sup>. Dichos factores, como se expone a continuación, pueden ser generales, intersectoriales o del equipo médico y afectar a muy diversos aspectos.

La mayoría de los errores relacionados con el instrumental y el equipamiento radican en factores humanos; esto es, en general, en la falta de formación teórico-práctica, o de experiencia, para su utilización por parte del facultativo o del personal sanitario<sup>(85)</sup>. Sólo un pequeño porcentaje, alrededor del 4%, suele deberse a fallos mecánicos del instrumental o del equipamiento<sup>(86)</sup>. Ciertamente, la propia organización puede generar factores de riesgo

---

(83) VON EIFF, Wilfried / MIDDENDORF, Conrad, «Klinisches Risikomanagement – CKM Trendstudie zur Umsetzung in deutschen Krankenhäusern». En: VON EIFF, Wilfried (ed.) *Schriftenreihe: Gesundheitswirtschaft Krankenhaus-Management, Medizinrecht, Gesundheitsökonomie*, t. 2, 2.ª ed. Wikom GmbH, Wegscheid, 2007, pp. 47 ss.

(84) CARTES, María Inés, «Das 3Be-System. Das Berichts-, Bearbeitungs- und Berichts-System für Beinahe-Zwischenfälle», *Medizinische Hochschule Hannover*, 2008, pp. 14-28.

(85) ARNSTEIN, F., «Catalogue of human error», *British Journal of Anaesthesia*, 1997 (79), pp. 645-656.

(86) COOPER, J. B. / NEWBOWER, R. S. / KITZ, R. J., «An analysis of major errors and equipment failures in anesthesia management: considerations for prevention and detection», *Anesthesiology*, enero de 1984; 60 (1), pp. 34-42.

si no provee una dotación suficiente de instrumental o si no facilita los medios materiales o humanos necesarios para el mantenimiento de los equipos. Semejantes observaciones pueden hacerse sobre los factores relativos a la dotación de personal (*Staffing*). La dotación adecuada de personal es probablemente la mejor garantía de contención de riesgos, pero a la inversa, una dotación inadecuada también puede ser uno de los mayores peligros para la seguridad del paciente. La dotación de personal constituye sin lugar a dudas una responsabilidad organizativa de primer orden, que despliega sus efectos en un amplísimo espectro de supuestos o situaciones: en la combinación de cualificaciones, en la organización de las guardias o de los cambios de turno, en la rotación de personal, etc.

La comunicación/documentación es un supraconcepto, de carácter transversal, en el que se pretenden incluir todos los procesos comunicativos relacionados con la seguridad. Puede dar lugar tanto a errores de tratamiento como a errores de organización. En la información/comunicación/documentación pueden distinguirse dos planos. Uno, individual o personal, relacionado directamente con el paciente, y otro de carácter organizativo o de planificación. Este comprende, por una parte, la comunicación/documentación entre los miembros de un equipo médico o entre médicos o equipos de diferentes especialidades o departamentos y, por otra parte, la comunicación/documentación proveniente del más alto nivel del centro, esto es, la organización de carácter general desde la dirección o gerencia. Los fallos de comunicación dentro del equipo médico son bastante frecuentes<sup>(87)</sup>, pueden radicar tanto en el emisor como en el receptor y consistir tanto de fallos en la comunicación oral como escrita. Desde el plano jerárquico más elevado puede incurrirse asimismo en fallos de comunicación/documentación desde la gerencia o dirección del centro, esto es, en su organización general. Pueden consistir en fallos en la comunicación dirigida a los pacientes, o dirigida al personal sanitario.

Una adecuada formación (capacitación, competencia técnica, experiencia) no sólo disminuye las posibilidades de incurrir en errores, sino que también aumenta la capacidad para resolverlos en caso de que se produzcan<sup>(88)</sup>. Cabe deducir, pues, que el origen de los eventos adversos en la intervención médica por falta de la cualificación requerida se encuentra frecuentemente en las deficiencias en la acción formativa del personal de nuevo ingreso, así como en la supervisión inadecuada en el periodo de prácticas.

El trabajo médico no suele realizarse ya de forma individual, sino normalmente en equipo. Dentro del mismo existe una influencia recíproca de las acciones individuales del médico frente al equipo y de éste como tal frente al facultativo individual, que conciernen no sólo a la ejecución del tratamiento (apoyo, supervisión, etc.), sino también al importante proceso de comunicación entre los miembros. Aparte de lo ya señalado en el campo de la comunicación, los factores de riesgo latentes para el trabajo en equipo pueden radicar, entre otras cosas, en déficits en la estructura del equipo (*team structure*), en la falta de liderazgo (*leadership*) o en la falta de colaboración o apoyo entre los miembros del equipo

---

(87) LINGARD, L. / ESPIN, S. / WHYTE, S. / REGEHR, G. / BAKER, G. / REZNICK, R. / BOHNEN, J. / ORSER, B. / DORAN, D. / GROBER, E., «Communication failures in the operating room: an observational classification of recurrent types and effects» (Quality & safety in health care), *Qual Saf Health Care*. 2004 (13), pp. 330-334.

(88) CHOPRA, V. / GESINK, B.J. / DE JONG, J. / BOVILL, J. G. / SPIERDIJK, J. / BRAND, R., «Does training on an anaesthesia simulator lead to improvement in performance?», *British Journal of Anaesthesia*, 1994 (73), pp. 293-297.

(*supervision and seeking help*) en el proceso de toma de decisiones, en su realización o supervisión<sup>(89)</sup>. La adecuada sinergia (*συνεργία* = *cooperación*) del trabajo en equipo es la mejor aliada para la consecución de lo que se denomina conciencia situacional (*Situational Awareness*). Este concepto, proveniente del ámbito militar y de la aviación pero aplicable a muchos otros contextos, significa la percepción de elementos en un marco espacio-temporal, la comprensión de su significado y la proyección de su situación al futuro cercano<sup>(90)</sup>. Esto es, en el contexto que ahora nos ocupa, la interpretación y valoración de los acontecimientos realizadas conjuntamente por los miembros del equipo médico, que entraña la implicación recíproca y la intervención activa de todos ellos para evitar la aparición de eventos adversos o para su solución en el caso de que produzcan. Y todo ello es igualmente aplicable, *mutatis mutandis*, para la organización del trabajo en departamentos o especialidades o para las relaciones intersectoriales.

Finalmente, los errores médicos y eventos adversos pueden radicar, en el más alto nivel de dirección o gerencia del centro, en factores relativos a los procesos organizativos para la realización de tareas (*Organisational & Management Factors*). Dichos factores vienen muchas veces determinados, o incluso impuestos, por el clima político-sanitario y económico general. Y pueden condicionar en esa medida las deficiencias en el establecimiento de políticas, estándares y objetivos (*Policy, standards and goals*), así como, en el marco de lo que debe o puede abarcar la cultura de la seguridad, la falta de claridad en el establecimiento de prioridades (*Safety culture and priorities*). Lo cual constituye factores de riesgo.

La sistematización, en conjunto, de los factores expuestos es la siguiente:

#### FACTORES RELACIONADOS CON EL INSTRUMENTAL Y/O EL EQUIPAMIENTO

- Fallos mecánicos del instrumental o del equipamiento.
- Falta de formación teóricopráctica para la utilización.
- Dotación deficiente de instrumental.
- Deficiencias en el mantenimiento de equipos:
  - dotación insuficiente de personal de mantenimiento,
  - deficiente cualificación del personal de mantenimiento,
  - otros casos.
- Otros casos.

#### FACTORES RELATIVOS A LA DOTACIÓN DE PERSONAL (*STAFFING*)

- Déficit en la combinación de cualificaciones médicas en el centro:
  - carencias en el personal de supervisión,

---

(89) TAYLOR-ADAMS, Sally / VINCENT, Charles, *Systems analysis of clinical incidents: the London protocol*, *op. cit.*, 2004, p. 5.

(90) ENDSLEY, Mica R. / GARLAND, Daniel J. (eds.), *Situation Awareness: Analysis and Measurement*. Mahwah, NJ: Erlbaum, 2008. WICKENS, Christopher D., «Situation Awareness: Review of Mica Endsley's 1995. Articles on Situation Awareness Theory and Measurement», *Human Factors*, vol. 50, núm. 3, junio de 2008, pp. 397-403.

- deficiencias en la organización de la cooperación intersectorial,
- realización paralela de intervenciones:
  - anestesista que atiende simultáneamente dos quirófanos,
  - otros casos,
- otros casos.
- Exceso de carga de trabajo.
- Deficiencias en la organización de las guardias.
- Deficiencias en la organización de los cambios de turno.
- Excesos en la rotación de personal.
- Otros casos.

### FACTORES DE COMUNICACIÓN/DOCUMENTACIÓN DE CARÁCTER ORGANIZATIVO (*Verbal communication, Written communication*)

- Fallos de comunicación, oral o escrita, dentro del equipo médico:
  - entre miembros del mismo nivel,
  - entre miembros de distinto nivel,
  - otros casos,
- Fallos de comunicación/documentación intersectorial:
  - en el traspaso del paciente a otra especialidad,
  - en los cambios de turno,
  - otros casos.
- Errores de comunicación/documentación de la gerencia o dirección:
  - fallos en la comunicación dirigida a los pacientes:
    - deficiencias en implementación de formularios informativos,
    - deficiencias en la gestión de quejas,
    - otros casos,
  - fallos en la comunicación dirigida al personal sanitario:
    - deficiencias en la organización de la comunicación intersectorial,
    - fallos de comunicación en procedimientos sobre eventos adversos,
    - otros casos,
  - otros casos.
- Otros casos.

FACTORES RELATIVOS A LA ACCIÓN FORMATIVA PROFESIONAL (*TRAINING*)

- Deficiencias en la acción formativa de personal de nuevo ingreso.
- Supervisión inadecuada en el periodo de prácticas.
- Carencia o insuficiencia de medios materiales para prácticas:
  - deficiencias en la dotación de aulas,
  - carencia o insuficiencia de simuladores,
  - otros casos.
- Otros casos.

FACTORES RELATIVOS AL EQUIPO DE TRABAJO Y AL TRABAJO EN EQUIPO

- Déficits en la estructura del equipo:
  - en el número de miembros,
  - en la cualificación,
  - otros casos.
- Falta de liderazgo.
- Falta de colaboración o apoyo entre los miembros del equipo.
- Déficits en la organización de departamentos o especialidades.
- Otros casos.

FACTORES ORGANIZATIVOS DE TAREAS DESDE LA DIRECCIÓN O GERENCIA

- Fallos en el establecimiento de políticas, estándares u objetivos:
  - falta de claridad en el establecimiento de prioridades,
  - política de personal sanitario inadecuada,
  - otros casos,
- Deficiencias en el diseño o claridad de los procesos de ejecución.
- Carencias en la disponibilidad y precisión de resultados de tests.
- Falta de apoyo en el proceso de toma de decisiones.
- Deficiencias en la implementación de protocolos o similares.
- Otros casos.

FACTORES RELACIONADOS CON EL ORDEN O LA HIGIENE (*Housekeeping*)

- Deficiencias en el orden.
- Deficiencias en medidas higiénicas.
- Otros casos.

### V. CONCLUSIÓN

En resumen, con la delimitación y estructuración de los tres campos expuestos se pretende, como indicaba al principio de este trabajo, ofrecer un instrumento de análisis de los errores médicos y eventos adversos en la línea de la cultura de la seguridad, que implica a todos los responsables de la práctica médica, incluido el propio paciente<sup>(91)</sup>, y que parte del principio básico de informar de los errores para aprender de ellos<sup>(92)</sup>. Dicha información es esencial para la colaboración entre jerarquías, sectores y disciplinas con la finalidad de cerrar las posibles brechas de seguridad, para lo cual juega a su vez un papel decisivo la disposición de la propia organización a aportar los medios necesarios para la mejora de la seguridad.

La determinación y estructuración de presupuestos sistemáticos para la adopción de medidas de prevención de eventos adversos en el ámbito médico-sanitario trae su causa en la necesidad de dar respuesta al grave problema de la seguridad del paciente y constituye a esos efectos, con vistas a la eficacia de las hipotéticas medidas que puedan y deban adoptarse, la metodología más adecuada en cuanto se basa en el imprescindible deslinde previo de ámbitos de competencia (organizativos y de tratamiento), con sus correspondientes deberes u obligaciones, del que se deriva el tipo de exigibilidad requerido y la posible responsabilidad en caso de incumplimiento.

Los múltiples estudios sobre seguridad del paciente evidencian que la prevención de eventos adversos es una necesidad de primer orden tanto por el coste humano como económico de sus consecuencias. Por una parte, no es nada desdeñable el dato de que por término medio se producen entre un 6% y un 9% de eventos adversos en el ejercicio de la profesión médico-sanitaria. Y por otra, que son extraordinariamente elevados los costes económicos derivados de ellos. No es de extrañar, por tanto, que este problema se haya convertido en centro de atención preferente por parte de la normativa internacional para fomentar su prevención y haya dado lugar a la creación de numerosas instituciones, organismos, asociaciones y proyectos con esa finalidad.

Tres datos, objetivamente verificados, cabe señalar como especialmente relevantes a los efectos de justificar la necesidad de adoptar medidas o estrategias preventivas, así como para fundamentar sus posibilidades de eficacia. Primero, que aproximadamente el 50% de los errores son evitables. Segundo, que la mayoría son más institucionales o sistémicos que individuales. Y tercero, que prácticamente la totalidad de daños iatrogénicos son consecuencia de acciones u omisiones imprudentes. De esto último ya puede anticiparse una primera reflexión acerca de la (cuando menos dudosa) efectividad preventiva de las penas o de las sanciones en comparación con otras estrategias preventivas no necesariamente inducidas por aquéllas. Las respuestas reactivas basadas en la búsqueda de un «quién» a quien castigar por su imprudencia (a veces inconsciente), que dirigen su centro de atención hacia el propio sujeto para que en el futuro actúe con mayor cuidado, son a los efectos de pre-

---

(91) FRANK, Jason R. / BRIEN, Susan (eds.), *The Safety Competencies: Enhancing Patient Safety Across the Health Professions*. Canadian Patient Safety Institute, 2009, p. 5.

(92) HOFINGER, G. / WALECZEK, H. / HORSTMANN, R., «Das Lernen aus Zwischenfällen lernen: Incident Reporting im Krankenhaus», en: PAWLOWSKI, P. / MISTELE, P. (eds.), *Hochleistungsmanagement. Leistungspotenziale in Organisationen gezielt fördern*. 2008, pp. 207-224.

vención mucho menos eficaces que aquellas otras (empíricamente verificables) estrategias proactivas que en lugar de tratar de influir (o de influir en primer término) sobre el propio sujeto eliminan o disminuyen sustancialmente los factores externos que pueden propiciar la posibilidad de incurrir en una conducta imprudente. Ciertamente, hay que coincidir con REASON en la idea de «*that though we cannot change the human condition, we can change the conditions under which humans work*»<sup>(93)</sup>.

Retomando de nuevo la perspectiva de la denominada cultura del error o de la seguridad, centrada en un «qué» cuya repetición hay que evitar, es preciso prevenir no sólo los eventos adversos evitables causantes de un daño, sino también los fallos o errores en general, esto es, las desviaciones de un plan previo o la ejecución de un plan equivocado, o la carencia de plan alguno (la mera improvisación), con independencia de si en cualquiera de esos casos resulta o no un daño (*near miss; Beinahe-Schaden*). A estos efectos es fundamental, como se ha indicado, la metodología que se corresponde con la estructura de los procesos de análisis de gestión de riesgos (en este caso, de riesgos clínicos derivados de la prestación de servicios) sobre la base de criterios de «calidad/seguridad», complementados con las repercusiones que en dicho sistema tiene a su vez el «derecho de responsabilidad» médica. De esta forma puede determinarse la previa y necesaria sistematización de competencias y sus correspondientes obligaciones, tanto para la consecución proactiva de la seguridad del paciente como para la exigibilidad y responsabilidad jurídicas derivadas del incumplimiento de dichas obligaciones. Y en ese proceso metodológico, la información constituye el pilar sobre el que se asientan las demás fases secuenciales de evaluación/valoración y estrategias de prevención. A ello pretende contribuir este trabajo. Las múltiples posibilidades de cruce de *items* entre los tres bloques estructurados (fuentes, errores, factores de riesgo) permiten seleccionar los aspectos que más interesen como objeto de estudio, para, sobre la base de los datos obtenidos al respecto, analizarlos y determinar las medidas o estrategias más idóneas de intervención.

---

(93) REASON, James, «Human error: models and management», *British Medical Journal*, 2000 (320), pp. 768-770 (768).

Revista de

**Derecho  
Penal**

-----  
**JURISPRUDENCIA**  
-----



# ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

## A

### **Aborto:**

SAP Barcelona, de 30 de enero de 2013 ..... 221

### **Abusos sexuales:**

#### *Complicidad por omisión:*

STS 19/2013, de 9 de enero ..... 201

### **Agravante:**

#### *Abuso de superioridad:*

STS 922/2012, de 4 de diciembre ..... 146

### **Agresión sexual:**

#### *Continuada:*

STS 984/2012, de 10 de diciembre ..... 178

### **Apropiación indebida:**

STS 818/2012, de 24 de octubre ..... 104

SAP Madrid 561/2012, de 20 de noviembre ..... 217

### **Asociación ilícita:**

SAP Barcelona, de 30 de enero de 2013 ..... 221

### **Atenuante analógica:**

STS 922/2012, de 4 de diciembre ..... 146

### **Autoría:**

STS 1022/2012, de 19 de diciembre ..... 181

## B

### **Blanqueo de capitales:**

STS 974/2012, de 5 de diciembre ..... 151

**C**

**Cadena de custodia:**

STS 1072/2012, de 11 de diciembre .....	180
---	-----

**Competencia:**

*Objetiva:*

STS 938/2012, de 22 de noviembre .....	136
STS 947/2012, de 28 de noviembre .....	137
STS 1034/2012, de 26 de diciembre .....	191

**Concurso de delitos:**

*Ideal:*

SAP Madrid 1454/2012, de 12 de noviembre .....	211
SAP Segovia 16/2012, de 13 de noviembre .....	212

*Real:*

STS 1078/2012, de 8 de noviembre .....	124
--	-----

**Conducción sin permiso:**

STS 1032/2013, de 30 de diciembre .....	192
---	-----

**Costas:**

*De la acusación particular:*

STS 774/2012, de 25 de octubre .....	110
--------------------------------------	-----

**Cuestión nueva:**

STS 793/2012, de 18 de octubre .....	101
--------------------------------------	-----

**D**

**Declaración de víctima menor:**

STS 1016/2012, de 20 de diciembre .....	185
---	-----

**Delitos contra el medio ambiente:**

SAP Madrid 628/2012, de 27 de noviembre .....	219
---	-----

**Delitos contra la fauna:**

SAP Burgos 517/2012, de 26 de noviembre .....	218
---	-----

**Delitos contra la Hacienda Pública:**

STS 974/2012, de 5 de diciembre .....	151
SAP Toledo 74/2012, de 25 de octubre .....	209

	Página
<b>Delitos contra la propiedad industrial:</b>	
SAP Palma de Mallorca 290/2012, de 15 de noviembre .....	215
<b>Delitos contra la seguridad vial:</b>	
STS 749/2012, de 11 de octubre .....	87
<b>Deslealtad profesional:</b>	
SAP Madrid 561/2012, de 20 de noviembre .....	217
<b>Detenciones ilegales:</b>	
SAP Segovia 16/2012, de 13 de noviembre .....	212
<b>Dilaciones indebidas:</b>	
SAP Palma de Mallorca 270/2012, de 25 de octubre .....	206
<b>Doctrina Parot:</b>	
STS 1078/2012, de 3 de enero de 2013 .....	124

---

**E**

<b>Estafa:</b>	
<i>Procesal:</i>	
STS 813/2012, de 17 de octubre .....	91
<b>Extradición:</b>	
<i>Activa:</i>	
STS 851/2012, de 24 de octubre .....	107

---

**F**

<b>Falsedad:</b>	
STS 784/2012, de 5 de octubre .....	80
<i>En documento oficial:</i>	
SAP Barcelona, de 30 de enero de 2013 .....	221
<b>Falta de amenazas:</b>	
SAP Orense 384/2012, de 19 de octubre .....	205
<b>Falta de lesiones:</b>	
SAP Pontevedra 135/2012, de 24 de octubre .....	206
SAP Cáceres 412/2012, de 2 de noviembre .....	210

**Faltas. Vejaciones injustas:**

SAP Ávila 178/2012, de 3 de septiembre .....	205
--	-----

---

**I**

---

**Intervenciones telefónicas:**

STS 740/2012, de 10 de octubre .....	84
STS 864/2012, de 16 de octubre .....	88
STS 777/2012, de 17 de octubre .....	94

---

**L**

---

**Lesiones:**

STS 968/2012, de 30 de noviembre .....	141
--	-----

*Imprudentes:*

SAP Tarragona 490/2012, de 25 de octubre .....	208
--	-----

*Preterintencionales:*

SAP Madrid 1454/2012, de 12 de noviembre .....	211
--	-----

**Localización permanente:**

SAP Salamanca 133/2012, de 25 de octubre .....	207
--	-----

---

**M**

---

**Malversación de caudales públicos:**

STS 784/2012, de 5 de octubre .....	80
SAP Oviedo 577/2012, de 3 de diciembre .....	220

---

**O**

---

**Orden europea de detención y entrega:**

STS 915/2012, de 15 de noviembre .....	132
--	-----

---

**P**

---

**Prescripción:**

STS 851/2012, de 24 de octubre .....	107
STS 885/2012, de 12 de noviembre .....	128

	Página
<b>Prevaricación:</b>	
STS 784/2012, de 5 de octubre .....	80
SAP Oviedo 577/2012, de 3 de diciembre .....	220
<b>Principio acusatorio:</b>	
STS 865/2012, de 17 de octubre .....	98
<b>Principio de unidad de alegaciones:</b>	
STS 793/2012, de 18 de octubre .....	101
<b>Procedimiento abreviado:</b>	
STS 1049/2012, de 21 de diciembre .....	189
<b>Prueba:</b>	
<i>ADN:</i>	
STS 3/2013, de 15 de enero .....	203
<i>Indiciaria:</i>	
STS 3/2013, de 15 de enero .....	203
<i>Proposición:</i>	
STS 881/2012, de 28 de septiembre .....	77

---

**Q**

---

<b>Quebrantamiento de pena:</b>	
SAP Salamanca 133/2012, de 25 de octubre .....	207

---

**R**

---

<b>Responsabilidad civil subsidiaria:</b>	
STS 856/2012, de 6 de noviembre .....	120
<b>Robo con violencia:</b>	
SAP Segovia 16/2012, de 13 de noviembre .....	212

---

**S**

---

<b>Secreto de sumario:</b>	
STS 1073/2012, de 29 de noviembre .....	139

**Sentencia:**

*Conformidad:*

STS 784/2012, de 5 de octubre .....	80
-------------------------------------	----

---

**T**

---

**Tentativa:**

STS 943/2012, de 20 de noviembre .....	135
--	-----

*Inidónea:*

STS 899/2012, de 2 de noviembre .....	112
---------------------------------------	-----

STS 858/2012, de 6 de noviembre .....	122
---------------------------------------	-----

**Tráfico de drogas:**

STS 899/2012, de 2 de noviembre .....	112
---------------------------------------	-----

STS 873/2012, de 5 de noviembre .....	117
---------------------------------------	-----

STS 943/2012, de 20 de noviembre .....	135
--	-----

SAP Barcelona 1025/2012, de 29 de octubre .....	209
---	-----

**Tribunal del Jurado:**

*Veredicto:*

STS 777/2012, de 17 de octubre .....	94
--------------------------------------	----

---

**V**

---

**Violación:**

STS 968/2012, de 30 de noviembre .....	141
--	-----

**Violencia doméstica:**

SAP Palma de Mallorca 270/2012, de 25 de octubre .....	206
--	-----

## TRIBUNAL SUPREMO

### Auerdo del Pleno, Sala Segunda del TS, de 19 de diciembre de 2012

---

#### **Primer asunto: Celebración de vista con citación del acusado.**

Acuerdo: La citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley.

#### **Segundo asunto: Criterio de interpretación del art. 76.1 del CP en cuanto a la determinación de los límites máximos de cumplimiento contenidos en los apartados a) a d) en los casos de tentativa.**

Acuerdo: Para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras a) a d) del art. 76 del código penal hay que atender a la pena máxima imponible pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito.

### Sentencia 881/2012, Sala Segunda del TS, de 28 de septiembre

---

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Proceso ordinario. Calificación y proposición de prueba**

Recurso de Casación: **n.º 10337/2012**

Artículos: **24 CE, 215, 656, 784 y 785 LECrim**

**Ante el incumplimiento del plazo para calificar otorgado a la defensa en el procedimiento ordinario no es posible aplicar analógicamente, como hizo la Sala, la solución prevista para el procedimiento abreviado, si bien en el caso analizado no produjo la indefensión alegada por el recurrente.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

---

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—El cuarto motivo de este recurrente discurre también por la senda del art. 852 LECrim abordando un tema procesal: se habría vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, así como a utilizar los medios de prueba pertinentes como consecuencia de las decisiones de la Sala de instancia que rechazaron el escrito de

calificación de la defensa y con ello las pruebas interesadas por considerarlas extemporáneamente propuestas.

Cuando se le dio traslado para calificar, la defensa solicitó la suspensión del plazo para instruirse de unas diligencias que había propuesto como prueba anticipada el Ministerio Fiscal. La solicitud fue desestimada mediante providencia de fecha 5 de diciembre de 2011. Se ordenaba

seguir adelante el procedimiento prescindiendo del escrito de la defensa aplicando de forma analógica lo previsto en el art. 784.2 para el procedimiento abreviado, lo que a juicio del recurrente no sería factible.

Al ser notificado tal proveído, la defensa interpuso recurso de súplica, presentando al mismo tiempo escrito de conclusiones en el que se proponían ciertos medios de prueba. El Auto de señalamiento y admisión de pruebas se había dictado ya un día antes. Las pruebas de la defensa por tanto no se admitieron. Tales decisiones de la Sala habrían causado indefensión. La oportunidad ofrecida por la Audiencia a la defensa de presentar esas pruebas al inicio de las sesiones del juicio oral al modo del procedimiento abreviado no subsanaría la irregularidad. Se aduce que la defensa carecía de facultades para obtener los testimonios obrantes en otras causas penales.

(...)

No puede aceptarse sin más que las previsiones del procedimiento abreviado que, en aras de la deseable celeridad, relajan algunas garantías puedan trasladarse al procedimiento ordinario. Entre ellas se cuenta la previsión del art. 784.1.3.º LECrim que establece unas graves consecuencias para los casos en que se deja transcurrir el plazo para formular su escrito de defensa sin evacuar tal trámite. El argumento de analogía no puede arropar esa proyección. El art. 758 LECrim consagra justamente el principio contrario: las normas del procedimiento ordinario son supletorias respecto del abreviado; y no a la inversa. Es conocido que la doctrina e incluso la Fiscalía General del Estado han hablado en ocasiones de integrar las normas del procedimiento ordinario con algunos principios establecidos en el procedimiento abreviado. Pero ello se ha hecho siempre para recuperar para el procedimiento común en el diseño legal nuevas normas que implantaban más garantías. Se evita así el sinsentido de que el procedimiento destinado al enjuiciamiento de los delitos más graves esté revestido de menos garantías (v.gr., prohibición de imponer pena superior a la reclamada por la acusación; posibilidad de suspensión ante una modificación de conclusiones por parte de la acusación; asistencia de abogado desde el pri-

mer momento...). Pero se apartaría de principios esenciales importar al procedimiento ordinario algunas normas del abreviado, como la ahora analizada, que suponen una disminución de garantías.

No existe previsión parangonable al art. 784.1.3.º en el procedimiento ordinario. Se podría aducir que estamos ante una laguna: la regulación general no dispone nada para los casos en que una defensa deja transcurrir el plazo para formular el escrito de defensa. Tal laguna solo podría ser resuelta acudiendo a la norma de la que echó mano la Audiencia Nacional: el art. 784.

Esa técnica de integración no es correcta. Si efectivamente puede hablarse de una laguna (y algo de ello hay pues no se arbitra una salida para los casos de desidia absoluta por parte de la defensa), la forma de colmarla no puede consistir en acudir a la normativa más flexible de otro procedimiento construido para infracciones más leves. Tampoco la Ley prevé una solución específica para los casos de incomparecencia reiterada y pertinaz del letrado de la defensa al juicio oral —permítase a efectos puramente argumentativos el ejemplo desde luego insólito— y eso no habilita a pensar que la regulación del juicio de faltas en que no es precisa esa asistencia podría ser una herramienta útil para solventar el problema con su aplicación analógica (amén de la imperatividad de la presencia de letrado que proclama el art. 786.1 pensado para el procedimiento abreviado y —éste sí— con eficacia extensiva al procedimiento ordinario). Si se pudiese hablar de laguna, la misma existiría para todos los procedimientos —incluidos los de urgencia y el abreviado— hasta la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma procesal, que fue la que introdujo, no sin fuertes críticas doctrinales, para el procedimiento abreviado —y solo para el procedimiento abreviado— esa previsión que inicialmente figuraba en el art. 791.1 y en la reforma de 2002 se trasladó al art. 784.1 con motivo de la reordenación del articulado de la Ley Procesal Penal. Solo a partir de esa fecha existe en el procedimiento abreviado una previsión específica. Pero en el procedimiento ordinario hay que seguir disciplinando la cuestión en la forma en que era procedente hasta ese momento, es decir con una

integración inspirada en las normas y principios procesales generales.

Para la originaria Ley de Enjuiciamiento Criminal no era concebible avanzar en el proceso penal sin una calificación de la defensa. La defensa es parte necesaria en todo caso, condición que comparte con el Ministerio Fiscal cuando se trata de delitos no privados. Su presencia es obligada a partir de la apertura del juicio oral. No puede prescindirse de ella, salvo cuando la ley lo prevé así expresamente. El transcurso del plazo concedido para evacuar el escrito de conclusiones provisionales o la presentación tardía del escrito no acarrea sin más su ineficacia o la preclusión. Agotado el plazo señalado para evacuar el traslado conferido con el fin de formular el correspondiente escrito de conclusiones sin que se haya presentado, habrá que proceder como dispone el art. 215 de la LECrim: señalamiento de un nuevo plazo, sin perjuicio de la imposición de la correspondiente multa. Sólo si, transcurrido ese nuevo término judicial, se omite la presentación del escrito de defensa habrá que buscar alguna salida que la ley no articula. Tratándose de la acusación no pública la solución es más simple pues se trata de una parte no necesaria (STC 101/1989, de 5 de junio). Pero en el caso de la defensa no puede solventarse del mismo modo la cuestión. El art. 215 está más preocupado por las sanciones que por los efectos procesales y no arbitra una previsión.

No hay ahora cuestión sobre esa vicisitud. A los efectos que aquí interesan puede concluirse este excurso con una doble conclusión:

- a) El art. 784.1.2.º y 3.º ciñe su ámbito de aplicación al procedimiento abreviado.
- b) En el procedimiento ordinario el transcurso del plazo conferido a la defensa para formular sus conclusiones no habilita para dar sin más trámites por precluido el trámite: es necesario antes que nada activar el mecanismo previsto en el art. 215 LECrim que implica la concesión de un nuevo plazo.

Podría discutirse si, con independencia de la necesidad legal de que finalmente se formulen esas conclusiones por el letrado designado o por el que se designase en el supuesto insólito y

posiblemente inimaginable de renuencia persistente, cabría estimar solo respecto de la prueba que fue intempestivamente propuesta y que por tanto sería sin más rechazable. Es argumentable esa solución intermedia que llevaría a concluir la corrección legal de la situación surgida en este caso: la defensa finalmente presentó sus conclusiones, aunque no hubo pronunciamiento sobre la prueba por haberse propuesto extemporáneamente.

Sin embargo, la dicción del art. 215 LECrim parece inclinar hacia otro entendimiento.

De cualquier manera en el presente supuesto la cuestión es irrelevante pues, aun en la exégesis más favorable al recurrente a tenor de la cual la ley en el procedimiento ordinario exigiría no solo que se entrase en el juicio oral con un escrito de calificación de la defensa, sino que además se hubiese decidido de forma expresa sobre la prueba propuesta en tal calificación, no podría prosperar el motivo.

De una parte, y este es un argumento secundario, porque esa indefensión estaría ocasionada fundamentalmente por la incorrecta actuación procesal de la parte. No hay indefensión relevante constitucionalmente según ha proclamado el Tribunal Constitucional cuando en su origen se encuentra una negligencia de la parte que habría que situar no solo en la formulación tardía del escrito de conclusiones, sino también en la omisión de toda actividad para tratar de obtener esos testimonios de actuaciones judiciales que quería aportar a la causa.

De otro lado, y en esto hay que coincidir con el criterio explicitado por la Audiencia porque nada relevante o con incidencia en el enjuiciamiento se derivaría de las pruebas que no se llevaron a cabo. Para la anulación de una resolución judicial por no práctica de alguna prueba (ya se canalice tal motivo por el clásico quebrantamiento de forma del art. 850.1.º, ya venga enfocado como en este caso desde la óptica constitucional del derecho a usar los medios de prueba pertinentes: art. 24 CE) es necesario que la prueba cuya omisión va a determinar la retroacción del procedimiento para ser practicada, sea no solo pertinente sino también necesaria. La necesidad es un requisito inmanente a todos los motivos de casación (o de otros recursos contra sentencias)

en los que se solicita la anulación para practicar pruebas omitidas. Si la prueba no practicada podía ser pertinente en un juicio *ex ante*, pero

carece de utilidad o necesidad a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar.

### Sentencia 784/2012, Sala Segunda del TS, de 5 de octubre

---

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Malversación de caudales públicos, falsedad y prevaricación. Imparcialidad del juzgador. Conformidad**

Recurso de Casación: **n.º 2509/2011**

Artículos: **24 CE, 219 LOPJ y 688 LECrim**

**Condena por los delitos de malversación de caudales públicos, falsedad y prevaricación: De las diversas cuestiones analizadas en la sentencia destacamos la relativa a la conformidad de varios de los acusados al inicio de la vista (que a juicio de la Sala no genera indefensión alguna para los restantes), y en el resumen que se efectúa de la doctrina jurisprudencial sobre el principio de imparcialidad del juzgador y su eventual vulneración en casos en que se haya pronunciado previamente en vía de recurso.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

---

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—1. En el primer motivo, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECr., denuncia la violación del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías.

Argumenta al respecto el recurrente que, al inicio de la vista oral del juicio, las acusaciones modificaron sus escritos de calificación con respecto a tres de los acusados —Cesareo, Felipe y Leoncio—, obteniéndose una conformidad en relación con ellos, que generó, dice la defensa, una reducción del ámbito probatorio inicialmente previsto, con un «campo de visión de los hechos para la Sala más acotado» en lo que concierne a esos acusados, según palabras de la propia sentencia recurrida.

Señala el impugnante que ello repercutió en su derecho de defensa, ya que el Tribunal partió de la certeza de unos hechos admitidos por tres de los acusados que ya no pudieron ser desvirtuados por el resto de las pruebas, lo que vendría a constituir un fraude de ley que posibilitó la indefensión de los dos recurrentes.

El razonamiento del recurso no puede, sin embargo, asumirse, pues, tal como se afirma en

la sentencia de esta Sala 207/2012, de 12 de marzo, al examinar una situación procesal similar a la ahora suscitada, la parte ajena a la conformidad puede someter a contradicción el reconocimiento de los hechos por parte de los coacusados y también refutar sus afirmaciones valiéndose de otras pruebas contrarias a lo manifestado por aquellos.

A este respecto, el Tribunal Constitucional, al examinar en la sentencia 126/2011, de 18 de julio, una alegación de indefensión por la situación procesal generada al inicio de un juicio penal —precisamente también por un delito de malversación de fondos públicos— debido a la modificación del escrito de acusación y a la conformidad de algunos de los acusados, rechazó que ello generara de por sí indefensión y trasladó la cuestión suscitada al ámbito propio del derecho a la presunción de inocencia por tratarse realmente de un problema de valoración probatoria de las declaraciones de los coimputados (...).

En la misma dirección, la sentencia de casación 636/2012, de 13 julio, con motivo de objetarse la eficacia procesal de una conformidad con los mismos perfiles que la que ahora se enjuicia, re-

cuerda que el art. 688 de la LECrim, en su párrafo segundo, a la hora de ordenar las sesiones del juicio oral, impone al Presidente el deber legal de preguntar «... a cada uno de los acusados si se confiesa reo del delito que se le haya imputado en el escrito de calificación y responsable civilmente a la restitución de la cosa o al pago de la cantidad fijada en disco escrito por razón de daños y perjuicios». Y si fueren «... más de uno los delitos imputados al procesado en el escrito de calificación, se le harán las mismas preguntas respecto de cada cual» (art. 690 LECrim). Quiere con ello decirse que el origen de la supuesta quiebra de los derechos invocados por el recurrente, no es otro que la respuesta a una pregunta que, por imperativo legal, ha de abrir los debates del juicio oral.

Y se matiza en la misma sentencia 636/2012 que nada impide que el contenido de esa respuesta esté condicionado por una promesa —más o menos explícita— que haya alimentado la expectativa de obtención de una rebaja de pena frente a las que fueron objeto de petición en las conclusiones provisionales. Al mismo tiempo que se advierte que el principio de contradicción, verdadera pieza clave del proceso penal, no padece en su significación constitucional cuando cualquiera de los imputados —haya o no alcanzado un acuerdo con el Fiscal— anuncia su propósito de no responder a las preguntas de algunas de las partes. La efectividad de los derechos a la presunción de inocencia, a no declararse culpable y a no confesar contra uno mismo, no puede quedar subordinada a que las defensas de otros imputados, en función de sus particulares estrategias, den por buena la negativa.

En definitiva, habrá de ser, pues, el Tribunal sentenciador el que pondere el grado de certeza de la conformidad de los coacusados en lo que pueda repercutir en la incriminación del recurrente, para lo cual valorará las distintas pruebas practicadas y las pondrá en relación con las manifestaciones y admisión de los hechos por parte de los distintos coimputados. Este submotivo no resulta por tanto viable. (...)

**Segundo.**—1. El segundo motivo del recurso, según ya se anticipó en el fundamento precedente, se centra en denunciar, con sustento procesal

en el art. 851.6 de la LECr., que la sentencia ha sido dictada por un tribunal cuya recusación fue intentada en tiempo y forma y rechazada.

Alega la defensa del acusado que el Tribunal que enjuició la causa y dictó sentencia fue el mismo que resolvió el recurso contra el auto de transformación del procedimiento de 18 de enero de 2011, interviniendo en ambas resoluciones el mismo ponente, por lo que la Sala de instancia realizó una valoración previa tanto de la forma como del fondo de una decisión en la que se dirimían los mismos hechos que se recogieron en la sentencia, con lo cual se habría vulnerado el principio de imparcialidad objetiva.

El impugnante hace especial hincapié para apoyar sus alegaciones procesales con respecto al derecho a un proceso con todas las garantías en la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional, y cita de forma destacada el auto dictado por la Sala Especial del art. 61 del Tribunal Supremo el 20 de junio de 2011, mediante el que se resolvió el incidente de recusación formulado por un magistrado imputado por un delito de prevaricación; esta demanda incidental se fundamentaba en la pérdida de imparcialidad del Tribunal sentenciador asignado a la causa, al considerar el recusante que había intervenido en fase de apelación decidiendo sobre cuestiones planteadas en la instrucción que afectaban al conocimiento del fondo de la causa.

La parte recurrente centra, pues, su impugnación por falta de imparcialidad en la causa n.º 11 del art. 219 de la LOPJ, que considera recusables a los jueces que hubiesen participado en la instrucción de la causa penal o resuelto el pleito o causa en anterior instancia. Plantea así la pérdida de imparcialidad desde una perspectiva objetiva, aduciendo que el Tribunal sentenciador debido al ejercicio de las funciones procesales que ha venido desempeñando en la causa, y en concreto por haber decidido en apelación sobre una de las decisiones relevantes del juez de instrucción (transformación de las diligencias previas en el cauce específico del procedimiento abreviado), ha perdido su posición procesal de tercero en el litigio y su capacidad por tanto para resolverlo imparcialmente en la fase de plenario. Con lo cual se habría infringido, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,

el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dice que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial...».

2. Para dirimir la cuestión procesal sobre el principio de imparcialidad objetiva planteada por la defensa se hace preciso recoger algunas de las pautas que la doctrina jurisprudencial ha establecido sobre esta materia en supuestos similares al ahora examinado.

En concreto, el Tribunal Constitucional ha venido aplicando en diferentes sentencias sobre la posible vulneración del principio de imparcialidad objetiva derivada del conocimiento de la causa en fases procesales anteriores al juicio oral, una serie de criterios jurisprudenciales que han de ser tenidos en cuenta para resolver el caso enjuiciado (SSTC 145/1988, 170/1993, 11/2000, 310/2000, 231/2002, 38/2003, 229/2003, 39/2004, 41/2005, 143/2006, 202/2005, 26/2007, 156/2007 y 36/2008, entre otras):

- 1) El derecho a un juez imparcial forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, constituyendo incluso la primera de ellas al condicionar la existencia misma de la función jurisdiccional.
- 2) La vertiente objetiva del derecho fundamental se dirige a garantizar que los jueces y magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a ella sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso.
- 3) La pérdida de imparcialidad ha de enjuiciarse en atención a las circunstancias del caso concreto y a los términos empleados en el pronunciamiento previamente emitido, huyendo de los apriorismos y los juicios en abstracto o genéricos.
- 4) Ha de comprobarse en cada supuesto particular si la intervención previa en que se residen las dudas, ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas

que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo, siempre que se exteriorice un pronunciamiento anticipado que prejuzgue la solución del caso (SSTC 39/2004 y 36/2008).

- 5) Suele apreciarse vulneración de la imparcialidad objetiva cuando la Sala revoca un auto de archivo o de sobreseimiento del Juez de instrucción, contradiciendo así el criterio exculpativo de este con una decisión de signo incriminatorio (SSTC 39/2004, 41/2005 y 26/2007); aunque constan también resoluciones en sentido contrario (SSTC 11/2000 y 38/2003).
- 6) En cuanto a la ratificación en segunda instancia de autos de inculpación dictados por el Juez de instrucción, tanto en el sumario ordinario (procesamiento) como en el procedimiento abreviado (auto de transformación o resoluciones asimilables), se considera vulnerada la imparcialidad objetiva cuando el juez recusado ha anticipado un juicio —prejuicio— al conocer del recurso contra la resolución de inculpación, atendiendo para ello a los argumentos jurídicos utilizados, y en concreto a si resultan esencialmente equivalentes a los provenientes de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal (SSTC 156/2007). En cambio, «no se entiende menoscabada la imparcialidad objetiva cuando la ratificación se basa en que la imputación se halla razonablemente fundada, en tanto que ello no implica anticipar juicio alguno sobre la responsabilidad penal del acusado, ni cabe apreciar en el caso la existencia de un contacto directo con el acusado ni con las pruebas» (SSTC 229/2003; 39/2004; 156/2007; y 36/2008).
- 7) Las apariencias son importantes para dilucidar si un tribunal es imparcial. No solo debe hacerse justicia, sino que debe aparentarse que se hace con el fin de salvaguardar la confianza de los justiciables. (...)

Como doctrina general, el TEDH tiene reiterado que la adopción de decisiones con carácter previo al enjuiciamiento no resulta por sí misma determinante de la pérdida de la imparcialidad, sino que habrá de estar a las circunstancias de

cada caso, tomando en consideración la naturaleza y extensión de las decisiones y medidas adoptadas con anterioridad, esto es, la intensidad y el alcance de lo resuelto y la vinculación con el objeto del juicio que de ello se derive para los magistrados. Más concretamente, para el TEDH existirá la sospecha legítima de parcialidad cuando las cuestiones sobre las que se hubiera tratado con anterioridad fueran análogas a las que se tuvieran que decidir al tiempo del enjuiciamiento, y sobre todo cuando al tratar con anterioridad aquellas cuestiones el Juez se hubiera pronunciado sobre la existencia de indicios de culpabilidad o de la comisión del delito por el que se acusa, formándose una opinión previa sobre la ejecución del delito y su autoría (...).

3. Al examinar el caso concreto se comprueba que la impugnación del recurrente se circunscribe a cuestionar la imparcialidad objetiva de la Sala que lo juzgó con el argumento de haber dictado el auto de 18 de enero de 2011, en el que resolvió el recurso de apelación contra el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, auto que habría precondicionado o predeterminado el criterio del Tribunal sentenciador y cercenado así su imparcialidad objetiva.

Pues bien, la lectura de esa resolución permite constatar que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Murcia se limitó a recoger los hechos nucleares del extenso relato fáctico de la resolución recurrida y a afirmar que el instructor ha reseñado unos hechos en clave de probabilidad que no resultan jurídicamente justificados. No se contiene más argumentación sobre la impugnación concreta del recurrente, limitándose por tanto a decir que los hechos que contiene el auto debatido no han de analizarse en profundidad sino en esa clave de probabilidad que resalta, lo que llevó a la determinación de confirmar el auto impugnado sin argumentaciones jurídicas a mayores. (...)

Se está por tanto ante uno de los supuestos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siguiendo a la del TEDH, considera que no resulta afectada la imparcialidad objetiva del Tribunal por basarse la ratificación en que la imputación del instructor se halla razonablemente fundada y no utilizarse términos que anticipen en apela-

ción el juicio sobre la responsabilidad penal del acusado (SSTC 229/2003; 39/2004; 156/2007; y 36/2008).

Puede concluirse, pues, que analizando el principio de imparcialidad objetiva desde la perspectiva del caso concreto, no cabe afirmar que el Tribunal haya vertido razonamientos que conlleven un juicio anticipado ni contengan consideraciones que, por su calidad y profundidad en el examen del caso, determinen una pérdida de imparcialidad. Máxime si se pondera que no se le atribuye haber dictado otras resoluciones que pudieran propiciar un prejuicio sobre el fondo de las cuestiones que se dirimieron en la vista oral del juicio.

El recurrente apoya su impugnación en la argumentación y la decisión del auto dictado por la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 de la LOPJ de fecha 20 de junio de 2011, en la causa especial 20048/2009, seguida contra un Magistrado de la Audiencia Nacional por un delito de prevaricación. Sin embargo, esa resolución poco tiene que ver con el supuesto que se dilucida en la presente causa.

En efecto, en el caso examinado por la Sala Especial del art. 61 las resoluciones dictadas en apelación por la Sala recusada habían sido numerosas y de distinta naturaleza y contenido. (...)

A ello ha de sumarse que, tal como se razona en el auto de la Sala Especial, se estaba ante un proceso contra un aforado con unas características procesales muy peculiares; peculiaridad que afecta en ciertos aspectos a la integridad de algunas garantías procesales. Y así, la admisión de las querellas y el control de la instrucción la decide la propia Sala de enjuiciamiento, a diferencia de los procesos ordinarios para no aforados, en los que, como es sabido, las admisiones a trámite las realiza el Juez de instrucción, con recurso de apelación ante la Audiencia. Además, los recursos de apelación contra las resoluciones que dicta el Juez de instrucción, algunas de ellas con alto grado de complejidad y hondura en el tratamiento de los temas, son supervisadas en apelación por la propia Sala que admite a trámite la querella y después juzga. Y, por último, no cabe una segunda instancia penal, ni por la vía ortodoxa u ordinaria de una apelación ni mediante el sistema más extraordinario y limitado

de la casación. Las sentencias que dicta la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre aforados no son, pues, controlables por ningún Tribunal integrado en la jurisdicción ordinaria penal; solo cabe contra ellas interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Todo ello pone de relieve una concentración de funciones procesales en la Sala que controla la instrucción y el enjuiciamiento que parece poco

compatible con el principio de imparcialidad objetiva que ha de primar en todo proceso, circunstancias que desde luego no se dan en la causa que ahora se juzga.

Por todo lo expuesto en los apartados precedentes, es claro que no puede acogerse este motivo de impugnación sobre la falta de imparcialidad objetiva del Tribunal sentenciador que dictó la sentencia que ahora se recurre.

### Sentencia 740/2012, Sala Segunda del TS, de 10 de octubre

---

Ponente: **Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

Resumen: **Intervenciones telefónicas. Nulidad**

Recurso de Casación: n.º 10147/2012

Artículos: 18 y 24 CE, 11 LOPJ, 579 y 641 LECrim

**Intervención de las comunicaciones: Nulidad del auto que acordó una serie de intervenciones telefónicas con base en un oficio policial que ocultó que los hechos habían sido objeto de una investigación judicial anterior en otro Juzgado y de un sobreseimiento provisional.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

---

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) Se argumenta, en síntesis, que por parte del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Santa Coloma de Gramanet se instruyeron desde el 30.1.2007, las diligencias previas 56/2007, referidas a las mismas personas y hechos que las presentes —diligencias previas 4235/2007 del Juzgado de Instrucción 9 de Barcelona—. En aquellas diligencias, de casi 1000 folios, por la Policía —oficios [...], [...] y [...]—, se solicitó la obtención de informes tributarios de personas y sociedades vinculadas a la familia Abilio Ezequiel Lázaro Sebastián, así como las prorrogas de las intervenciones de teléfonos de miembros de la referida familia, peticiones que fueron denegadas por auto del Juzgado Santa Coloma de 7.9.2007, que acordó, además, el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

Pues bien, resulta inaceptable que por las mismas unidades policiales —Brigada Local de Policía Judicial de la Comisaría de Hospitales de Llobregat/Brigada Provincial de Policía Judicial de Barcelona/Unidad de Drogas y

Crimen Organizado (UDYCO), Sección de estupefacientes— mediante oficio, núm. (...) de 14.11.2007, se solicitara del Juzgado de Guardia de Barcelona, la práctica de las mismas diligencias sobre los mismos hechos y en relación a las mismas personas, que habían sido denegadas en las previas 56/2007 del Juzgado Instrucción 4 Santa Coloma, ocultando tales circunstancias y sin hacer mención a que dichas diligencias se encontraban sobreseídas por auto firme.

Por tanto, el auto del Juzgado de Instrucción 9 de Barcelona de 19.11.2007, que acordó las intervenciones telefónicas vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones proclamado en el art. 18.3 CE, el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, art. 24.2 CE, y el derecho fundamental al Juez predeterminado por la Ley, que también reconoce el art. 24.2 CE.

(...)

**Tercero.**—Asimismo es preciso recordar en cuanto al concepto y efectos del sobreseimiento provisional, que los motivos son dos, y el

primero se refiere a los supuestos en que «no resulta debidamente justificada la perpetración del delito», motivo que debe diferenciarse de los que suponen sobreseimiento libre conforme al art. 637.1 y 2 porque se refieren a la inexistencia de suficientes indicios racionales de criminalidad para estimar la presencia de un delito, en contraste con la absoluta ausencia de tales indicios que contempla el citado art. 637.1 y con la atipicidad de la conducta a que se refiere el 2.º, se trata pues de una cuestión fáctica y no de interpretación jurídica, consistente en apreciar que los que fueron indicios siguen existiendo (no han desaparecido y por ello no procede el sobreseimiento libre) pero sin expectativas de obtener nuevos datos inculpatorios, aspecto que debe razonarse en el auto que lo acuerde, si se solicita la práctica de diligencias de prueba (STC. 196/88 de 14.10). El segundo motivo de sobreseimiento provisional es de índole análoga al primero, pero en vez de recaer la imposibilidad de prueba sobre la existencia del hecho, se refiere a la vinculación del mismo con el procesado o sospechoso de ser autor o cómplice o encubridor, caso diverso al de exención de responsabilidad penal sin que existan dudas sobre la vinculación de los exentos como autores materiales o partícipes.

En ambos supuestos el procedimiento puede ser reabierto —no hay cosa juzgada (STS 488/2000 de 20.3 —por el mismo órgano (STC 6.7.94). La reapertura del procedimiento una vez firme el auto de sobreseimiento provisional depende de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa. De esta manera —decíamos en la STS 189/2012 de 21.3, el sobreseimiento provisional tiene dos aspectos. Uno que no resulta modificable sin más cuando el auto adquirió firmeza que es el referente a la insuficiencia de los elementos obrantes en la causa para dar paso a la acusación. Lo más tradicional de nuestras doctrinas procesales ha entendido en este sentido el concepto de sobreseimiento al definirlo «el hecho de cesar el procedimiento o curso de la causa por no existir méritos bastantes para entrar en el juicio». El auto contiene también otro aspecto que autoriza su modificación sometida a una condición: la aportación de nuevos elementos de comprobación. Dicho en

otras palabras: el auto firme de sobreseimiento provisional cierra el procedimiento aunque puede ser dejado sin efecto si se cumplen ciertas condiciones.

**Cuarto.**—Respecto a la posibilidad de que por un juzgado se investiguen los mismos hechos ya sobreseídos provisionalmente por otro distinto, la doctrina de esta Sala (STS. 543/2011 de 15.6), exige que las diligencias de que este procedimiento trae causa si bien relacionadas, sean distintas e independientes, al basarse en hechos nuevos. Por ello a la tesis de los recurrentes cabe oponer: primero, que las diligencias de que este procedimiento trae causa si bien relacionadas, son distintas e independientes, puesto que se basan en hechos nuevos. Por ello la circunstancia de que personas previamente investigadas por hechos anteriores hayan logrado un sobreseimiento no impide que sean investigadas posteriormente, pero si se trata de los mismos hechos sobre los que existe información nueva, es obvio que se requiere la reapertura de las diligencias sobreseídas provisionalmente. Pero si se trata de conductas nuevas, presuntamente cometidas en diferentes circunstancias de tiempo y lugar, con intervinientes que sólo parcialmente coinciden con los que fueron objeto de la investigación anterior, procede iniciar un procedimiento nuevo, que en ningún caso puede ser considerado continuación del anterior.

Siendo así —continúa diciendo la STS 543/2011— no hay prórroga, pues, si no son los mismos hechos. Y menos hay encubrimiento o actuación torticera o de mala fe si el órgano policial investigador pone de manifiesto al juzgado desde un principio la existencia de una investigación anterior, que se toma como antecedente o referente. Es el juez a quien corresponde, si aprecia identidad de objeto, remitir las actuaciones al juzgado anterior para su incorporación a las diligencias originales, lo que no ocurrió en este caso por falta de una directa o íntima conexión entre los supuestos hechos investigados inicialmente y los que dieron lugar a la incoación del nuevo procedimiento sin perjuicio de la personal coincidencia en algún aspecto. En ese caso, tanto el Juzgado como la Guardia Civil proceden con transparencia, dentro de la legalidad constitucional y ordinaria.

La aceptación del argumento de los recurrentes equivaldría a declarar que quien es investigado sin éxito adquiere un derecho intemporal de sobreseimiento libre e indefinido que le confiere inmunidad frente a cualesquiera investigaciones posteriores.

Por todo lo expuesto concluye referida sentencia «que es posible y acorde a la legalidad procesal iniciar ante otro juzgado unas diligencias penales, relacionadas con otras, si el primero niega la continuidad de la investigación y el segundo, es igualmente competente. En nuestro caso ambos juzgados podían ser competentes desde la óptica de una investigación criminal incipiente».

**Quinto.**—Situación que no es la del presente procedimiento. (...)

Del (...) oficio policial se desprende que no se ha conocido ningún hecho nuevo delictivo que pudiera atribuirse a los sospechosos desde el dictado del auto de sobreseimiento por el Juzgado Santa Coloma, 7.9.2007, hasta la fecha en que se dirige la solicitud al Juzgado Guardia Barcelona, 14.11.2007. No obstante ello, las mismas Unidades Policiales, a pesar del dictado de un auto de sobreseimiento provisional por el Juzgado que venía conociendo de la investigación, transcurrido un breve periodo de tiempo y sin que consten cuáles son esos datos objetivos nuevos que hubieran permitido reabrir la instrucción provisionalmente sobreseída o bien la aparición de otros ilícitos desvinculados de aquellos cometidos por todos o algunos de los sujetos implicados en la causa, se dirige a otro órgano judicial, sin poner en su conocimiento la existencia de esa anterior instrucción, provocando así un nuevo proceso en relación a las mismas personas y los mismos hechos presuntamente delictivos.

Resulta, por ello, carente de justificación alguna que si el Juzgado de Instrucción 4 de Santa Coloma, tras más de 8 meses de escuchas telefónicas y pesquisas policiales en las DP. 56/2007, decide sobreseer las actuaciones por considerar los indicios aportados insuficientes para continuar acordando intervenciones telefónicas y/o prorrogando las anteriormente acordadas, frene a tal resolución la Unidad Policial, en vez de realizar nuevas indagaciones que permitieran

reaperturar las diligencias sobreseídas firmes, decida, sin dar una explicación razonable en el plenario, sin haber realizado investigaciones posteriores y sin desvelar la existencia de esa instrucción previa en otro juzgado, presentar en el juzgado instrucción Guardia de Barcelona, unos indicios resultantes de la investigación practicada en aquella instrucción, y que para el Juez hasta entonces competente, habrían sido insuficientes, obviando así el Juez ordinario predeterminado por la Ley y conseguir unas prórrogas de intervenciones telefónicas que debieron haber instado ante el Juzgado de Santa Coloma. (...)

Siendo así resulta inaceptable que, como se dice en la STS. 6/2007 de 10.1, se falta al principio de buena fé y se actúa en fraude de Ley buscando un efecto procesal que no se había obtenido en otro juzgado pero ocultando al nuevo la existencia del procedimiento anterior, y menos aún que con olvido de lo dispuesto en el Art. 23 LECrim, según el cual el Ministerio Fiscal o las partes pueden suscitar cuestiones de competencia o determinarla en función del ejercicio de las acciones que les corresponden, la policía judicial pueda ser considerada como parte y elegir a su capricho el Juez competente actuando además en palmario fraude de Ley, pues, en todo caso, al presentar la solicitud ante los juzgados de Barcelona, debió referir la existencia de esa instrucción previa en el Juzgado de Santa Coloma y el resultado de la misma, a fin de que por aquel Juzgado pudiera apreciar la vinculación y conexión entre las diligencias investigadas en el primer Juzgado y las consignadas en el oficio policial, o su independencia en sentido material y jurídico, para en el primer supuesto declinar la competencia inhibiéndose a favor del Juzgado de Instrucción 4 de Santa Coloma.

En definitiva al haber ocultado el resultado de la instrucción seguida en este juzgado, en particular la denegación de las prórrogas interesadas en el oficio policial núm. (...), impidió al juzgado de instrucción 9 de Barcelona el debido control de la naturaleza, conveniencia y oportunidad de las intervenciones telefónicas acordadas en el auto de 19.11.2007, por lo que cabe concluir que se vulneró la garantía constitucional al secreto de las comunicaciones pues a través de estas intervenciones telefónicas y por las cir-

cunstancias de ocultación que las posibilitaron, se trataba, en realidad de mantener a través de su reanudación, sin ello conocerlo el juzgado que las autorizó, una anterior investigación dándose involuntaria cobertura a una investigación prospectiva sin contar con base objetiva para ello, al basarse en no desvelarse que lo pedido ya había

tenido una respuesta desestimatoria que culminó en el cierre provisional de la misma.

Por tanto debe declararse la nulidad del auto de 19.11.2007, dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 9 de Barcelona que acordó la intervención de los teléfonos.

### Sentencia 749/2012, Sala Segunda del TS, de 11 de octubre

Ponente: **Don Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

Resumen: **Delitos contra la seguridad vial. Iniciativa probatoria**

Recurso de Casación: n.º 1952/2011

Artículos: 24 CE, 11 LOPJ, 729 y 746 LECrim

**Delitos contra la seguridad vial: Iniciativa probatoria. Se detiene la sentencia sobre la correcta interpretación que ha de darse a las facultades en materia probatoria reconocidas al Tribunal en el artículo 729.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, en ningún caso, pueden llegar a suplir la falta de iniciativa de la acusación.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Lo que se reprocha a la sala de instancia es que, después de haber oído a los acusados y a dos agentes policiales testigos de cargo —que dijeron no haber presenciado la acción atribuida a los primeros, que motivó la acusación por delito contra la salud pública— acogió la petición del Fiscal de que, con suspensión del juicio, se citase a los otros dos agentes no propuestos por él ni por dos de las defensas, y sí solo por la tercera (que, al fin, habría renunciado a interrogarles), a los que se recibió declaración en una sesión posterior.

El Fiscal se ha opuesto a la impugnación, al entender que el art. 746,6.º Lecrim autorizaba al acusador público a proponer nueva prueba, al haberse producido revelaciones inesperadas.

Esta objeción es del todo inconsistente, pues no cabe hablar de la emergencia de dato alguno que pudiera considerarse sorpresivo, por inédito, en la causa, cuando lo que hubo fue una simple omisión, seguramente por descuido, que dejó incompleta la proposición de prueba de la acusación. Es como debe interpretarse lo sucedido, porque el atestado ofrece datos bastantes para

entender que, en la estrategia de apoyo a una hipótesis acusatoria como la efectivamente sostenida, era imprescindible llevar a juicio a los dos agentes que, sin embargo, no fueron citados por el Fiscal como testigos.

Por tanto, lo que hubo no fue un uso regular de la previsión del art. 746,6.º Lecrim, sino aplicación de la del art. 729,2.º Lecrim, que es cosa bien distinta.

Este precepto consagra un supuesto de instrucción probatoria por parte del tribunal del enjuiciamiento que ha sido, con sobrada razón, sumamente polémico; y que la jurisprudencia de esta sala, a partir de la importante STS n.º 2706/1993, de 1 de diciembre y de otras como la de n.º 918/2004, de 16 de julio ¿con el respaldo, entre otras, de la STC 188/2000, de 10 de julio¿ ha reconducido a sus justos términos constitucionales. Algo imprescindible para evitar la colisión de esa facultad legal con las exigencias derivadas del derecho a un tribunal imparcial.

Como se dijo en la primera resolución citada, la vigencia del principio acusatorio impone evitar que el tribunal, supliendo la omisión de alguna de las partes, pueda convertirse en acusador o

defensor con el consiguiente menoscabo de su equidistancia, «porque la simple formulación de la prueba exterioriza un prejuicio o toma de posición favorable y coadyuvante al éxito de la acción penal».

En la segunda de aquellas se precisó que la iniciativa del tribunal, en casos de esta índole, solo podría admitirse para llevar al juicio lo que se ha descrito como «prueba sobre la prueba», dirigida a acreditar alguna circunstancia apta para influir en la valoración probatoria de la declaración de algún testigo. No, por tanto, para cubrir la ausencia de esta, cuando no hubiera sido propuesto en tiempo.

Pues bien, no hacen falta mayores consideraciones para concluir que lo sucedido fue algo

diferente. En efecto, dado que lo que hizo la sala —atendiendo una petición del Fiscal, rigurosamente extemporánea, sin apoyo en el art. 729 Lecrim en su lectura constitucional y tampoco en el art. 746,6.º Lecrim— fue cubrir un completo vacío de prueba de la acusación, que había dejado sin sustento a uno de los extremos de la hipótesis inculpatoria que propugnaba. Por tanto, es claro, el tribunal se subrogó indebidamente en el papel de aquella, con claro perjuicio de su imparcialidad objetiva.

Así, en aplicación del art. 11,1 LOPJ, debe estimarse el motivo en lo que se refiere a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; y esto hace innecesario entrar en el examen del extremo relativo a la presunción de inocencia.

### Sentencia 864/2012, Sala Segunda del TS, de 16 de octubre

---

Ponente: **Don Luciano Varela Castro**

Resumen: **Intervenciones telefónicas: reiteración de oficios policiales solicitándolas. Buena fe procesal**

Recurso de Casación: n.º 1726/2011

Artículos: 24 CE, 11 LOPJ y 579 LECrim

**Delito contra los derechos de los extranjeros y prostitución: Se declara la nulidad de las intervenciones telefónicas y pruebas derivadas y la consiguiente absolución de los condenados, al haberse omitido en el oficio policial que las solicitó la existencia de otro previo cursado que había sido rechazado por otro Juzgado en diligencias indeterminadas sin llegarse a incoar procedimiento penal.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

---

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—1. Por el cauce del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la recurrente (...) denuncia en el primero de los motivos la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado. Al efecto alega que, cuando se formula la petición de intervención de comunicaciones telefónicas al Juzgado n.º 1 de los de Logroño, ya había recaído una resolución anterior del Juzgado de Instrucción n.º 3 de la misma ciudad declarando improcedente esa intervención. (...)

Estima la recurrente que la fuerza policial actuó con ostensible mala fe al ocultar en el segundo oficio que su anterior petición había sido desestimada.

Y que de esta manera alteró la determinación del órgano competente para decidir con vulneración de contenido constitucional, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución.

2. El recurrente D. Edemiro incide en la misma denuncia resaltando la existencia de la primera solicitud de intervención y su denegación seguida de la segunda solicitud a órgano jurisdiccional.

diccional diverso al que se le oculta la suerte de la primera petición.

Para este recurrente lo trascendente no es la mera infracción de normas de reparto, sino la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y al juez ordinario predeterminado.

Uno y otro recurrente subrayan que entre una y otra solicitud policial de intervención de comunicaciones no existía diferencia alguna relevante en el relato de datos justificadores.

(...)

4. Sin perjuicio de lo que diremos en el fundamento jurídico siguiente, procede ahora recordar una ya reiterada línea jurisprudencial que ha venido saliendo al paso de comportamientos policiales como los que se acaban de exponer.

Cuando en un órgano jurisdiccional se han seguido actuaciones sobre unos hechos y recayó decisión de sobreseimiento, si se reitera la solicitud ante otro órgano jurisdiccional diverso ocultando ese antecedente en el oficio policial, que traslada la noticia del hecho delictivo con la indicada solicitud de intervención de comunicaciones, se decreta la nulidad de la intervención de comunicaciones que fue ordenada jurisdiccionalmente con aquella falta de información.

Así se decidió en la Sentencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 6/2007, citada por el recurrente y en la que se afirmó que: se falta al principio del buena fe y se actúa en fraude de ley buscando un efecto procesal que no se había obtenido en otro juzgado pero ocultando al nuevo la existencia del procedimiento anterior. Como policía judicial debían conocer que la revocación del sobreseimiento provisional solo podía conseguirse por la vía de los recursos. Tenía abierta la posibilidad de poner los hechos en conocimiento del superior jerárquico del Ministerio Fiscal para que se pusiesen en marcha los mecanismos de recurso establecidos por la ley. Y se concluye que: De esta forma se frustra, por manifiesta ilegalidad, en la actuación inicial, la aplicación y observancia de las reglas procesales en unas actuaciones que no pueden ser admitidas en el seno del ordenamiento constitucional y que, por tanto, se deben terminar declarando su absoluta e irreversible nulidad y

la consiguiente absolución de los condenados.

(...)

Esta doctrina la hemos reiterado en la más reciente Sentencia de esta Sala Segunda de este Tribunal n.º 740/2012 de 10 de octubre, en la que el primero de los procedimientos culminó con sobreseimiento y se instó nuevamente la intervención ante un segundo Juzgado ocultando la decisión recaída sobre la misma ante otro Juzgado con anterioridad.

(...)

**Segundo.**—1. Así planteada la cuestión por sendos motivos de los dos penados recurrentes, y con tales premisas jurisprudenciales, no está de más recordar: a) que en el presente caso el Juzgado que interviene en primer lugar y denegó la autorización de intervenir comunicaciones, ni siquiera autorizó la incoación de procedimiento penal alguno, lo que implica inadmisión de la denuncia implícita en el oficio policial fechado en 14 de julio; b) que el segundo oficio, a los pocos días de esa primera denegación, se presenta ante otro órgano jurisdiccional pero con jurisdicción en la misma circunscripción y c) que en el mismo se oculta el fracaso del primer intento policial de disponer de la autorización de intervención de comunicaciones telefónicas.

2. Lo anterior nos obliga a precisar, a diferencia de lo que ocurría en los casos antes resueltos por este Tribunal Supremo la naturaleza de la decisión del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Logroño cuando deniega la autorización solicitada y no incoa procedimiento alguno, registrando la solicitud y su decisión como «diligencias indeterminadas».

Desde luego es constante la doctrina que diferencia tal resolución judicial de la de sobreseimiento libre y le priva del efecto de cosa juzgada. (...) Y que tampoco producen eficacia preclusiva las resoluciones dictadas al amparo de los artículos 313 y 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que rechazan una querrela o denuncia por estimarse que los hechos denunciados no constituyen delito. Pues bien, aunque dijimos que en tal caso no existe propiamente proceso penal, porque éste ha sido rechazado «a limine», aquella similitud con el sobreseimiento de tipo provisional, nos lleva a predicar que, si en el su-

puesto de éste no cabe la «reapertura», sino tras la adquisición de noticias nuevas que justifiquen la decisión antes rechazada, tales nuevos hechos o «nova reperta», respecto de la información disponible cuando ésta fue denegada, han de presentarse también para volver a intentar legítimamente una «apertura» de procedimiento.

3. Ciertamente, en la medida en que la inicial decisión sobre el eventual seguimiento de procedimiento penal y, en el marco del mismo, la adopción de diligencias limitativas de derechos fundamentales, y la posterior decisión sobre lo mismo, son sometidas a órganos jurisdiccionales de la misma naturaleza y categoría y con idéntico ámbito jurisdiccional, mal puede invocarse la garantía o derecho al juez ordinario predeterminado.

4. Lo anterior conduciría a la desestimación de los dos motivos examinados (el primero de ambos recursos) en cuanto invocan la citada garantía o derecho al juez ordinario.

No obstante hemos de subrayar que, más nítidamente, en el recurso de D. Edemiro, a esa invocación se añade la del derecho a la tutela judicial y el derecho a un proceso con todas las garantías.

Esta última incluye lo que en otros ordenamientos se conoce como «due process of law», «fair trial», o derecho al proceso debido o juicio justo. Constitucionalizado ese derecho en el artículo 24.2 de la Constitución, al refrendar el derecho a un proceso con todas las garantías, se está dando contenido constitucional a la exigencia de que en todo el desarrollo del proceso sean observadas, no solamente aquellas garantías específicamente enumeradas en el mismo u otros concretos preceptos de la Constitución, sino otras que genéricamente resultan abarcadas.

Aunque no sea pacífico el contenido de esa garantía, así genéricamente proclamada, resulta poco cuestionable que en la misma cabe incluir, la exigencia de respeto a los principios de lealtad y buena fe y a que no sean utilizados los medios de prueba obtenidos, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales.

Como ponen de manifiesto las sentencias de este Tribunal Supremo que antes dejamos citadas: se falta al principio del buena fé y se actúa

en fraude de ley buscando un efecto procesal que no se había obtenido en otro juzgado pero ocultando al nuevo la existencia del procedimiento anterior.

Y si ese reproche se hace a quien así se dirige al Juzgado, respecto de la competencia de éste proclamamos que no podía valorar como tales, de forma legítima, y a los efectos de restringir los derechos de los imputados, los datos que ya habían sido comunicados anteriormente a otro Juzgado de instrucción, con más razón, si cabe, si el segundo no disponía de ningún dato actualizado respecto de la posible comisión de actos delictivos por parte de los mismos imputados.

Esa lealtad de quien pretende una resolución jurisdiccional y la competencia legalmente preestablecida de quien la dicta, se integran en el derecho a un proceso con todas las garantías.

Por otro lado forma parte del derecho a la tutela judicial la intangibilidad de las resoluciones jurisdiccionales. Recuerda el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia n.º 114/2012 de 24 de mayo: Constituye reiterada doctrina de este Tribunal que el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva art. 24.1 CE, impiden a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos expresamente previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, pues la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el debate sobre lo ya resuelto por una resolución judicial firme en cualquier circunstancia.

Y añade:

En definitiva, el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes consagrado en el art. 24.1 CE como una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva no se circunscribe a los supuestos en que sea posible apreciar las identidades propias de la cosa juzgada formal, ni puede identificarse con este concepto jurídico procesal, sino que su alcance es mucho más amplio y se proyecta sobre todas aquellas cuestiones respecto de las que pueda afirmarse que una resolución judicial firme ha resuelto, conformando la realidad jurídica en un

cierto sentido, realidad que no puede ser ignorada o contradicha ni por el propio órgano judicial, ni por otros órganos judiciales en procesos conexos.

Concluyendo:

la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme no afecta sólo al contenido del fallo, sino que también se proyecta sobre aquellos pronunciamientos que constituyen ratio decidendi de la resolución, aunque no se trasladen al fallo SSTC 15/2006 de 16 de enero, FJ 6; o sobre los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan determinantes para la decisión adoptada ( STC 62/2010 de 18 de octubre , FJ 5).

Por todo lo anterior, y pese a la especificidad del caso ahora juzgado en relación a los resueltos en aquellas anteriores sentencias de este Tribunal Supremo, hemos de concluir que la obtención maliciosa de una nueva resolución jurisdiccional sobre limitación del derecho al secreto de las comunicaciones constituye una vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial y al proceso con todas las garantías, por lo que debe considerarse radicalmente ilícita y sus resultados no utilizables como medio de prueba.

Sanción que alcanzará a aquellos otros medios de prueba directamente vinculados y cuya antijuricidad no cabe estimar desconectada de la que tiñe esa inicial obtención.

### Sentencia 813/2012, Sala Segunda del TS, de 17 de octubre

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Estafa procesal. Momento consumativo**

Recurso de Casación: **n.º 2076/2011**

Artículos: **16, 62, 77, 131, 248 y 392 Código Penal**

**Estafa procesal: Se analiza la jurisprudencia relativa al problema de cuándo se consuma el delito de estafa procesal. Por otra parte, se establece la doctrina relativa a la determinación de la prescripción en caso de conexión medial entre delitos.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Quinto.**—La acusación particular formula como primer motivo, con apoyo procesal en el art. 849.1.º de la LECr., la indebida aplicación de los arts. 131 y 132 del C. Penal en relación con el delito de falsedad.

Argumenta para sostener su tesis que la Audiencia ha interpretado erróneamente la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la prescripción de los delitos instrumentales en los comportamientos delictivos complejos como son los correspondientes a los concursos mediales, ya que en estos casos debe estarse al plazo de prescripción del delito más grave o principal. Y añade que en tales supuestos el «dies a quo» del concurso delictivo ha de fijarse en la fecha

en que se haya completado la conducta punible.

La cita que refiere la parte recurrente sobre la doctrina jurisprudencial que aplica esta Sala para la prescripción de los concursos mediales delictivos es correcta, pero no lo es en cambio la aplicación que hace de ella en el supuesto concreto que ahora se juzga.

En efecto, si bien es verdad que el acusado ejecutó la conducta falsaria —directamente o a través de un tercero— con el único fin de defraudar a la entidad querellante en el caso de que esta acudiera a un despido laboral por percatarse del contenido espurio de su currículum profesional, ello no quiere decir que la conexión medial entre ambos delitos —falsedad en documento privado y estafa procesal— se mantenga vigente sine die sin atender al tiempo transcurrido entre

la comisión del delito medio y la del delito fin. Pues carece de razón jurídica el suspender el transcurso del plazo de la prescripción del delito medio, esto es, el tipo penal falsario, ante la expectativa de que el acusado pueda ejecutar años más tarde el delito fin: la estafa procesal. Esa suspensión del cómputo del plazo prescriptivo del delito falsario no viene prevista en la ley y además se opone a la naturaleza y a los fines sustantivos y procesales del instituto de la prescripción.

En consecuencia, la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo de la prescripción de los delitos integrantes de un concurso medial ha de aplicarse partiendo siempre de la premisa de que el delito fin se cometa antes de que prescriba el delito medio. De no ser así, que es precisamente lo que sucede en este caso, el delito medio ha de considerarse prescrito una vez que transcurra el plazo previsto en el art. 131 del C. Penal. De modo que transcurrido el tiempo previsto para la prescripción del delito medio no cabe que este reviva cuando, una vez consolidada la prescripción, se materialice el delito fin. Puede decirse por tanto que el complejo concursal medial no llega a constituirse, de ahí que no quepa aplicar los plazos prescriptivos propios de esa unidad jurídica.

En el supuesto que ahora se juzga transcurrieron más de siete años desde que el acusado ejecutó la conducta falsaria —enero de 1997— hasta que inició la comisión del delito de estafa procesal presentando la demanda por despido ante la Jurisdicción Social, comportamiento perpetrado en el mes de julio de 2004. Visto lo cual, es claro que transcurrieron holgadamente los tres años que para la prescripción del delito de falsedad en documento privado (castigado con una pena inferior a tres años de prisión) prevé el art. 131 del C. Penal que estaba vigente cuando se perpetró la acción falsaria.

En consonancia con lo anterior, el motivo no puede acogerse.

**Sexto.**—El segundo motivo del recurso lo dedica la acusación particular a denunciar la infracción de ley (art. 849.1.º LECr.) consistente en la aplicación indebida de los arts. 16.2 y 62 del C. Penal.

1. Aduce al respecto que el delito de estafa procesal no se quedó en fase de tentativa sino que realmente resultó consumado, toda vez que la entidad querellante tuvo que avalar la suma de 1.707.744,50 euros para poder recurrir la sentencia del Juzgado de lo Social ante la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por lo que se habría producido un perjuicio directo para el Banco, que este fijó en la suma de 76.848,48 euros.

El alegato de la acusación particular, a pesar de que se recurre por la vía de la infracción de ley, no respeta lo declarado probado en la sentencia recurrida, toda vez que en esta se dice al final del «factum» que no consta que se le hubieran generado a la entidad bancaria unos gastos por importe de 76.848,48 euros. Este resultado probatorio es ratificado después en la fundamentación jurídica, al afirmarse que no se ha acreditado que la empresa empleadora hubiera realizado un acto de disposición por el importe de la referida suma ni por ningún otro (fundamento jurídico tercero).

Siendo así, resulta un hecho ahora incontrovertible que no concurre el perjuicio económico que alega la parte para fundamentar la aplicación de la consumación delictiva.

2. Como argumento subsidiario o a mayores alega la entidad recurrente que según el criterio de la Sala de casación, mantenido al menos por un sector de la jurisprudencia, el momento consumativo de la estafa procesal es aquel en que se dicta la sentencia de fondo injusta y no cuando se produce el desplazamiento patrimonial, que se materializará al ejecutarse el fallo judicial dictado como consecuencia del engaño. Y cita sobre el particular las sentencias de 8 de noviembre de 2003, 20 de abril de 1999 y 9 de marzo de 1992.

Como es sabido, y así lo admite también la parte recurrente, la determinación de cuándo se produce la consumación del delito de estafa procesal ha sido un tema muy cuestionado y controvertido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Pues, atendiendo a los bienes jurídicos tutelados por la norma penal (el patrimonio de la víctima y el buen funcionamiento de la Administración de Justicia), se ha entendido en unos casos que no se precisa el desplazamiento

patrimonial buscado por el acusado sino que es suficiente con que se dicte una sentencia sobre el fondo en el proceso promovido fraudulentamente; mientras que en otros supuestos se enfatiza la relevancia del perjuicio para el patrimonio de la víctima, ponderando para ello la ubicación sistemática del precepto en el texto legal; de modo que no se consumaría el delito hasta que resultara económicamente menoscabado el patrimonio de la víctima con su desplazamiento en beneficio del autor de la conducta defraudatoria o de un tercero, no siendo así suficiente con dictar una resolución judicial injusta.

La entidad impugnante cita las tres sentencias arriba reseñadas para constatar la tesis inculpativa que postula en favor de anticipar la consumación. Sin embargo, concurren otras sentencias en sentido contrario: 1508/2000, de 28-9; 172/2005, de 14 de febrero; 214/2007, de 26 de febrero; y 244/2009, de 6 de marzo, alguna de las cuales son reseñadas por el Tribunal de instancia con el fin de apoyar su decisión de condenar por tentativa.

Es cierto que recientemente se han dictado algunas sentencias en las que se vuelve a imponer la línea tradicional de esta Sala, en el sentido de que la consumación del delito de estafa procesal se produce cuando se dicta una sentencia sobre el fondo en el proceso que se utiliza como cauce fraudulento. Y así han de citarse en este sentido las SSTs 35/2010, de 4 de febrero; 332/2012, de 30 de abril; y 366/2012, de 3 de mayo.

En ellas se argumenta que «lo que verdaderamente consume el tipo delictivo en la estafa procesal es la producción de una decisión de fondo respecto de la cuestión planteada, pudiendo en los demás casos integrar la conducta modalidades imperfectas de ejecución y así puede hablarse de tentativa cuando el engaño es descubierto y el Juez se apercebe del mismo pese a poder ser idóneo. En definitiva, el tipo se consume cuando recae una decisión sobre el fondo de la cuestión planteada y en los demás casos puede producirse en grado de perfección imperfecta».

Sin embargo, las referidas sentencias se apoyan en la 172/2005, de 14 de febrero, cuya argumen-

tación acaba postulando al final de sus razonamientos la tesis contraria a la de la consumación en el momento de dictar sentencia. Así consta en su fundamento quinto al razonar que «no se producirá la consumación delictiva hasta que no se ocasione el efectivo desplazamiento patrimonial, y éste, es claro, no se producirá hasta que no se ejecute el fallo judicial ganado con tan torticeros métodos, y naturalmente, el perjudicado por el delito no satisfaga el importe de lo resuelto judicialmente. Lo mismo que en la estafa simple, no basta que el error producido en el sujeto pasivo del delito le incline a una desposesión patrimonial originada por tal engaño, sino que es preciso que, de algún modo, tal desplazamiento patrimonial tenga efectividad para considerar la estafa como consumada».

Sea como fuere, y aun siguiendo la doctrina mayoritaria de esta Sala que sostiene que la consumación en la estafa procesal tiene lugar cuando se dicta la sentencia sobre el fondo de la demanda, lo cierto es que en el presente caso la sentencia de la jurisdicción laboral ni siquiera adquirió firmeza, ya que fue recurrida por la parte querellante y anulada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior antes de que deviniera firme. Por lo cual, la obligación que generó el pronunciamiento del Juzgado de lo Social para el patrimonio de la entidad querellante fue meramente provisional y nunca tuvo el carácter de una resolución susceptible de ser plenamente ejecutada. De modo que no se trata solo de que no haya habido un desplazamiento material del patrimonio de la víctima a favor del acusado, sino que la obligación o carga que para el patrimonio de la entidad querellante se estableció en la sentencia tenía una connotación de provisionalidad que le impedía alcanzar la ilicitud necesaria para ser tutelada por la norma penal correspondiente a la consumación delictiva, apreciándose el delito en fase de tentativa.

Así pues, se desestima también este segundo motivo de impugnación y con él la integridad del recurso de la entidad bancaria querellante, imponiéndose a la acusación particular las costas que ha generado en esta instancia (art. 901 LECr.).

**Sentencia 777/2012, Sala Segunda del TS, de 17 de octubre**

---

Ponente: **Don Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Intervenciones telefónicas. Veredicto del jurado y motivación de la sentencia**

Recurso de Casación: **n.º 12048/2011**

Artículos: **18, 24 y 120 CE, 68 y 70 LOTJ**

Se pronuncia la Sala sobre la legitimidad constitucional de la técnica de cruce de datos informáticos, derivados de la localización de terminales telefónicas en un pequeño radio de acción y franja horaria, para el descubrimiento del autor de un delito de asesinato, negando su carácter prospectivo. Aprecia en cambio la falta de motivación en la sentencia de segundo grado (apelación) y ordena la devolución al TSJ al no haber motivado de manera suficiente el conjunto de elementos probatorios que hizo constar el Jurado como fundamento sucinto de su convicción.

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

---

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Segundo.**—En el proceso seguido en esta causa, se ha juzgado el asesinato de Armando, en la tarde del día 8 de enero de 2009, en la habitación núm. (...) del hospital «Doce de Octubre», de Madrid, en donde se encontraba ingresado, actuación llevada a cabo mediante una operación conjunta, en la que aparece como ejecutor material (Matías), organización principal (Antonio), lugarteniente de éste (Eloy), labores de información previa (Fermín), facilitación del arma al ejecutor material (Jose Pedro), con ocultación posterior del sicario, y labores de encubrimiento a cargo de Anselmo. La acción transcurre rápidamente en la habitación núm. (...), sobre las siete y media de la tarde, momento el que entra el ejecutor material, y tras preguntar, le indica el compañero de la habitación quién era Armando, e instantes después se producen varios disparos que acaban con su vida, huyendo el autor de los mismos de forma rápida, hablando por un teléfono móvil, y dando cuenta a terceros de la finalización del «trabajo encomendado», lo que es grabado por las cámaras de seguridad del referido hospital, por lo cual, la investigación policial, de forma inmediata, se centra en la averiguación de algún número telefónico, de los que pudieran haber sido activados en dicho lugar y en la propia franja horaria, a fin de poder contar con alguna pista sobre la autoría material de los he-

chos, a través de la averiguación de un cruce de datos informáticos de naturaleza telefónica, mediante la información que pudieran arrojar las comunicaciones producidas entre las diversas antenas o torretas de telefonía que se encuentran ubicadas en los alrededores del citado hospital. (...)

todos los recurrentes (...) reprochan tal técnica de investigación policial que tildan de un rastreo de datos, prohibido, a su juicio, en nuestro ordenamiento jurídico. También se alega la vulneración al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, y a la protección de datos de carácter personal. Antes de nada, debe señalarse que no existe vulneración del art. 22.3 de la Ley de Protección de Datos, ni del art. 35 de la Ley General de Comunicaciones, pues la especialidad en esta materia la constituye la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Los datos que utilizó la policía judicial con autorización judicial fueron los relacionados en su art. 4.º, y ello con las restricciones y con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo, según se regula expresamente en el art. 8.º de la Ley 25/2007. Del propio modo, esta ley modifica el art. 33 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones,

en aspectos que son cuestionados por los recurrentes, cuando su finalidad precisamente es la de posibilitar investigaciones como la presente, utilizando datos conservados que pueden arrojar indicios relevantes para la identificación de un terminal telefónico, aun sin titularidad nominal, que permita extraer elementos de localización o de conectividad, es decir, sin afectar al contenido de la conversación, y que ayuden a dirigir inicialmente una investigación delictiva. Este cruce de datos será extremadamente útil en la investigación de una serie de delitos, de importante impacto social, y que pueden verse facilitados en su esclarecimiento a través de esta nuevas técnicas en el cruce de conectividades, ya que no se trata de contenidos concretos y accesibles, ni titularidades nominales, que obviamente por ello no se ven afectados, ni han de incidir, ni en el invocado derecho constitucional a la intimidad, ni al secreto de las comunicaciones (apartados 1 y 3 del art. 18 de nuestra Carta Magna).

(...)

Varios puntos han sido, pues, objeto de análisis por los recurrentes. Primero, como ya hemos dejado expuesto, la invasión de la intimidad por la utilización de tal rastreo de datos. Pues, bien, ninguna vulneración puede predicarse de la utilización de un método que lo único que pretende es conseguir, en un radio de acción prefijado, la activación de unos mecanismos de comunicación, traducidos en números, de donde pueda inferirse la localización de unos terminales de donde inducir la presencia de unos pocos sospechosos que respondan a la utilización más certera de un material que se ha conseguido por otros medios probatorios y que, como hemos visto, se han obtenido a través de informaciones directas, comprobables y legítimas. Esto es lo que ha sucedido en el caso sometido a nuestra revisión casacional. Y en este sentido este Tribunal Supremo, ya ha declarado que cuando «esa ubicación sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal, en modo alguno puede considerarse afectado, al menos de forma relevante, el derecho a la intimidad del sometido a la práctica de la diligencia» (STS 906/2008,

de 19 de diciembre). En el misma línea, la STS 706/2006, de 14 de junio (...).

Se ha reprochado también que se trataba de una investigación prospectiva. En absoluto puede calificarse así a una medida que, tras la ocurrencia de unos graves hechos —un asesinato—, trata de iniciar una línea de investigación para conseguir alguna pista que revele a aquella persona que ha sido visto, mediante cámaras de vigilancias, hablando por un teléfono móvil. La prospección que se rechaza por la jurisprudencia es la que utiliza medios de investigación cuando no se persigue propiamente un delito en concreto, sino a la búsqueda de potenciales acciones delictivas.

En el caso enjuiciado, nos encontramos ante un asesinato, en el que los intervinientes ocultaban sus rostros, contactaban telefónicamente con terceros, una vez ejecutado el hecho, de manera que la única línea de investigación posible para identificar a los autores pasaba necesariamente por el estudio de las llamadas efectuadas, entrantes o salientes, producidas en un radio de acción y en una franja horaria, que cubren las exigencias del principio de proporcionalidad y de especialidad, necesarias para la autorización judicial de la injerencia.

Los recurrentes han rechazado también la legalidad constitucional de esta medida, al reprocharse la investigación que se lleva a cabo del contenido de uno de los teléfonos, concretamente el de Jose Pedro, al averiguarse de forma ilegal tal interceptación y su utilización para esta causa. Nada de ello puede ser afirmado. En efecto, tras la comprobación de un número significativamente muy reducido de teléfonos que habrían entrado en comunicación en la franja horaria investigada, y en el lugar donde se comprobó mediante las imágenes, que se habían utilizado los terminales —lo que exclusivamente constituye ese primer acotamiento derivado de la utilización de la técnica del cruce de datos, mejor que rastreo de llamadas—, se pudo averiguar, por medios propios de la policía judicial, que confrontó tales datos con sus bases, que uno de ellos estaba siendo objeto de una escucha judicial, por delito de tráfico de drogas, en el curso de unas diligencias previas por un Juzgado de Instrucción de Jaén. Nada hay, pues, reprocha-

ble en que la policía utilice sus bases de datos para la averiguación de tal elemento de investigación, máxime cuando la interceptación no era un asunto del pasado, es decir, no era un caso cerrado (que tampoco lo hubiera impedido, por cierto), sino un caso «abierto» —y en marcha—, razón por la cual, ante la constatación de tal información, la policía se dirige a ambos jueces, el del Madrid (Juzgado de Instrucción n.º 17) y el de Jaén (Juzgado de Instrucción n.º 1), y ambos les pide que se permita consultar tales fuentes, al haberse constatado que el propio día 8 de enero, el día del asesinato, existían llamadas entrantes y salientes que pudieran estar relacionadas con el hecho investigado en Madrid, y a las que en su día no se habría dado importancia, por no estar vinculadas al tráfico de drogas. El juez de Jaén autoriza la consulta de las transcripciones, mediante Auto de 19 de febrero de 2009 (folio 452), uniéndose a la causa tales documentos, que, por cierto, fueron después oídas en el plenario. Por consiguiente, esta censura tampoco puede prosperar.

Otro tema controvertido es la utilización de un material que las defensas no consideran como «hallazgo casual», y que, en todo caso, impugnan la concurrencia de los requisitos elaborados por nuestra jurisprudencia para otorgar valor a las pruebas resultantes de tal hallazgo. Esta Sala Casacional ha declarado repetidamente que el hallazgo casual, es decir, el elemento probatorio novedoso que no está inicialmente abarcado por el principio de especialidad, puede ser utilizado en el propio o distinto procedimiento, bien por tratarse de un delito flagrante o bien por razones de conexidad procesal, siempre que, advertido el hallazgo, el juez resuelva expresamente continuar con la investigación para el esclarecimiento de ese nuevo delito, ante la existencia de razones basadas en los principios de proporcionalidad e idoneidad. El hallazgo no solamente se proyecta hacia el futuro, como en el caso de unas intervenciones telefónicas en donde resultan indicios de la comisión de otros delitos diferentes a los investigados, sino también puede producirse hacia el pasado, como cuando en el curso de un registro domiciliario, aparecen evidencias de otros ilícitos, o cuando, como aquí sucede, las intervenciones telefónicas pueden arrojar datos sustanciosos acerca de

la participación de los comunicantes en hechos no inicialmente investigados por esa vía, con tal que, como hemos dicho, tal línea de investigación sea puesta de manifiesto ante el juez, y éste, valorando los intereses en juego, acceda a su incorporación al proceso, conjugando un elemental principio de proporcionalidad. Se trata, en suma, de aquellos descubrimientos casuales que pueden aportar luz para el esclarecimiento de los hechos, de carácter novedoso (puesto que permanecían ocultos), y que han de ser investigados, con tal que la autoridad judicial pondere su importancia, salvaguarde el principio de especialidad, y justifique su necesidad y proporcionalidad.

(...)

Consecuentemente, al existir proporcionalidad, necesidad, especialidad e idoneidad en la adopción de la medida de convalidar la investigación en curso a los fines del esclarecimiento de otro delito diferente, suficientemente grave, el motivo no puede prosperar.

(...)

**Cuarto.**—Todos los recurrentes han formalizado uno o varios reproches relativos a la vulneración de la presunción constitucional de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, que se reconducen sustancialmente a la motivación del objeto del veredicto, y a la complementación exigida en el art. 70.2 de la ley reguladora de nuestro sistema de Jurado.

(...)

A tal efecto, hemos de recordar que ya en nuestra STS 487/2008, 17 de julio, decíamos que, cuando se trata de sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado, no puede exigirse a los ciudadanos que integran el Tribunal el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que debe exigirse al Juez profesional y por ello la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado sólo requiere en el art. 61.1 d) que conste en el acta de votación la expresión de los documentos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar como probados unos determinados hechos. Con ello se integra la motivación del veredicto que debe ser lo suficientemente explícita para que el Magistrado Presidente pueda cumplir con la

obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone el art. 70.2 de la Ley, complementando aquellos aspectos (...)

En este caso, la motivación que consta en el acta del veredicto hemos de considerarla suficiente, en tanto en cuanto el Jurado, de forma precisa y sintética, no solo va examinando uno por uno los hechos objeto de veredicto, sino que, en cada uno de ellos, expone aquellos elementos probatorios que ha tenido presente para declararlos probados o no probados (en este caso, siempre por unanimidad), lo que viene a significar la expresión del convencimiento que produjeron en los jurados las pruebas practicadas en el plenario, y ello viene a satisfacer las exigencias de lo dispuesto en el precitado apartado d) del número 1.º del artículo 61 de la L.O.T.J., cuando hace referencia a «una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados».

Ahora bien, en donde se observa una grave ausencia de motivación es en la sentencia de segundo grado, o de apelación.

(...)

Ciertamente, el Magistrado-Presidente en su sentencia se limita a copiar la relación de elementos de convicción que ha tenido en consideración el Jurado para declarar como probados los hechos que integran la resultancia fáctica de aquella, y añade unos pocos más en su página 62, al finalizar el fundamento jurídico segundo.

Y aunque la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia considera suficiente tal motivación, ante la interposición de los diversos reproches en vía de apelación por causa de la invocada vulneración de la presunción de inocencia, consideramos que no ha motivado suficientemente el conjunto de elementos probatorios que hizo constar el Jurado como fundamento sucinto de su convicción, aunque en algunos puntos pueda haber sido adecuada la respuesta. Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

Esta Sala Casacional ha declarado que para que una sentencia cumpla de forma eficaz estos pronunciamientos, ajustándose a las exigencias del art. 120.3 de la Constitución española y a las correspondientes a la presunción de inocencia como regla del juicio (art. 24.2 CE), hemos

dicho muy recientemente (STS 717/2012, de 4 de octubre) que «es preciso que las fuentes de conocimiento aparezcan suficientemente identificadas; tiene que saberse el origen de las distintas aportaciones, de cargo y de descargo; y en fin, deberá cruzarse esa información, los datos probatorios, para extraer como resultado hechos probados. Así, cada aserto de éstos contará con un sustento claro en elementos de prueba, lo que permitirá saber de dónde viene y por qué. De otro modo, ni el lector de la sentencia sabrá realmente a qué atenerse, ni tampoco el tribunal habrá cumplido con la tarea de plasmar por escrito los pasos de su proceso discursivo sobre la prueba, y habrá omitido el esfuerzo de justificación que le impone la Constitución y la ley».

Tal labor corresponde, en el caso del Tribunal del Jurado, a ambas instancias ciertamente, pero nosotros nos encontramos en esta instancia casacional con que la resolución judicial recurrida es la correspondiente a la dictada por el Tribunal Superior de Justicia.

En este sentido, hemos dicho todavía más recientemente (STS 760/2012, de 16 de octubre) que cuando se invoca como infringido el derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en esta sede casacional, no corresponde a este Tribunal «suplantar al Tribunal de instancia realizando una valoración «ex novo» del conjunto de la prueba practicada, incluidas las pruebas personales cuya práctica no hemos contemplado, sino exclusivamente revisar la corrección y razonabilidad de la sentencia condenatoria desde la perspectiva de comprobar la concurrencia de prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada», y lo que es más importante para el recurso que resolvemos, que «el recurso de casación contra las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado resolviendo recursos de apelación contra sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado tiene como objeto principal la referida sentencia del Tribunal Superior de Justicia y no la del Tribunal del Jurado, por lo que, en el ámbito de la presunción de inocencia, lo que el Tribunal de casación debe verificar es la corrección del control que realiza el Tribunal de apelación sobre la valoración de la prueba efectuada por el

Tribunal de instancia (STS 700/2012, de 26 de septiembre)».

Siendo ello así, comprobamos que la sentencia de segundo grado, única que es objeto de nuestro recurso de casación, no ha llevado a cabo esta labor, al menos de forma completa, dando cumplida respuesta a cada uno de los elementos probatorios que en la sucinta motivación expuso el Jurado, sino por mera referencia a la sentencia de primer grado, que ya hemos analizado se ha limitado a una simple referencia textual de tales sucintas pruebas pero sin una explicación suficiente que garantice el invocado derecho presuntivo y reaccional (art. 24.2 CE).

(...)

De todo ello se deduce que, en el caso enjuiciado, pudo existir la motivación sucinta del Tribunal del Jurado que reclama la ley, pero también que ésta es insuficiente, a los efectos de enervar la presunción de inocencia, si en la Sentencia apelada, cuando este reproche es puesto de manifiesto ante los jueces del Tribunal Superior de

Justicia, no se razona suficientemente el conjunto o cuadro probatorio que justifique su desestimación, tanto desde la perspectiva de la prueba de cargo, como de la de descargo, y del valor probatorio de las declaraciones escritas que le fueron mostradas a los jurados, a lo que habrá de añadir su específico signo incriminatorio.

Por tal razón, hemos de estimar los aludidos reproches casacionales y ordenar la devolución de la Sentencia recurrida al Tribunal Superior de Justicia de donde procede, para que por los propios Magistrados que la dictaron, los cuales ya conocieron expresa y específicamente de tal proceso impugnativo, puedan remediar tal defecto de motivación y expresando las razones que concurren en la enervación del derecho a la presunción de inocencia de cada uno de los recurrentes, se dicte otra que cumplida dé respuesta a tal derecho constitucional, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

## Sentencia 865/2012, Sala Segunda del TS, de 17 de octubre

---

Ponente: **Don Luciano Varela Castro**

Resumen: **Principio acusatorio. Vulneración**

Recurso de Casación: **n.º 2125/2011**

Artículos: **24 CE, 248 y 257 Código Penal**

**Delitos de insolvencia punible y estafa: Tras exponer la doctrina general sobre el principio acusatorio, se aprecia su vulneración al haber introducido el tribunal de instancia como fundamento de la imputación un hecho no aportado a tal efecto por las acusaciones.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

---

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Sexto.**—1. En cuanto a su condena por delito de estafa el primer motivo de los formulados por este penado (quinto del total de los que expone) denuncia vulneración de la garantía de presunción de inocencia.

Ciertamente la argumentación del motivo no se centra propiamente en esa garantía. El recurrente lo que alega es que resultó penado bajo la imputación del hecho consistente conocer el

mal estado del combustible al tiempo de transmitirlo al querellante Pero, alega, la acusación no pretendió la condena en virtud de tal hecho. Por ello se vulnera, dice el recurso, la garantía de presunción de inocencia, quizás porque en cuanto que no alegado ese conocimiento de vicio de la mercancía vendida, mal puede hablarse de su probanza.

Con todo esa referencia a la presunción de inocencia en la exposición del motivo no ha exclui-

do lo que constituye el punto esencial de la justificación de lo que se pretende: la vulneración del principio acusatorio. Y ello porque, expone el recurrente, la justificación fáctica de la imputación de estafa que hacía la acusación particular era la «entrega de unos pagarés a sabiendas de que todo estaba predestinado a que no se cobrasen».

Hecho no solamente posterior al de la venta, sino diverso y autónomo en relación a dicho primer negocio.

2. Conviene pues reiterar aquí la amplia exposición de doctrina jurisprudencial sobre esta garantía constitucional ínsita en el denominado principio acusatorio que detallábamos en la Sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo n.º 1111/2011 de 27 de octubre, en la que recordábamos la diferencia entre, por un lado, la imputación de hechos en la acusación y su reflejo en el correlativo apartado de la declaración de probados de la sentencia, y, por otro lado, la calificación jurídica de aquellos hechos en la correspondiente conclusión provisional del escrito de acusación, con su correlato en sede de fundamentación jurídica de la sentencia.

La descripción de hechos es de naturaleza empírica e histórica y su afirmación debe ser analizada por el Tribunal en términos de verdadera o falsa. Pero ello con estricta sujeción a los que la parte erige en objeto del proceso. De tal suerte que, si el Tribunal amplía el contenido de la imputación de la acusación en ese apartado, lo que hace es asumir la función de parte. Es decir deja de ser el tercero imparcial llamado a establecer el juicio histórico que debe reflejar el apartado de hechos probados de la recurrida.

La valoración que los hechos descritos merezcan en términos jurídicos, constituye la calificación también implicada como objeto del debate, e íntimamente relacionada con el objeto del proceso, en la medida que aquél ha de circunscribirse exclusivamente a tales hechos.

La relación de ambos con principios esenciales del proceso ha sido siempre puesta de manifiesto.

La Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 73/2007 de 16 de abril, examina ambos aspectos desde la perspectiva de derecho a un proceso con todas las garantías y a ser informado de la

acusación. Entre esas garantías debe considerarse las derivadas del principio acusatorio en cuanto afectan al derecho de defensa.

Una de esas garantías es, según la citada Sentencia Constitucional: el derecho a ser informado de la acusación y a no ser condenado por cosa distinta de la que se ha acusado y de la que, por tanto, el reo haya podido defenderse en un debate contradictorio. Por «cosa» en este contexto no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, ya que el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre la calificación jurídica (por todas SSTC 12/1981 de 10 de abril, FJ 4; 225/1997 de 15 de diciembre, FJ 3; 302/2000 de 11 de diciembre, FJ 2; 4/2002 de 14 de enero, FJ 3; 170/2002 de 30 de septiembre, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 33/2003 de 13 de febrero, FJ 3; 71/2005 de 4 de abril, FJ; 266/2006 de 11 de septiembre, FJ 6). En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación.

Se reitera así una ya añeja doctrina que había sido establecida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1988 conforme a la cual «el debate procesal... vincula al juzgador penal, en cuanto que no podrá pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso ni objeto de la acusación, ni podrá calificar jurídicamente los hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido en la acusación». Ratificada entre otras en la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 161/1994 de 23 de mayo, en la que concedió el amparo porque la acusación imputaba tráfico con drogas que no causan grave daño a la salud y la sentencia, sin acudir a planteamiento de tesis, condenó por tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud.

Ciertamente esa misma doctrina ha diferenciado el tratamiento, en cuanto a vinculación del órgano judicial, que merece el apartado descriptivo del hecho respecto del que cabe admitir en cuanto al, apartado valorativo de su calificación jurídica. La diferencia consiste, según la citada Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 73/2007, en que

la sujeción de la condena a la acusación no es tan estricta como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no existe infracción constitucional cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse el acusado para contradecirlo en su caso (por todas, SSTC 10/1988 de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997 de 15 de diciembre, FJ 3; 4/2002 de 14 de enero, FJ 3; 71/2005 de 4 de abril, FJ 3; 266/2006 de 11 de septiembre, FJ 2).

Esa diversidad de tratamiento se corresponde con la reconocida diversidad conceptual reflejada en las denominaciones de identidad fáctica, de vinculación rígida, y homogeneidad en la calificación jurídica que, respetada la inalterabilidad de aquélla, legitima la diversidad de las valoraciones del órgano judicial en relación a las de la parte, si existe una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos, que la acusación por un determinado delito posibilite a la defensa en relación con los homogéneos respecto a él (STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3).

Ahora bien, aquel catálogo de garantías, vinculadas al principio acusatorio y al derecho de defensa, exige que se introduzca la misma en el debate, para que esa calificación jurisdiccional pueda ser legítimamente desvinculada de los términos en que la acusación ha sido formulada. Lo que ha de tener lugar conforme a la previsión que el artículo 733 establece para el procedimiento ordinario y el 788.3 para el abreviado, en la actual redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882). Lo que resulta innecesario exclusivamente cuando la alternativa desvinculada puede tildarse de homogénea con la debatida y la consecuencia jurídica no sea más grave para el acusado.

Este Tribunal Supremo ya adelantó en temprana jurisprudencia que, conforme a tal doctrina no se puede apreciar agravantes que no hayan sido objeto de la acusación, (Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 1986). Recogiendo ese

antecedente, el Tribunal Constitucional ratificó tal doctrina en su Sentencia n.º 205/1989 de 11 de diciembre).

Y, además, ha conformado un cuerpo de doctrina en el que la vinculación se extiende a la obligada apreciación de circunstancias atenuantes solicitadas por la acusación, que el Tribunal no podrá dejar de considerar. Así lo dijimos en las Sentencias n.º 578/2008 de 30 de septiembre, ratificándolo en la n.º 968/2009 de 21 de octubre y en la más reciente de 25 de Abril del 2011 resolviendo el recurso 10434/2010.

En esta última advertimos también que la vinculación es tal que: No es suficiente que la pena no supere la pedida por la acusación, pues resulta obligado, igualmente, la apreciación de la atenuante solicitada por la acusación que, en ese caso, era una exigente incompleta.

En efecto, si se mantiene como impuesta la pena pedida, pero se proclaman hechos determinantes de otra más grave o inexistencia de atenuantes que justifican la rebaja de aquélla, la pena impuesta en la sentencia lo sería con obvia intolerable incorrección.

La doctrina constitucional también se ha cuidado de remitir la vinculación de que venimos hablando a la garantía constitucional del juez imparcial. Así lo recuerdan, incluso en relación solamente a la entidad de la pena impuesta, las SSTC n.º 186/2009 de 7 de septiembre y 205/2009 de 23 de noviembre, reconociendo la concordancia de tal doctrina con la que ya esta Sala del Segunda del Tribunal Supremo ha consolidado (acuerdo de la Sala en Pleno no jurisdiccional de 27 de noviembre de 2007).

3. Pues bien, examinado el escrito de la acusación particular, en redacción provisional elevada a definitiva en juicio oral, es de subrayar a este respecto que la conclusión primera dedica un apartado I) a describir el hecho con el que pretende se acoja la imputación del delito de estafa.

En ese relato comienza por denunciar, como contexto del hecho imputado, la constitución de un «entramado» de sociedades y personas con el exclusivo fin de defraudar. Después hace referencia a que la querellante «tuvo que hacer frente» a los pagos de perjuicios a clientes suyos y, para indicar la razón de tales pagos, indica que

su deuda con los mismos derivó de suministrarle un carburante en mal estado que los querellados, previamente, suministraran a la querellante.

Nada dice la acusación respecto a que tal precedente suministro se efectuara con conocimiento de los defectos por los querellados.

Lo que señala la acusación es que los querellados asumieron el compromiso de abonar a la querellante los perjuicios que a ésta se le derivaran.

Y es entonces cuando identifica la maquinación que tipifica como estafa: que, pese a ese compromiso de los querellados para hacer tal abono a la querellante, todo estaba predestinado para que no fuese así. Y, para especificar el hecho que consumó la estafa imputada, se dice que los querellados procedieron a una artificiosa labor de libramiento de pagarés que, salvo uno, no tuvieron nunca intención de que se hicieran efectivos.

Tal libramiento constituía el engaño en cuya virtud la querellante asumió adelantar el pago a los terceros.

4. La sentencia recurrida, tras una larga exposición sobre la naturaleza y requisitos del delito de estafa, viene a configurar el que imputa al penado recurrente en que, siendo dueño del carburante suministrado, conocía que era «defectuosos» y no hace más referencia al libramiento de pagarés que la de erigir eso en indicio de aquel

conocimiento. Si los libra para pagar es porque se sabía dueño del carburante y conocía que era defectuoso cuando lo vendió.

De tal suerte el hecho imputado por la parte acusadora y el imputado por la sentencia condenatoria son en esencia diversos. El debate resultó tan alterado que la sentencia no hace la menor referencia al «entramado» societario preconfigurado para dar cobertura a la expedición de efectos mercantiles de pago de imposible realización, como medio de captar la voluntad de los perjudicados para efectuar desplazamientos patrimoniales.

También por eso la cuantificación del perjuicio en la sentencia se efectúa atendiendo al importe pagado por la mercancía y no al nominal de aquellos efectos mercantiles.

Hemos pues de concluir que el Tribunal de instancia introdujo como fundamento de la imputación un hecho no aportado a tal efecto por las acusaciones. En consecuencia no se mantuvo ajeno a la determinación del objeto del proceso. Al no hacerlo así se despojó de la imparcialidad que le era exigible y vulneró el derecho de defensa conforme a la doctrina que hemos dejado expuesta.

Lo que debe llevar a la estimación del motivo de casación antes enunciado.

## Sentencia 793/2012, Sala Segunda del TS, de 18 de octubre

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Principio de unidad de alegaciones y doctrina de la cuestión nueva en casación**

Recurso de Casación: n.º 2121/2011

Artículos: 11 LOPJ, 368 Código Penal, 849, 855, 859, 873, 874 y 884 LECrim

**Delitos contra la salud pública: Con motivo de la invocación en casación de la cláusula atenuatoria del art. 368.2.º CP cuya procedencia estima la Sala, se detiene esta con carácter previo en la correcta y actual intelección del principio de unidad de alegaciones entre el escrito de preparación y de sustanciación del recurso y en la doctrina de la cuestión nueva en casación.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El primer motivo del recurso interpuesto discurre por la senda del art. 849.2.º de

la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como advierte certeramente el Fiscal el razonamiento no es congruente con esa vía casacional: no se denuncia un apartamiento de la conclusión fáctica

extraíble de un documento (o prueba asimilada, como es la pericial en ciertos casos). El recurrente, partiendo de unos informes de análisis de la droga, cuyo contenido es respetado y asumido en la sentencia, discute la procedencia de incardinar los hechos en el art. 368 invocando la doctrina jurisprudencial sobre la atipicidad de la transmisión de sustancias con tan insignificante principio activo que carecerían de toda idoneidad para afectar negativamente a la salud.

Estamos en rigor ante un motivo por error iuris que debía haberse canalizado a través del art. 849.1.º (...)

La coincidencia entre los datos de los informes y los acogidos por la sentencia impiden hablar de *error facti*.

Ese desajuste entre el anuncio del recurso (art. 849.2.º) y su formalización (art. 849.1.º) evoca el tradicional principio casacional de unidad de alegaciones que reclama congruencia entre el escrito de preparación y el de sustanciación. La jurisprudencia más antigua insistía con frecuencia en tal exigencia.

No puede exacerbarse esa irregularidad, menos en un supuesto como el presente en que el recurrente se ha acogido a la defensa de oficio con la consiguiente dualidad de profesionales: uno para cada instancia. Esa sucesión en la dirección técnica explica y disculpa la asimetría. Anudar alguna repercusión negativa a ese defecto menor significaría sacrificar en el altar de las formas derechos de trascendente significado como el que corresponde a todo condenado para que el pronunciamiento sea revisado por un Tribunal Superior. El Estado, por otra parte, sin poder inmiscuirse en la relación letrado-defendido, y sin que deba asumir necesariamente responsabilidad por cualquier eventual deficiencia en la actuación del abogado designado de oficio, sí ha de tener una mayor implicación en esos supuestos lo que comportaría, en su caso, una respuesta más indulgente frente a posibles deslices formales o de estrategia (STEDH de 14 de enero de 2003, asunto LAGERBLOM). No hay que minusvalorar los requisitos formales. Obedecen a finalidades dignas de ser atendidas (STS 705/2012, de 27 de septiembre). Pero debe indagarse sobre su funcionalidad para que no degeneren en meros obstáculos o trabas a sor-

tear carentes de sentido, lo que contrariaría el principio *pro actione* (art. 11.3 LOPJ). En un recurso extraordinario como es la casación pueden tener más espacio esas exigencias de naturaleza adjetiva, pero siempre vinculadas a fines materiales. Aunque la jurisprudencia felizmente ha tendido a aminorar el rigor formal de la casación (por todas, SS TC 123/1986, de 22 de octubre o 122/1996, de 22 de noviembre), no puede dejar de reseñarse que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera lógico y conforme con las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos un mayor rigorismo formal en recursos extraordinarios como la casación (Decisión de 20 de abril de 1999 recaída en el asunto MOHR v. Luxemburgo; y Decisión de igual fecha recaída en el asunto DE VIRGILIS v. Italia). Pero en nuestro Derecho Procesal vigente la casación, hoy por hoy y en tanto no plasmen legislativamente las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la generalización de la apelación en materia penal, es el único recurso del que dispone el condenado por una Audiencia Provincial.

En congruencia con estas ideas, el principio de unidad de alegaciones se ha dulcificado hasta casi ser abandonado cuando se trata de un recurso de las partes pasivas. El ensanchamiento de que ha sido objeto el recurso de casación, coadyuva a esa flexibilización. Si en épocas pretéritas era necesaria esa formalidad para una correcta identificación de los trámites a seguir (diferentes en el caso del art. 849.2.º, o del art. 850 en los que se imponía la remisión de ciertas actuaciones), en la actualidad la frecuente invocación del principio de presunción de inocencia con la consiguiente necesidad de consultar el material probatorio para decidir el recurso, ha generado una praxis muy generalizada de elevación de todas las actuaciones a este Tribunal, salvo casos excepcionales. Con eso ha perdido en gran parte su fundamento esa exigencia formal.

No cabe derivar por tanto ninguna consecuencia de esa irregularidad formal.

(...)

**Tercero.**—El segundo de los motivos reclama la aplicación de la cláusula atenuatoria del art.

368.2.º del Código Penal introducida en la reforma del Código Penal de 2010 (...).

La sentencia no se pronuncia sobre tal extremo. El recurrente busca la explicación de ese silencio en la «falta de hábito»: la Ley Orgánica 5/2010 llevaba vigente apenas unos meses en el momento en que se produjo el enjuiciamiento. Pero hay otra explicación: la defensa no alegó tal circunstancia. Se limitó a solicitar la absolució n como petició n ú nica. Ni siquiera en el trámite de informe apuntó esa posibilidad de forma subsidiaria. Y, ademá s, en el escrito de preparació n del recurso de casació n se refería al art. 852 y no al art. 849.1.º, como ya se ha comentado.

Eso no es obstá culo para abordar la cuestió n suscitada ante esta Sala de casació n. La prohibicó n del planteamiento por vía de recurso de cuestiones nuevas que no han sido objeto de tratamiento en la instancia no es un muro sin fisuras (...).

La doctrina jurisprudencial —por ejemplo STS 357/2005 de 22.3, 707/2002 de 26.4— admite no obstante, dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar cuando se trate de infracciones de preceptos constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensió n. Y en segundo lugar, cuando se trate de infracciones penales sustantivas cuya subsanació n beneficie al reo y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional, porque su concurrencia conste claramente en el propio relato fá ctico de la sentencia impugnada.

Estamos aquí ante este segundo supuesto. Las defensas, ciertamente, pueden efectuar conclusiones alternativas, incluso con carácter subsidiario. Pero sería en exceso riguroso cerrar todas las puertas a esos planteamientos más beneficiosos por el hecho de que en la instancia se blandió una ú nica pretensió n principal absoluta y no se articularon formalmente otros pedimentos subsidiarios que afloran por primera vez en vía de recurso.

Por otra parte como se razonó supra en relació n al anterior motivo tampoco es causa de inadmisió n la desarmonía entre los escritos de preparació n y formalizació n que también se aprecia en relació n a este segundo motivo.

**Cuarto.**—El art. 368.2.º del CP dispone: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atenció n a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurre alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370».

Hay que reiterar de la mano de una jurisprudencia ya consolidada que el art. 368.2.º del CP vincula la atenuació n a dos pará metros que no han de exigirse acumulativamente. Basta una de las alternativas —o menor antijuricidad, o menor culpabilidad—. No es imprescindible la concurrencia de ambas (...)

**Quinto.**—A los efectos de la capacidad de control casacional del uso de esa disposició n tiene relevancia delimitar su naturaleza (...).

Esta Sala, tras iniciales vacilaciones, viene sosteniendo, a los efectos tanto de revisió n de sentencias firmes como de control casacional, que el párrafo segundo del art. 368 ha de ser concebido como un subtipo atenuado y no una pura facultad discrecional. Esa aproximació n a la exé gesis del precepto, aún siendo discutible, propicia soluciones más satisfactorias a problemas de transitoriedad, así como una mayor capacidad de homogeneizar el uso del precepto a través del recurso de casació n (...).

Así pues, hay que partir de la má xima amplitud de fiscalizació n en casació n de la decisió n del Tribunal de instancia y concluir que también en casos como el presente en que no se ha suscitado la cuestió n en la instancia podrá traerse a casació n el debate sobre el art. 368.2.º y concluir con su plasmació n en la sentencia si se entiende que concurren los presupuestos que determinan su aplicació n.

**Sexto.**—La cantidad de sustancia ocupada en este caso es muy escasa, por más que supere ampliamente el mínimo psicoactivo. Es un ú nico acto de venta al menudeo en el ú ltimo escaló n de la cadena de distribució n. Puede hablarse por tanto de «escasa entidad del hecho», conforme a reiterados precedentes jurisprudenciales (...).

Concurre la vertiente objetiva de esa cláusula de atenuació n (...).

No se detecta en este caso ninguna circunstancia personal que pudiese neutralizar la escasa entidad del hecho que se ha proclamado. Es más, pudieran existir algunos (condición de residente irregular; posterior incardinación en un puesto de trabajo, aducidos en el recurso) que reforzarían la procedencia de la cláusula atenuatoria. En supuestos muy similares al presente esta Sala no ha vacilado al subsumir los

hechos en el art. 368.2.º (SS TS 146/2012, de 6 de marzo, 338/2012, de 10 de mayo, 186/2012, de 21 de mayo, o 475/2012, de 11 de junio, entre otras).

Estas consideraciones conducen a la estimación de este segundo motivo secundando la propuesta del Fiscal y a declarar procedente la incardinación de los hechos en el art. 368.2.º del Código Penal.

### **Sentencia 818/2012, Sala Segunda del TS, de 24 de octubre**

---

Ponente: **Don José Manuel Maza Martín**

Resumen: **Apropiación indebida. «Fianza monetaria»**

Recurso de Casación: **n.º 2467/2011**

Artículo: **253 Código Penal**

**Apropiación indebida: A diferencia de la Sala de Instancia, entiende el Tribunal Supremo que no existe apropiación indebida en la modalidad de «distracción» en los casos de «fianza monetaria».**

### **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

---

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**—El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de un delito continuado de apropiación indebida, a las penas de un año y seis meses de prisión y multa, formula en su Recurso ocho diferentes motivos, de los que los cuatro últimos, y en especial el ordinal Quinto, por el que hemos de comenzar nuestro análisis con apoyo en las razones que seguidamente se comprenderán, se refieren a la indebida aplicación de los preceptos penales de carácter sustantivo a los hechos declarados como probados por la propia Audiencia. La cuestión esencial que ante nosotros se debate no es otra que la de la verdadera existencia de un delito de apropiación indebida o, lo que es lo mismo, si los hechos enjuiciados resultan subsumibles en el artículo 252 del Código Penal.

En este sentido, y siguiendo fielmente el «factum» de la recurrida, lo que en él se afirma es que el recurrente, en su actividad de distribuidor de prensa y revistas en la provincia de autos, cobró de los quioscos y otros establecimientos a los que repartía las publicaciones para su ulti-

rior comercialización y venta ciertas cantidades, que se detallan, hasta un total de 152.415,06 euros, procedentes de 57 establecimientos, de los que 55 se personan como Acusación particular en esta causa agrupados en la correspondiente Asociación de vendedores de prensa, entregas que se denominan «fianzas» y que, según esa misma narración, tenían por objeto «... garantizar las relaciones comerciales a establecerse entre dicha Distribuidora y los dueños de los “kioscos” u otro tipo de establecimientos destinados a la venta de dicha prensa y revistas, y además de servir de resarcimiento de la Distribuidora ante una posible deuda...».

Por otra parte, el delito, en su día, objeto de condena se refiere a «... los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeran dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros» (art. 252 CP).

A estos efectos la Jurisprudencia de esta Sala viene distinguiendo entre la «apropiación» en sentido estricto, referida generalmente a la ilícita incorporación al patrimonio del autor del delito de bienes muebles u otros efectos sobre los que pendía, en razón al título jurídico por el que se recibieron, la obligación de la restitución de la misma cosa recibida, y la «distracción», introducida en nuestro ordenamiento para posibilitar la punición de quienes, adquiriendo la propiedad de lo recibido por tratarse de bienes fungibles, fundamentalmente dinero, incumplen posteriormente su obligación de devolver, no tanto la misma cosa recibida sino su equivalente, en la misma especie y calidad (en este sentido SsTS como las de 23 de Mayo de 2007, 30 de Septiembre de 2008 o 18 de Noviembre de 2009, entre otras), tratándose por consiguiente no tanto de un supuesto de verdadera «apropiación» en sentido estricto sino, más bien, de «comportamiento infiel» (vid. SsTS 19 de Junio de 2007 y 20 de Noviembre o 31 de Diciembre de 2008, por ej.).

En el presente caso nos hallamos ante una serie de operaciones de las que se denominan «fianzas monetarias» y que, en realidad, la dogmática civil identifica con la «prenda irregular», entre otras cosas, es decir, aquella garantía real pignoratícia que tiene como peculiaridad el hecho de que la garantía la constituyen bienes fungibles, como el dinero, con lo que se distingue de la «prenda regular» en que en el momento de su constitución y entrega se transmite la propiedad de lo pignorado, surgiendo a cambio la obligación de devolver no la cosa recibida sino otra equivalente de la misma especie y en igual cantidad.

De modo que en principio podría pensarse, como lo hace la Audiencia, que no existe inconveniente alguno, puesto que, como hemos visto, según nuestra propia doctrina el hecho de esa transmisión de la propiedad de lo entregado no impide la presencia del delito de apropiación indebida, en su específica forma de «distracción» si, llegado el momento de la obligada devolución, ésta no se produce por decisión voluntaria del inicial receptor.

Y ello aunque en alguna ocasión también se ha dicho que no existe «distracción», en el senti-

do penal del término, en supuestos de títulos que no comportan la devolución de lo concretamente recibido, precisamente por tratarse de operaciones, como el contrato de préstamo de dinero o el contrato de arras, etc., en los que la propiedad de lo entregado se transmite con su entrega, surgiendo, tan sólo, una obligación de devolver el equivalente a lo recibido, de cuyo incumplimiento tan sólo se derivan obligaciones de carácter civil (SsTS de 1 de Marzo de 2005, 5 de Octubre de 2006, 16 de Noviembre de 2007, 17 de Enero de 2008 y otras).

Pero el problema con el que en este supuesto nos encontramos es, precisamente, el del carácter pignoraticio de aquellas entregas, vinculadas por lo tanto, como en el propio «factum» de la recurrida se dice, según ya tuvimos oportunidad de comprobar, en concreto a «... servir de resarcimiento de la Distribuidora ante una posible deuda».

Y es que la figura de la «distracción» de lo fungible, como forma del delito de «apropiación indebida», se ha venido aplicando sobre todo a supuestos de Administración del dinero ajeno, sin que encontremos ningún precedente jurisprudencial relativo a la garantía pignoratícia, sin duda por la complejidad de la relación que con ella se establece y que dificulta aún más la claridad de la afirmación de que se haya «distráido» dolosamente un dinero que ya había ingresado en el patrimonio del receptor, aunque existiera una obligación futura de devolución de su equivalente.

Ya que resulta paradójico en grado sumo establecer un impedimento, bajo sanción penal, para que disponga el titular de un patrimonio de parte de éste, cuando lo que contrajo con su adquisición fue tan sólo la obligación de devolver, en un momento posterior; unas cantidades semejantes a las recibidas, pero dependiendo, en todo caso, del resultado de las relaciones que mantenga con quien le entregó, como garantía del buen fin de éstas, aquellas cantidades.

Es cierto también que, con carácter general, tenemos dicho que, en supuestos de esta clase, «... la liquidación de cuentas pendientes, como causa excluyente del dolo penal, no es aplicable al tratarse de relaciones perfectamente determinadas y separadas» (ST de 8 de Julio de 2008, entre otras).

Pero igualmente se afirma que «... existiendo créditos recíprocos y una posibilidad de compensación entre ellos, en las condiciones de los artículos 1195 y 1196 del Código Civil, es decir que se trate de obligaciones principales, vencidas, líquidas y exigibles, compensables por su naturaleza al tratarse de deudas dinerarias, y sin que exista pendencia o reclamación sobre ellas, no cabe subsumir los hechos en el delito de apropiación indebida «(STS de 27 de Junio de 2003).

O bien, que «La existencia de relaciones contractuales entre las partes, como origen de la entrega de la cosa, puede exigir en ciertos casos una previa liquidación de cuentas pendientes, y la posibilidad de supuestos de retención o compensación, con una incidencia sobre la responsabilidad que habrá de determinarse en cada supuesto» (STS de 18 de Diciembre de 2002 y en sentido semejante las de 2 de Marzo de 1999, 27 de Diciembre de 2002, 12 de Febrero, 11, 26 de Abril y 1 de Junio de 2007, 25 de Enero de 2006, la ya citada de 31 de Diciembre de 2008, etc.).

Pues bien, cuando, como aquí, la consecuencia de la entrega no es propia ni exclusivamente la ulterior devolución, ya que se trata de un dinero cuya propiedad se ha transmitido y la devolución depende del cumplimiento de su fin, que no es otro que el de garantizar el cumplimiento de unas determinadas obligaciones derivadas de unos negocios sucesivos, de distribución continuada de productos, lo que forzosamente genera una pluralidad de obligaciones recíprocas reiteradas, la necesidad de que quede suficientemente acreditada la correspondiente liquidación, para excluir cualquier derecho de retención o compensación que pudiera asistir a quien recibió las garantías, hace que, de no cumplirse con este requisito, la cuestión haya de quedar al margen de la norma penal.

Y así, comprobamos cómo no sólo no se dice en el relato de hechos probados de la recurrida nada a propósito de esa situación de cuentas entre los establecimientos de venta y la distribuidora, sino que incluso en él se constata la existencia de unas «conversaciones» entre las partes, a fin de sustituir las «fianzas» por la entrega de avales cambiarios, que no llegaron a buen fin dando lugar a la interposición de Diligencias preliminares de juicio ante el correspondiente Juzgado de Primera Instancia.

Es más, en esa narración también se alude a las dificultades económicas por las que atravesaba el recurrente, hasta el punto de afirmar la constancia registral de unas deudas, al finalizar el ejercicio del año 2005 de casi un millón de euros. Lo que más que el ánimo apropiatorio de las cantidades entregadas como «garantía» del buen fin de las relaciones comerciales entre los querellantes y el recurrente, podrían inducir a pensar en la imposibilidad de devolución por éste de unas cantidades de las que dispuso, por haberse integrado en su día en su patrimonio, y que ahora no puede reintegrar, con lo que quedaría excluido el elemento subjetivo de la voluntad de ilícita «apropiación», incluso en la forma especial de «distraer».

En consecuencia, al margen del posible ejercicio que corresponda a los querellantes respecto de las oportunas acciones civiles para la recuperación de las cantidades que en su día entregaron, caso de que a ello hubiere lugar, hay que afirmar la falta de acreditación, en este caso, de la concurrencia de los elementos integrantes del delito a que se refiere el artículo 252 del Código Penal, aplicado por la Audiencia.

Razones por las que, en definitiva, procede la estimación del Recurso, debiéndose dictar, con base en ellas, la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se recojan las consecuencias jurídicas de esta estimación.

**Sentencia 851/2012, Sala Segunda del TS, de 24 de octubre**

Ponente: **Don Juan Saavedra Ruiz**

Resumen: **Extradición activa. Prescripción**

Recurso de Casación: **n.º 869/2012**

Artículos: **10 y 96 CE, 834 y 835 LECrim**

**Negada por el Tribunal de instancia la virtualidad para interrumpir la prescripción de la petición de extradición y actuaciones procesales inmediatas dirigidas a su efectiva consecución a las que equipara a una simple orden de busca y captura, la Sala rechaza este planteamiento y estima el recurso de las acusaciones invocando la referida interrupción.**

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**—Por auto de 16 de marzo de 2012, la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmó el auto de conclusión del sumario núm. 123/1980, procedente del Juzgado Central de Instrucción núm. 1, y declaró al propio tiempo el sobreseimiento libre y archivo del proceso por prescripción de los delitos de asesinato relacionado con el terrorismo y tenencia ilícita de armas, imputados a los procesados (...). Tal decisión, ha sido impugnada mediante el pertinente recurso de casación tanto por el Ministerio Fiscal como por la Asociación «Víctimas del Terrorismo».

1. En un único motivo, canalizado como infracción de ley (art. 849.1.º LECrim), cuestiona el Ministerio Público la aplicación de los arts. 113, 114 y concordantes del Código Penal de 1973.

Para el Fiscal, el error en el que incurre el auto combatido estriba en computar los veinte años determinantes de la prescripción del delito tomando como fecha de inicio del cómputo aquélla en la que se produjo la declaración de rebeldía de los procesados y el subsiguiente archivo del proceso.

(...)

Según la Sala de instancia, este archivo no se habría visto interrumpido por ninguna actuación de carácter sustantivo posterior al mismo y anterior al dictado del propio auto de conclusión del sumario dictado; particularmente, niega tal

condición a las solicitudes de extradición y a su ulterior tramitación, que a juicio de la Audiencia Nacional son actuaciones meramente inocuas, inhábiles por sí mismas para interrumpir el cómputo (...).

2. (...).

La cuestión de fondo planteada ha de ir precedida de una serie de consideraciones sobre la naturaleza y efectos del proceso extradicional.

Suele definirse la extradición como el mecanismo por el que un Estado interesa de otro la entrega de una persona física que pudiere haber cometido un hecho delictivo con el fin de que sea juzgada, o bien para el efectivo cumplimiento de la condena judicialmente dictada contra aquélla en el país solicitante. Por medio de este acto, el Estado requerido podrá hacer entrega al Estado requirente de dicho individuo con aquellas únicas finalidades, sometiéndose en cualquier caso el proceso a reglas previamente establecidas, con frecuencia consensuadas entre ambos Estados.

El procedimiento extradicional cuenta así con un mecanismo cruzado, activo y pasivo, según sea reclamante o reclamado el Estado en cada caso. En nuestro sistema procesal penal, tal mecanismo debe ajustarse en línea de principio a la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva cuando España es Estado requerido, y a los arts. 824 a 833 LECrim cuando es requirente. Sin embargo, no se detienen en dicha normativa las reglas de obligado cumplimiento en un proceso extradicional. Habitualmente esas normas

generales se ven complementadas por otras más específicas que adoptan el modelo de Convenio o Pacto, anticipadamente suscrito bajo un formato bilateral o multilateral entre los Estados implicados en el proceso de extradición, y siempre inspirados en los principios de reciprocidad y colaboración mutua. A través del Pacto, los Estados firmantes se comprometen a ajustarse al concreto mecanismo convenido. Bajo sus pautas deberá tramitarse imperativamente cada extradición. Tales Convenios suelen igualmente adjuntar un clausulado de circunstancias a las que se somete la reclamación y concesión de la extradición, combinando requisitos formales con otros materiales o sustantivos de índole penal (v.gr. permitirán la extradición aquellos tipos delictivos de cierta entidad que cuenten, por ello, con un volumen mínimo de penas o de medidas de seguridad), pero sin olvidar otros fines protectores de los derechos fundamentales, exigiéndose especialmente el respeto de éstos en fase de cumplimiento de condena (v.gr. proscripción de la extradición para la ejecución de penas de muerte, de una privación de libertad a perpetuidad o de sometimiento a penas o tratos inhumanos o degradantes), cláusulas que cada Estado firmante deberá asimismo respetar. En nuestro caso, ello es además obligada consecuencia de los arts. 10, incisos 1 y 2, y 96.1 de nuestra Constitución. El proceso extradicional será, de todos modos, complejo, dado que habrá de compaginar elementos materiales y procesales, ofreciendo plenas garantías de protección de los derechos fundamentales, al tiempo que conjugará aspectos gubernativos y de política criminal.

Lo anterior nos lleva a afirmar que, en la medida en que toda extradición es una decisión de ámbito supranacional que afecta, cuando menos, a dos Estados (requerente y requerido) con actuación efectiva tanto de sus órganos judiciales como de sus Gobiernos, necesariamente rebasa en importancia el ámbito de la simple orden de busca y captura a la que asimila la Audiencia Nacional sus efectos, incluso cuando esta última se tramite bajo el mecanismo reforzado de la requisitoria, prevista para el procedimiento contra reos ausentes en los arts. 834 y ss. LECrim. Aunque es cierto que en algunas ocasiones esta Sala ha negado que la orden de busca y captura

pueda tenerse por diligencia que, por sí misma, pueda tildarse de «sustancial» e interrumpir los plazos de prescripción (entre otras muchas, SSTS núm. 1250/2011, de 22 de noviembre, ó 66/2008, de 4 de febrero de 2009, así como SSTS de 05/01/1998 y 10/03/1993), no lo es menos que la equiparación entre extradición y orden de busca y captura que sirve de primer fundamento a las conclusiones del órgano «a quo» no resulta aceptable. Y no sólo por el hecho de que ambas actuaciones cuentan con resortes específicos en la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, separados entre sí bajo los respectivos Títulos VI («del procedimiento para la extradición») y VII («del procedimiento contra reos ausentes») del Libro IV, dedicado a los «procedimientos especiales». Es principalmente su diferente naturaleza lo que impide equiparar una orden de busca y captura a la solicitud extradicional. En este punto, ha de convenirse con las acusaciones recurrentes en que la orden de busca y captura no precisa de ese componente transnacional que, sin embargo, resulta inherente a toda extradición.

Del mismo modo, como con acierto expresa el Ministerio Fiscal, en la naturaleza de la orden de busca y captura subyace precisamente el desconocimiento del concreto paradero del individuo afectado, siendo la ignorancia de este extremo lo que justifica su emisión, según se desprende de las causas que para su adopción respecto del requisitoriado articula la Ley Procesal (art. 835 LECrim). Por el contrario, la extradición parte de la base de la aportación por el Estado solicitante de un cúmulo de datos que no sólo permitan la perfecta identificación del sujeto sobre el cual se vierte tal petición, sino muy especialmente de su punto de localización y/o residencia en el territorio del Estado reclamado, pues sólo así podrá cursarse, llegado el caso, su extradición. De hecho, si estas exigencias o presupuestos formales fueren insuficiente o defectuosamente cumplimentados por el Estado requerente en la documentación aportada a tal fin, deberá el requerido comunicárselo a la mayor brevedad para su subsanación, no dando curso entretanto a su petición.

Son también muy diferentes los fines que guían a una y otra. En la extradición, como ya hemos

señalado, la misiva fundamental es la entrega del sujeto extraditado para su enjuiciamiento en el país reclamante o bien para el cumplimiento efectivo en él de una condena ya impuesta, bajo los concretos parámetros especificados en cada Convenio. Por el contrario, la busca y captura, si presenta el formato de una requisitoria, irá dirigida a localizar al procesado que, ausentado del domicilio designado para notificaciones, no fuere hallado en el mismo y careciere de otra residencia conocida en la que poder localizarlo; también se dictará respecto de quien se hubiere evadido del establecimiento en el que se hallare detenido o preso; e igualmente de quien incumpliere su deber de presentación «apud acta» o ante cualquier llamamiento judicial, estando en libertad provisional (art. 835 LECrim). Estos tres supuestos parten, por tanto, como premisa esencial del ya señalado carácter ilocalizable del sujeto al que se dirigen, cuya necesidad de ubicación puede obedecer, como también queda visto, a fines bien distintos de los de enjuiciamiento o ejecución de condena que directamente justifican la extradición.

3. Dicho lo anterior y centrándonos ahora en los concretos detalles del supuesto que nos ocupa, observamos que todas las solicitudes de extradición a las que las acusaciones recurrentes ciñen los efectos interruptivos se ven afectadas por las apuntadas reglas de extradición activa previstas en la LECrim y, además, por la normativa internacional que dimana del Tratado de Extradición firmado de forma bilateral en Caracas el 4 de enero de 1989 entre el Reino de España y la República de Venezuela, en vigor desde el 30/09/1990 y publicado en el BOE núm. 294/1990, de 08/12/1990. Mediante él se dejaba sin efecto el anteriormente suscrito entre ambos Estados con fecha 22/01/1894.

El citado Convenio contrae la entrega recíproca a varias exigencias (...). Del cumplimiento de todos estos requisitos formales no da cuenta expresa el auto combatido, pero nada parece desprenderse de las actuaciones en sentido inverso. En suma, debemos entender que la solicitud de extradición cursada por las autoridades españolas en este caso se ajustó al protocolo fijado. Es indudable que una petición de extradición desplegada de acuerdo con el procedimiento

exigible, oportunamente fijado en la norma, que cumple además los presupuestos y garantías preconcebidos por ambos Estados en el ejercicio de su potestad soberana y que, no adoleciendo de defectos sustanciales, ha sido tramitada a través de los órganos específicamente habilitados a tal fin, constituye una actuación material de dirección del proceso contra el presunto responsable. De ello se sigue la necesaria consecuencia de interrumpir el plazo de prescripción. Como de nuevo con acierto expresan las acusaciones recurrentes, tal efecto no puede quedar supeditado al resultado final, favorable o adverso a la extradición, siempre que la solicitud inicial reúna todos los presupuestos materiales necesarios. No sería un criterio ajustado a parámetros de seguridad jurídica aquél que validara una interrupción de los plazos de prescripción del delito o de la pena supeditada a su resultado, siempre que, como decimos, hayan concurrido «ab initio» los presupuestos que justificaron una fundada petición extradicional. Hacer depender de lo propicio o no de su resultado el efecto procesal que, a estos fines, deba predicarse de la extradición supone minimizar la importancia de una diligencia que, por su propia naturaleza, precisa de un procedimiento dotado de especial complejidad que combina la actuación estrictamente judicial con otras de índole gubernativo y diplomático, y que en todo caso persigue la entrega del sujeto para su enjuiciamiento o bien para el cumplimiento de la pena que ya le ha sido impuesta por un hecho delictivo.

La petición sometida a nuestro control se cursó habiéndose dictado el procesamiento de los sujetos extraditables, como reconoce la Sala «a quo» en el auto combatido y se desprende también del simple hecho de que dicho auto se dictara para, confirmando la conclusión del sumario previamente decidida por el Juez instructor, decretar el archivo por prescripción del delito, y no por otra causa de las legalmente previstas. No se discute en ningún momento el efecto interruptivo que esta Sala viene atribuyendo al auto por el que se haya declarado la situación procesal de procesamiento (v.gr. SSTS núm. 331/2006, de 24 de marzo, 1518/2004, de 23 de diciembre, ó 879/2002, de 17 de mayo), que indudablemente comporta la dirección del procedimiento contra el/los presunto/s responsable/s

de los hechos delictivos. La petición de extradición subsiguiente estuvo en nuestro caso dirigida a lograr el enjuiciamiento efectivo de los indiciariamente declarados responsables de los hechos que habían motivado la apertura del sumario, y ello debe tenerse por diligencia sustancial, que no inocua.  
(...)

Como consecuencia de cuanto antecede, ambos recursos merecen ser estimados, declarándose la nulidad del auto que se recurre y ordenándose la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su emisión para que por la Sala de instancia se dicte una nueva resolución acorde con la doctrina que queda expuesta.

### **Sentencia 774/2012, Sala Segunda del TS, de 25 de octubre**

---

Ponente: **Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

Resumen: **Costas de la acusación particular**

Recurso de Casación: **n.º 77/2012**

Artículos: **123 y 124 Código Penal, 239 y 241 LECrim**

**Proceso penal: Doctrina general sobre las costas procesales con especial consideración de las causadas por la acusación particular y de los requisitos a cumplir para su inclusión en la condena; entre ellos la necesidad, por regla general, de que medie petición expresa.**

### **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

---

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Séptimo.**—El motivo tercero por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación de los arts. 123 y 124 CP, dado que ni la condena en costas de la acusación particular fue solicitada, por las acusaciones, ni en la sentencia ha hecho constar cual es la motivación que impulsó a la Sala a condenar a dichas costas al recurrente.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar la doctrina de la Sala en relación a la imposición de las costas de la acusación particular recogida, entre otras, en SSTS 833/2009 de 28.7, 335/2006 de 24.3, 1510/2004 de 21.11, 1731/2001 de 9.12, que recuerda, que las costas del acusador particular han de incluirse entre las impuestas al condenado, salvo que las pretensiones de aquél fueran manifiestamente desproporcionadas, erróneas o heterogéneas en relación a las deducidas por el Ministerio Fiscal o a las recogidas en sentencia, relegándose a un segundo plano el antiguo criterio de la relevancia. En el mismo sentido la STS 430/99 de 23.3 destaca que «el art. 124 CP que impone la obli-

gatoriedad de la inclusión de los honorarios de la acusación particular en los delitos solamente perseguibles a instancia de parte, no se pronuncia en lo que se refiere a los demás hechos delictivos, dejando subsistentes los criterios jurisprudenciales en esta materia. Conforme a éstos (SSTS 27 de noviembre de 1992, 27 de diciembre de 1993, 26 de septiembre de 1994, 8 de febrero, 27 de marzo, 3 y 25 de abril de 1995, 16 de marzo y 7 de diciembre de 1996), la exclusión de las costas de la representación de la parte perjudicada por el delito, (que constituyen perjuicios para la víctima, derivados directamente de la voluntaria ejecución del delito por el condenado), únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua, o bien gravemente perturbadora por mantener posiciones absolutamente heterogéneas con las de la acusación pública y con las aceptadas en la sentencia o pretensiones manifiestamente inviables.

Pese a la confusa regulación de las costas en el proceso penal, tanto la doctrina procesal cita actual como la jurisprudencia coinciden en destacar su naturaleza procesal, cuyo fundamento

no es el punitivo sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, la privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito y deben ser resarcidos de gastos ocasionados por la conducta criminal del condenado, bien el condenado absuelto en caso de acusaciones infundadas o temerarias (art. 240.3 de la L.E.Criminal). Como señala expresamente la sentencia de 21 de febrero de 1995 que «la condena en costas no se concibe ya como sanción sino como resarcimiento de gastos procesales».

La inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicado por el delito, que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y en ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), constituye, en consecuencia, la aplicación última al proceso penal del principio de la causalidad, como destaca la doctrina procesal. El efecto de este principio es el resarcimiento por el condenado, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses.

Junto a esta dimensión constitucional de las costas, como resarcimiento de los gastos procesales originados a los perjudicados por un comportamiento antijurídico, destacada por el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones, no ha de olvidarse que a través del proceso penal también se ejercitan acumuladamente acciones civiles de reparación de daños, que no resulta congruente someter a criterios procesales antagónicos con los que rigen en el proceso civil. Constituiría un supuesto de diferenciación irrazonable, y por ende discriminatorio, que quien ejercite en el propio proceso penal sus acciones civiles para la reparación de un daño derivado de un ilícito penal sea obligado a soportar sus propios costes procesales pese a obtener el pleno reconocimiento de su derecho, mientras que si se reserva las mismas acciones para ejercitarlas separadamente a un proceso civil la norma procesal civil aplicable imponga las costas al condenado como responsable del daño, salvo supuestos excepcionales.

En definitiva la doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de imposición de las costas de la acusación particular, puede resumirse en los siguientes criterios:

- 1) La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (art. 124 C.Penal).
- 2) La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil.
- 3) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia.
- 4) Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado.
- 5) La condena en costas no incluye las de la acción popular (SSTS 464/2007 de 30.5, 717/2007 de 17.9, 750/2008 de 12.11).

Ahora bien, no sería preciso interesar la condena en costas para que el Tribunal las concediera, en supuestos del condenado (costas causadas en juicio) porque las impone la Ley (art. 123 CP.), ni tampoco las de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte, por igual razón (art. 124 CP.). Sin embargo, si debería imperativamente mediar previa petición cuando se trate de incluir dentro de las costas del acusado o acusados las de la acusación particular en los demás delitos y también las que pudieran imponerse a los querellantes por haber sostenido pretensiones temerarias frente al acusado, pues de lo contrario el Tribunal incurriría en un exceso sobre lo solicitado o extra petita (SSTS 1784/2000 de 20.1, 1845/2000 de 5.12, 560/2002 de 28.3, 1571/2003 de 25.11). Téngase presente que las costas se hallan reguladas dentro del título que reza: «De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales», poniendo al mismo nivel normativo conceptos que justifica la similar naturaleza resarcitoria o compensatoria.

Las costas ya no tienen el carácter de sanción o penalización, sino de compensación indemnizatoria por los gastos que se ha visto obligada a soportar una parte, a quien el derecho ampara, por lo que debe aplicárseles los principios de postulación y contradicción.

En similar sentido la STS 1455/2004 de 13.12, considera necesaria la petición expresa no bastando con la alusión genérica a costas, razonando sobre su naturaleza privada y la exigencia de petición de parte; y la STS 449/2009 de 6.5 incide en que es doctrina reiterada de este tribunal que tal reclamación es presupuesto ineludible de dicha imposición, cuando se trata de las costas causadas por el ejercicio de la acusación que han de diferenciarse de las costas atribuibles al proceso mismo, de automática imposición conforme al artículo 123 del Código Penal. Tanto por regir, en cuanto a la de la acusación, el prin-

cipio de rogación, al tratarse de materia diferenciada del derecho penal material, cuanto porque sin preceder dicha expresa petición la parte condenada no habría tenido ocasión de aprestarse a la defensa frente a la misma.

En el caso presente, encontrándonos ante un delito perseguible de oficio, un examen de las actuaciones permite constatar que ninguna de las partes acusadoras formuló en sus escritos de conclusiones elevadas a definitivas pretensión relativa a la expresa condena de los acusados de las costas producidas por su intervención en el proceso en el ejercicio de las acciones penales y civiles contra aquellos, por lo que el Tribunal de instancia, con independencia en la falta de motivación sobre este extremo ha aplicado indebidamente los arts. 123 y 124 CP.

Consecuentemente, el motivo, que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal debe ser estimado.

## Sentencia 899/2012, Sala Segunda del TS, de 2 de noviembre

---

Ponente: Don Cándido Conde-Pumpido Tourón

Resumen: **Tentativa inidónea de tráfico de drogas**

Recurso de Casación: n.º 2414/2011

Artículos: 16 y 368 Código Penal

**Tentativa inidónea de tráfico de drogas. Se resume la doctrina jurisprudencial relativa a la admisibilidad de formas de tentativa en el delito de tráfico de drogas, admitiéndose en el caso concreto tentativa inidónea. Del voto particular discrepante recogemos la argumentación contraria a esta solución.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

---

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—El tercer motivo, por infracción de ley, alega vulneración del art 16 del Código Penal, que regula la tentativa, por falta de aplicación.

Considera el recurrente que del relato fáctico no se deduce que el acusado hubiese participado en las operaciones previas al transporte, sino que accedió a recoger la droga cuando ésta ya se encontraba en España, y además controlada policialmente, no llegando a tener disponibilidad alguna de la droga, ni siquiera potencial, por lo

que su participación en el tráfico debe calificarse como meramente intentada.

Como ha señalado tradicionalmente esta Sala (STS de 26 de marzo de 1997, entre otras), si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial advierte de las dificultades de apreciación de formas imperfectas de ejecución en este tipo delictivo, cabe admitir excepcionalmente la tentativa cuando el acusado, como sucede en el caso actual, no ha llegado en momento alguno a tener disponibilidad, ni aún potencial, sobre la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediata.

En el relato fáctico no queda constatado que la intervención del acusado se hubiese realizado antes de que la droga se encontrase ya en nuestro país, sometida al control policial, habiéndose solicitado por el remitente la colaboración del acusado de modo reiterado para que participase en la recogida de la droga, pero sin que conste que éste accediese a ello hasta que la droga ya se encontraba en España, en casa de la madre del remitente.

Es decir la participación del recurrente se produce como paso previo a la posterior recepción de la mercancía por sus finales destinatarios, pero sin haber intervenido en la operación anterior destinada a traer la droga desde Bolivia, pues inicialmente se negó a ser el destinatario de la mercancía, por lo que debe sancionarse el hecho como tentativa, conforme a una reiterada doctrina de esta Sala.

El acusado tuvo intención de realizar una acción que representaba una colaboración efectiva en el tráfico, e inició la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, enviando a una persona de su confianza a recoger la droga, pero su actuación resultó frustrada, dado que las autoridades habían retenido el envío, y detuvieron a su enviado, y a él mismo, antes de que llegasen a tener disponibilidad, ni aún potencial, sobre la droga intervenida. (Ver STS de 26 de marzo de 1997 y 3 de marzo de 1999).

Cuestión distinta es que, remitida la droga por correo o cualquier otro sistema de transporte, el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, pues en tal caso una reiterada doctrina jurisprudencial considera que quien así actúa es autor de un delito consumado por tener la posesión mediata de la droga remitida (STS 2108/93 de 27 de septiembre, 2378/93 de 21 de octubre, 383/94 de 23 de febrero, 947/94 de 5 de mayo, 1226/94 de 9 de junio, 1567/94 de 12 de septiembre, 2228/94 de 23 de diciembre, 96/1995 de 1 de febrero, 315/96 de 20 de abril, 357/96 de 23 de abril y 931/98 de 8 de julio, entre otras, o núm. 40/2009, de 28 de enero y núm. 545/2010, de 15 de junio, entre las más recientes).

**Quinto.**—El Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2.º del Código

Penal anterior, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito. Ello ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, que concurre cuando los medios empleados en ningún caso podrían ocasionar el resultado del delito o poner en peligro el bien jurídico protegido, sino también en los casos de inidoneidad relativa, es decir cuando los medios utilizados son genéricamente aptos para ocasionar el resultado delictivo o poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo pero no lo son en el caso concreto por concurrir circunstancias especiales.

Esta posición doctrinal no puede compartirse, porque el art. 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»).

Objetivamente quiere decir, en la interpretación consolidada de esta Sala, avalada también por un destacado sector doctrinal, que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Ello deja fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados «delitos putativos» (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta.

Ahora bien deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos que podrían calificarse de inidoneidad relativa —aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada— es decir aquellos en que los medios utilizados, «objetivamente» valorados «ex ante» y desde una perspectiva general, son abstracta y racio-

nalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción incardinada en la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aún cuando no lo sean en el caso concreto.

La concepción contraria equivaldría prácticamente a la despenalización de la tentativa, opción, expresamente rechazada por el Legislador de 1995, pues desde una perspectiva «ex post» toda tentativa implica, en cierto modo, un error del autor sobre la idoneidad de su acción. En todos los supuestos de tentativa, vistos «a posteriori», concurre algún factor ajeno a la voluntad del actor que ha impedido el resultado, es decir que ha hecho inidónea la acción, aunque objetivamente y desde una perspectiva abstracta y general, la acción era apta para producir el resultado deseado.

Esta doctrina sobre la punición de la tentativa inidónea, iniciada en sentencias como las de 21 de junio de 1999 y 5 de diciembre de 2000, núm. 1866/2000, entre otras, ha sido recientemente ratificada por el Pleno de esta Sala de 25 de abril de 2012, que ha acordado que «El art 16 no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados, valorados ex ante, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico.

**Sexto.**—En el caso actual el recurrente dio principio a la ejecución del delito, prestándose a colaborar con el remitente de un importante alijo de droga valorado en más de 30.000 euros, que se había enviado desde Bolivia, para recogerla del lugar donde se había recibido en España y hacérsela llegar posteriormente a sus destinatarios finales, con el fin de que éstos pudiesen distribuirla en nuestro país.

Con ello practicó parte de los actos que «objetivamente» deberían conducir al fin planeado, enviando a un delegado suyo a recoger la droga, y prestándose así a participar en una operación de tráfico internacional de cocaína. Si no llegó a realizar la recogida y la entrega a los distribuidores finales de la droga en nuestro país, fue por causas independientes de su voluntad, pues la

droga ya había sido controlada por las autoridades policiales, pero ello no priva objetivamente de idoneidad al conjunto de la operación tal y como estaba inicialmente planeada. Por lo tanto el hecho debe ser sancionado como tentativa.

Procede, en consecuencia, estimar el motivo de recurso interpuesto.

**Séptimo.**—La STS de 20 de Julio del 2011 resume la doctrina en esta materia diciendo que este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas, pudiendo sintetizarse los criterios y pautas de la jurisprudencia, según se especifica en las SSTS 335/2008, de 10-6; 598/2008, de 3-10; 895/2008, de 16-12; 5/2009, de 8-1; 954/2009, de 30-9; 960/2009, de 16-10; 1047/2009, de 4-11; 1155/2009, de 19-11; y 191/2010, de 9-2, y las que en ellas se citan, en los siguientes apartados:

- a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.
- b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si éste no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse.
- c) Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doc-

trina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consume siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detención física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito.

- d) El tráfico existe desde que una de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común.
- e) La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Será, pues, el supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

El caso actual, se encuentra realmente en el límite, pues el recurrente tuvo conocimiento previo del envío, pero atendiendo a que conforme al relato fáctico se negó inicialmente a participar, y solo accedió cuando la droga ya se encontraba en España, se estima mas proporcionado sancionar el hecho como tentativa, según lo que ya se ha manifestado.

Pero, en cualquier caso, su intervención no es impune, pues la actuación policial tendente a investigar al destinatario o al menos al cooperador encargado de la recogida de la droga para su posterior distribución en España, no solo es lícita, sino obligada y plenamente avalada por las

convenciones internacionales en esta materia.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL MAGISTRADO D. LUCIANO VARELA CASTRO, A LA SENTENCIA N.º 899/12, QUE RESUELVE RECURSO DE CASACIÓN N.º 2414/2011

(...)

**Segundo.**—1. El segundo de los motivos, aunque con el mismo amparo que el anterior, invocando la citada garantía de presunción de inocencia, en realidad suscita la cuestión de la vulneración de ley por estimar que se ha cometido un delito, cuando ese delito era «absolutamente imposible por inexistencia de objeto», ya que desde nueve días antes (entre los días 9 y 18 de junio) la droga era inaccesible a cualquiera por haber pasado a control policial.

Tesis que reitera en el motivo tercero, ahí ya con más atinada invocación del artículo 849.1 de las Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 368 del Código Penal.

2. Es constante en nuestra jurisprudencia advertir de la dificultad de reconocer formas imperfectas de ejecución del delito previsto en el artículo 368 del Código Penal a consecuencia de la amplitud con que se describen los comportamientos susceptibles de entenderse allí tipificados.

Y, concretamente en los supuestos de remesas desde el extranjero, por estimar que el acuerdo entre el receptor en territorio español y el remitente desde el extranjero conlleva ya una disponibilidad, por más que no material de la droga, se reitera en nuestras Sentencias que la consumación se adelanta incluso a momentos anteriores a la llegada de los envíos ilícitos a nuestro territorio.

Excepcionalmente se admite la modalidad comisiva en grado de tentativa. Como en el de la Sentencia de 21 de junio de 1999, resolviendo el recurso 922/1998 en la que se admitió excepcionalmente la tentativa cuando el acusado... no ha llegado en momento alguno a tener disponibilidad, ni aún potencial, sobre la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediata.

Se decidió la condena en tal Sentencia con el siguiente argumento: la intervención del acusa-

do no tuvo lugar hasta después de que la droga se encontrase ya en nuestro país, sometida al control derivado de la aplicación del sistema de «entrega vigilada», habiéndose solicitado por un tercero la colaboración del acusado para que participase, de un modo accesorio y secundario, en la recogida de un resguardo, como paso previo a la posterior recepción de la mercancía por sus originales destinatarios, pero sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde Colombia, ni ser tampoco el destinatario de la mercancía, debe sancionarse el hecho comotentativa, pues si bien el acusado tuvo intención de realizar una acción que, finalmente, representaría una colaboración al favorecimiento del tráfico, su actuación resultó frustrada nada más comenzar, dado que las autoridades ya tenían conocimiento del contenido del envío, y le detuvieron antes de que llegase a tener, en momento alguno, disponibilidad, ni aun potencial, de la droga intervenida.

Se excluyó en esa sentencia la absolución por eventual imposibilidad o inidoneidad del comportamiento probado para «retirar» la mercancía sometida a control policial. Considerando que el Código Penal de 1995 solamente deja fuera de la reacción punitiva.

Los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados «delitos putativos» (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta.

Ahora bien, aún sin entrar en el debate que tal tesis puede suscitar sobre el ámbito de las tentativas que merecen o no sanción penal bajo el Código Penal de 1995, en el caso que ahora juzgamos ocurre un factor de hecho que le hace especialmente singular: la decisión por el acusado de llevar a cabo su participación no surge sino después de que la Guardia Civil traslada al remitente —a través de los particulares colabora-

dores (actual pareja y sobrino de la inicialmente detenida en posesión de la droga)— la posibilidad de recoger la droga si actúa con urgencia. Hasta ese momento el acusado había rechazado expresamente participar en ese tráfico. Y así lo proclama la sentencia recurrida.

Pero el caso que ahora juzgamos —y que la mayoría del Tribunal no duda en calificar de «realmente límite»— se encuentra mucho más próxima lo decidido en la Sentencia de este mismo Tribunal Supremo n.º 1114/2002 de 12 de junio.

En la misma recordábamos que: El delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Ciertamente en el caso que juzgamos la iniciativa policial no incide directamente sobre la persona del recurrente. Puede decirse que busca hacer visible una voluntad que presume existente en alguna otra persona para completar el círculo del tráfico que desde el 9 de junio habían interrumpido. En esa medida no cabe predicar la ilicitud que resulta incuestionable en el caso de los delitos provocados de manera consciente en persona que ya se sabía no había mostrado voluntad alguna de delinquir.

Pero, si como ocurre en este caso, la actuación policial acaba desencadenando una serie de actuaciones que llevan a que quien, hasta entonces se había propuesto no participar en el hecho, cambie de actitud y se decida a hacerlo, cabrá decir, como en el caso de la Sentencia que estamos citando que: no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados,

precisamente, de velar por la protección de aquellos bienes.

Y es que, aun que se excluyera que se trate de un delito ilícitamente provocado, como se excluyó en el caso de la citada sentencia, las consecuencias que provoca en la valoración de la conducta como constitutiva de delito el control que los agentes de la Guardia Civil tienen sobre el desarrollo de los hechos desde su intervención, conduce a negar relevancia penal a las fases de la conducta desarrolladas bajo el absoluto control policial, pues queda eliminado desde entonces el riesgo para el bien jurídico.

Tal diferenciación de fases del complejo y global procedimiento, que implica la operación de tráfico de drogas como él en aquella sentencia y en el aquí juzgado, lleva a excluir de sanción penal a la persona que decide intervenir en la última fase de los hechos, precisamente en la ejecución material del transporte (aquí recogida del envío) de la droga, que se efectúa en todo momento bajo directo control de los agentes de la Guardia Civil, sin que se haya declarado probada ninguna intervención anterior a ese momento, lo que debe dar lugar a su absolución.

No se trata pues de cuestionar el loable intento de las organizaciones internacionales y de los instrumentos incubados en ese ámbito para la loable lucha contra el pernicioso crimen del tráfico de drogas.

No se trata tampoco de determinar si debe o no ser penado un supuesto calificable de tentativa relativamente inidónea.

Si entiendo que no existe delito es porque, como deriva de la propia sentencia de instancia, una vez que de la misma se excluye la no veraz afirmación de acuerdos entre el acusado y el remitente de la droga, previos al control policial de ésta, lo que aquí ha ocurrido es que la voluntad de participar en la recogida de la droga por el acusado tiene lugar cuando no existía ninguna posibilidad real de hacerlo y aquella decisión de acudir a recoger la droga se hace siguiendo la indicación que se hace llegar al acusado por iniciativa de origen policial.

La decisión de la mayoría al no atender a tal singular circunstancia, en mi modesta opinión, lleva a la condena de un ciudadano que no habría decidido recoger la droga sin el impulso que al efecto supuso la noticia que la policía le hizo llegar, por más que de manera indirecta, y cuando los cuerpos policiales habían ya asegurado toda imposibilidad de tomar posesión de una droga que aquellos habían pasado a controlar.

Por ello estimo que también en este sentido debió estimarse el recurso y con obligada absolución del recurrente y en ese sentido emito este voto.

### **Sentencia 873/2012, Sala Segunda del TS, de 5 de noviembre**

Ponente: **Don Cándido Conde-Pumpido Tourón**

Resumen: **Tráfico de drogas. Menor entidad**

Recurso de Casación: **n.º 109/2012**

Artículo: **368 Código Penal**

**Tráfico de drogas: Menor entidad. Se ofrece un resumen muy claro de la doctrina jurisprudencial relativa a los criterios que rigen la aplicación del subtipo atenuado introducido en la reforma de 2010.**

### **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Tercero.**—La doctrina establecida por esta Sala, entre otras, en sus sentencias 33/2011, de 26 de

enero, 482/2011 de 31 de Mayo, 542/2011 de 14 de Junio, 646/2011, de 16 de junio, 1359/2011, de 15 de diciembre, 193/2012, de 22 de marzo, 397/2012, de 25 de mayo, 506/2012, de 11

de junio y 869/2012, de 31 de octubre, respecto del nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, lo califica como un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado, en la medida en que se asocia legalmente a dos presupuestos de hecho, uno de naturaleza objetiva, el otro de carácter subjetivo («... la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable») cuya concurrencia puede y debe ser valorada racionalmente en la sentencia, y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.

La jurisprudencia de esta Sala (STS 646/2011, de 16 de junio, entre otras), añade que la necesidad de que se valoren los dos elementos de los que depende la aplicación del subtipo (entidad del hecho y circunstancias personales del culpable) debe conjugarse con la exigencia de que se pondere la distinta intensidad y cualificación de cada uno.

Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no puede estar condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, en tanto éstas han de operar en el marco de la culpabilidad por la gravedad del hecho cometido, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

Esta Sala ha considerado que concurre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como «el último escalón del tráfico». Pero la Ley no se refiere a «escasa cantidad», sino a «escasa entidad», por lo que puede haber razones diferentes al peso reducido de la sustancia objeto de tráfico que pueden atraer para el hecho la consideración de «escasa entidad», como por ejemplo la realización de actividades secundarias no constitutivas de complicidad. La regulación del art 368 2.º no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad (STS 506/2012, de 11 de junio y 869/2012, de 31 de octubre).

Las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, que son factores que permiten modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, debiendo jugar en su favor el hecho de que no consten circunstancias de carácter negativo.

La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo. Y ello para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo (STS 1359/2011, de 15 de diciembre, entre otras).

**Cuarto.**—En aplicación de dicha doctrina al caso actual, procede resolver los supuestos en los que, además de la agravante de reincidencia, concurren otras condenas suplementarias por el mismo delito de tráfico de estupefacientes.

En estos supuestos aun cuando concorra el elemento objetivo de la escasa entidad es claro que no concurren las circunstancias personales favorables que el Legislador ha exigido cumulativamente para apreciar el subtipo atenuado. Es cierto que esta Sala ha admitido dicha aplicación en supuestos en que no concurren expresamente circunstancias personales favorables, pero siempre que no concurren otras desfavorables. Y es cierto también que se ha admitido en casos de reincidencia, pero ello, como hemos expresado, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo, por lo que en estos casos la agravante seguirá operando dentro de la aplicación del subtipo atenuado.

Pero cuando, como sucede en el caso actual, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras conde-

nas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, es claro que nos encontramos ante un sujeto de acusada peligrosidad desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, que, como señala la sentencia de instancia realiza una conducta reiterativa encaminada a hacer de la venta de droga un medio de vida, por lo que es claro que las circunstancias personales del culpable no justifican la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

**Quinto.**—Resumiendo, en consecuencia, la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, podemos señalar:

- 1.º) El nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.
- 2.º) Concorre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como «el último escalón del tráfico».
- 3.º) La regulación del art 368 2.º no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.
- 4.º) Las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

5.º) Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

6.º) La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo.

7.º) Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la acusada peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma.

En consecuencia, la primera detención por la venta aislada de una papalina de cocaína, por ejemplo, determinará, si no constan circunstancias desfavorables, una pena mínima de un año y seis meses de prisión por aplicación del subtipo atenuado. La segunda detención por los mismos hechos, con condena previa, determinará la aplicación de una pena mínima de dos años y tres meses de prisión, por la aplicación de la agravante de reincidencia en el ámbito del subtipo atenuado. Y la tercera detención, con previas condenas, una pena mínima de cuatro años y seis meses de prisión, por la aplicación de la agravante de reincidencia dentro del tipo básico.

Aplicando esta doctrina al caso actual, y como ya hemos señalado, la sentencia de instancia, que ha impuesto la pena de cinco años de prisión aplicando el tipo básico y dentro del mismo la agravante de reincidencia, en un supuesto

en que el acusado había acumulado, en los dos años anteriores a su detención, cuatro condenas diferentes por delitos contra la salud pública re-

lacionados con drogas que causan grave daño a la salud, es conforme a derecho y debe ser confirmada.

### Sentencia 856/2012, Sala Segunda del TS, de 6 de noviembre

---

Ponente: **Don Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Responsable civil subsidiario. Vulneración del derecho de audiencia y defensa**

Recurso de Casación: n.º 2373/2011

Artículos: 24 CE, 781 y 783 LECrim

**Responsabilidad Civil Subsidiaria: Se casa la sentencia de instancia y se absuelve a la sociedad mercantil que había sido condenada en concepto de responsable subsidiaria sin que hubiera intervenido en el proceso en tal condición, ni haberse abierto el juicio oral frente a ella.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

---

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Sexto.**—Por infracción de precepto constitucional, se formaliza un motivo único, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invocando como infringido el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, en tanto proclama el derecho de defensa y correlativo principio de contradicción, al haber sido condenada tal entidad mercantil en concepto de responsable civil subsidiaria de las cantidades a indemnizar por el acusado a María Teresa, sin que en el auto de apertura del juicio oral se determinase judicialmente tal condición, y consiguientemente, no habiéndosele dado traslado de las actuaciones en dicha calidad, al efecto de presentar escrito de defensa y proponer las pruebas que a su derecho conviniesen.

En efecto, del estudio de la causa (art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), comprobamos que mediante Auto de fecha 14 de octubre de 2010, dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Jerez de la Frontera, se abrió el juicio oral frente a Leopoldo, por delito continuado de estafa, requiriéndole para afianzar las correspondientes responsabilidades pecuniarias, así como al representante legal de la entidad mercantil «Alcoucer Asesores, S.L.», en concepto de responsable civil subsidiario, ordenándose la formación de las correspondientes piezas separadas y desig-

nando como órgano competente para el enjuiciamiento la Audiencia Provincial. Del propio modo, se requería al acusado y a tal sociedad mercantil para que presentaran escrito de defensa «frente a las acusaciones formuladas». Nada se decía de la ahora entidad mercantil recurrente, PROICAR, pese a que el Ministerio Fiscal había formalizado escrito de acusación, en el que situaba a la entidad citada como responsable civil subsidiaria. De esa manera, en el curso del procedimiento, seguido ya ante la Audiencia, no intervino la misma (...).

Siendo ello así, es incuestionable que la entidad ahora recurrente no pudo ser condenada en concepto de responsable civil subsidiaria, sencillamente porque nunca ha intervenido en tal concepto, ni ha acudido al plenario en dicha situación procesal sino, muy al contrario, en concepto de acusación particular.

El Ministerio Fiscal pudo haber recurrido el auto de apertura del juicio oral, en tanto que implícitamente se le denegaba tal acción frente a PROICAR, y sin embargo, se aquietó con tal resolución judicial.

En consecuencia, la conculcación del derecho de audiencia y defensa es patente. En efecto, una constante doctrina jurisprudencial ha configurado inequívocamente la indefensión como aquella limitación de los medios de defensa

producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, es decir, debe tratarse de una real y efectiva privación u omisión del órgano judicial. La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, de la que se ha dicho que supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida tras un debate (proceso) decidido por un órgano imparcial (jurisdicción). La tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo 2 del art. 24 CE, se concibe con la negación de la expresada garantía (SSTC 26/93 de 25.1 y 316/94 de 28.11).

Resulta conveniente analizar los rasgos de este concepto que la LOPJ convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1, se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 LOPJ ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defen-

sa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 106/1983, 48/1984, 48/1986, 149/1987, 35/1989, 163/1990, 8/1991, 33/1992, 63/1993, 270/1994, 15/1995).

Al no mantener la posición procesal pasiva en el proceso que permita su condena, la indefensión es tan patente, como le ocurriría a una persona física que, sin ostentar la condición de acusado, resultara condenado.

Por consiguiente, el motivo ha de ser acogido y dictar una segunda sentencia en donde se absolverá a tal mercantil, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales de esta instancia casacional.

**Sentencia 858/2012, Sala Segunda del TS, de 6 de noviembre**

---

Ponente: **Don Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Tentativa inidónea de homicidio**

Recurso de Casación: **n.º 87/2012**

Artículos: **16 y 138 Código Penal**

**Tentativa inidónea de homicidio: Frente al criterio de la Sala de instancia, reitera la Sala segunda del Tribunal Supremo el carácter punible de la tentativa inidónea, atendiendo a la capacidad objetiva «ex ante» de la acción y los medios utilizados para causar el daño típico.**

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

---

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**—La sentencia objeto de la censura casacional absuelve a la acusada del delito intentado de homicidio contra la que las acusaciones, pública del Ministerio fiscal y particular, formalizan una oposición.

La sentencia absolutoria es objeto de censura casacional por el Ministerio público, que denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba para lo que designa los documentos periciales sobre los efectos del medicamento que la acusada proporcionó a sus hijos, y el error de derecho por la indebida aplicación de los arts. 16, 62 y 138 del Código penal. La acusación particular, con un sentido similar al de la acusación pública, denuncia, además, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por el contenido de la sentencia absolutoria, y la inaplicación, a los hechos probados de los artículos que tipifican el delito de homicidio y la circunstancia de parentesco, tenida como agravante.

La sentencia declara probado que la acusada «con intención de acabar tanto con su vida como con la de sus hijos (de 9 y 11 años) procedió a ingerir un número indeterminado del fármaco «Alprazolán» 0,25 mg, a la vez que suministró dicho fármaco a sus dos hijos menores». Seguidamente se declara que los Mossos d'Esquadra fueron alertados y trasladaron a los menores y a la acusada a un hospital donde fueron atendidos y dados de alta a los dos días de su internamiento. Se añade, por último que «no ha quedado acreditado ni que la sobredosis en la ingesta del fármaco Alprazolán 0,25 mg pueda provocar la muerte de las perso-

nas ni que la dosis de dicho fármaco administrada a menores fuera letal».

La sentencia contiene una extensa motivación sobre la valoración de la prueba, en un extremo que no ha sido objeto de impugnación, quizás por el pronunciamiento absolutorio de la sentencia pese a que el hecho refiere que la acusada suministró, con ánimo de acabar con la vida de los hijos menores, un medicamento.

La absolución se asienta en la consideración de que el fármaco suministrado «no era apto para causar la muerte... por lo que la conducta de la procesada no es sancionable penalmente al tratarse de un supuesto de tentativa inidónea absoluta o irreal».

El Ministerio público, y también la acusación particular, reaccionan contra este pronunciamiento de la sentencia y oponen dos motivos por infracción de ley, error de derecho en el que discuten la motivación del tribunal que considera que el suministro del medicamento era nocivo para la salud. Al respecto constatamos que el referido medicamento, según resulta del prospecto del fármaco, actúa sobre los estados de ansiedad y es especialmente eficaz en crisis de angustia como la agorafobia y el luto, pertenece a una clase de fármacos llamados benzodiazepinas disminuyendo la excitación del cerebro. Además tiene cualidades antidepresivas, ya que su estructura se parece a la de los antidepresivos tricíclicos por el anillo triazol agregado a su estructura química; tiene propiedades sedantes-hipnóticas y anticonvulsivas, pero el efecto más notable es el ansiolítico.

Las personas con hipersensibilidad a las benzodiazepinas deben evitar tomar este medicamento. Tampoco lo deben tomar personas con glaucoma de ángulo estrecho o miastenia gravis. Al igual que con las demás benzodiazepinas, el alprazolam se excreta por la leche materna y atraviesa la barrera placentaria. Tiene potencial teratogénico. Como regla general se recomienda a las mujeres no amamantar mientras se está bajo tratamiento con alprazolam. El uso de dosis muy altas puede desarrollar tolerancia, haciendo esto que el medicamento sea menos eficaz. Las personas menores de 18 años deben evitar la toma. El alprazolam produce dependencia física y psicológica por lo que se recomienda acogerse a un programa de reducción controlada bajo control médico por el riesgo de ataques convulsivos si se suspende bruscamente el tratamiento, los síntomas de abstinencia pueden ser peores si se toman más de 4 mg al día.

Es importante recordar que es recomendable que el alprazolam —así como cualquier otra benzodiazepina— sea consumido solo por periodos cortos de 2 a 4 semanas debido al riesgo de generar tolerancia y dependencia física por el consumo a largo plazo. Los posibles síntomas de abstinencia son: ansiedad, distorsión de los sentidos, disforia y en raros casos psicosis y convulsiones.

Desde esta perspectiva transcrita la afirmación del tribunal, negando capacidad lesiva al fármaco, carece de razonabilidad. En la fundamentación de la sentencia, con innegable eficacia fáctica, se afirma que el hijo menor de la acusada llegó inconsciente al hospital «debido a su menor masa corporal», lo que es indicativo de los efectos causados al menor como consecuencia de la ingesta del fármaco. Se trata de un producto que aparece contra indicada a menores y en determinadas personas produce dependencia. El fundamento jurídico recoge unos efectos inmediatos, el menor ingresó necesariamente en un centro hospitalario al que los tres acudieron para recuperarse de la ingesta del medicamento. En otros términos, el medicamento produjo unos efectos que requirieron una atención médica para sanar la alteración somática producida por su ingesta y fue necesaria esa actuación médica dispensada en un hospital abreviando así un cur-

so causal de consecuencias desconocidas pero posibles, derivadas de un espacio que puede ser agresivo para la salud.

En nuestra jurisprudencia hemos declarado, por todas STS: 294/2012 de 26 de abril que el fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que a través de su intento, el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente. El mayor o menor peligro que genera su ánimo será evaluado penológicamente a través del artículo 62 del Código Penal vigente «atendiendo al peligro inherente al intento».

En virtud de un Acuerdo del Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo, se afirma, como criterio interpretativo sobre la tentativa inidonea que el art. 16 del Código penal no excluye la punición de la tentativa inidonea cuando los medios utilizados, valorados objetivamente y *ex ante* son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico.

Respecto de la punición de la denominada tentativa inidónea, la sentencia que acabamos de citar relaciona la evolución legal y jurisprudencial sobre el tratamiento en la tentativa inidónea.

El Código Penal de 1.995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2.º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa «los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito», y el art. 16 del Código Penal ha redefinido la tentativa, añadiendo el adverbio «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»), lo que quiere decir que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, sea racionalmente apto para ocasionar el resultado, y son punibles, conforme a su actual definición típica, los casos que pueden calificarse de inidoneidad relativa, es decir, aquéllos en que los medios utilizados, «objetivamente» valorados «*ex ante*» y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro). Como dice la citada sentencia de 5 de diciembre de 2000 se trata de supuestos en los que «la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo

sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva “ex post” toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción».

Lo esencial es que la tentativa exprese una voluntad del autor hostil a la norma, pero además, en cuanto la acción debe mostrarse como peligrosas ex ante, la tentativa se fundamenta también objetivamente en la concurrencia de un peligro para el bien jurídico. Esta peligrosidad de la acción es el mínimo requerido para la punibilidad de la tentativa (quedando excluida por la tentativa irreal) y así debe ser entendida la exigencia contenida en el art. 16 de que los actos ejecutados «objetivamente deberán producir el resultado». Por tanto, para la punibilidad de la tentativa basta haber ejecutado una acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico. Este es el sentido de la exigencia contenida en el art. 16 de que la acción objetivamente deba producir el resultado, esto es, basta con que en una perspectiva ex ante la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico a los ojos de un observador objetivo,

esto es se acogerá en el ámbito de la tentativa toda actividad, que a un juicio de un observador objetivo, que conozca el plan concreto del autor, se muestre, según una concepción natural y normal de los hechos como parte integrante y necesaria del comportamiento típico enjuiciado.

Aplicando tal doctrina al caso debatido, el comportamiento de la acusada, que con ánimo de matar suministra un medicamento a sus hijos es idóneo para su realización pues así resulta de los efectos producidos por la ingesta producida. Esa idoneidad es, en el caso concreto, relativa dada la pericial practicada al respecto.

Partiendo del relato de hechos probados de la sentencia impugnada, en el presente caso, la acusada dio principio a la ejecución del delito perseguido, dar muerte a sus hijos y lo realiza mediante la ingesta de productos farmacéuticos que generaron un peligro para la vida de sus hijos. Ese peligro aparece descrito en el prospecto del medicamento y se concreta en la hospitalización de los tres, la acusada y sus hijos y el hecho de que el menor llegara al hospital con pérdida de conciencia.

Estos hechos «objetivamente» hubieran podido producir el resultado perseguido, sin que se trate de una acción objetivamente irreal.

### **Sentencia 1078/2012, Sala Segunda del TS, de 8 de noviembre**

---

Ponente: **Don Juan Saavedra Ruiz**

Resumen: **Concurso real de delitos. Pena máxima a cumplir**

Recurso de Casación: **n.º 10626/2012**

Artículos: **17, 70, 73, 76, 572 y 579 Código Penal**

**Concurso real de delitos: máximo de cumplimiento. Se determina el límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión, de conformidad con las reglas del art. 76 CP, cuando uno de los delitos concurrentes es el de conspiración para cometer asesinato terrorista. Se sigue a tal efecto el contenido del Acuerdo de Sala de 19 de diciembre de 2012.**

### **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

---

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Tercero.**—A través del primer motivo de queja considera la recurrente que la decisión de instancia resulta contraria al art. 76 CP, el cual en

su párrafo 1.b) fija un máximo de treinta años de prisión únicamente «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena superior a los veinte años». Entiende que este

último límite —pena superior a veinte años— no se supera en su caso, pues el delito más grave de aquéllos por los que fue condenada en ambos procedimientos está representado por la conspiración para asesinato terrorista, cuya penalidad nunca puede rebasar los veinte años de prisión, al haber previsto el Legislador en tales casos la inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito al que aparezca vinculada la conspiración (arts. 572.1.1.ª, 139.1.ª y 141 CP). Formándose este grado inferior a partir del mínimo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, reducido en un día, el máximo de pena que le era imponible habría de representar una prisión de veinte años menos un día, razón por la que la Sala de procedencia hubo de aplicar la regla general del art. 76.1 CP e imponerle un máximo de cumplimiento efectivo de veinte años de privación de libertad, en lugar de los treinta señalados en la resolución que se discute, al encontramos ante el supuesto general.

En un segundo motivo, tras invocar los principios de legalidad y seguridad jurídica, además del deber de intangibilidad fáctica, considera violentado por la Sala de instancia su derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que el delito de conspiración para asesinato terrorista mereció una condena de diez años de prisión por su subsunción bajo los citados arts. 572.1.1.ª, 139.1.ª y 141 CP, mientras que al fijar ese máximo de cumplimiento efectivo de treinta años el auto combatido ha tenido erróneamente en cuenta el subtipo agravado del art. 572.2 CP. La pena imponible en abstracto se extendía, pues, hasta los veinte años menos un día de prisión, en lugar de hasta los veinticinco años menos un día atendidos por la Sala «a quo» para llegar a aquella conclusión.

1. El Fiscal, que apoya expresamente el recurso, invoca a favor de su estimación la STS núm. 145/2012, de 6 de marzo, a tenor de la cual y a los fines de determinar estos máximos habrá de atenderse al delito concretamente cometido; en consecuencia, también a su concreto grado de ejecución, de manera que si el delito es intentado la pena de la que habrá que partir lo será en su grado inferior, en toda su extensión. Se afirmó entonces que el delito intentado es una categoría propia y distinta del

consumado, por lo que tiene límites penológicos autónomos.

A este respecto, procede que mencionemos el Acuerdo recientemente alcanzado por el Pleno de esta Sala de lo Penal el pasado 19/12/2012, según el cual: «Para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras a) a d) del art. 76 del Código Penal hay que atender a la pena máxima imponible, pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito».

2. El caso sometido a nuestro examen no refleja, en puridad, un supuesto de delito intentado, como analizaba la sentencia invocada por el Fiscal, sino de conspiración para el delito, figura integrada en lo que doctrinal y jurisprudencialmente se conoce bajo la categoría de las «resoluciones manifestadas de voluntad». Tal y como señalaba la STS núm. 440/2006, de 7 de abril, las tres fórmulas consagradas en los arts. 17 y 18 CP (conspiración, proposición y provocación al delito) tienen en común con los actos preparatorios el quedar fuera de la ejecución o materialización del delito, en tanto en cuanto no afectan al núcleo del tipo, ya que el sujeto realiza una manifestación de voluntad cuya naturaleza inmaterial les distingue de los auténticos actos preparatorios. Tanto respecto de los actos preparatorios como de las resoluciones manifestadas rige la norma general de la no punición. Sólo excepcionalmente se castigarán estas últimas cuando de forma expresa los prevea la Ley (arts. 17.3 y 18.2 CP). En la conspiración y provocación, los términos de la Ley parece que no originan dudas respecto a la intervención asignada a los conspiradores y provocadores. La conspiración existe, según la ley, «cuando dos o más personas se concierten para la ejecución de un delito y resuelvan ejecutarlo» (art. 17.1 CP). Nos hallamos entonces ante la denominada «coautoría anticipada», en la que se prevé la intervención de todos los conspiradores en la realización material del hecho delictivo, sea cual fuere el cometido o la parte del plan acordado que haya tocado ejecutar a cada uno de los concertados.

Esta misma sentencia está en línea con su predecesora STS núm. 1129/2002, de 18 de junio, a la que expresamente remite, y que mantiene una lí-

nea jurisprudencial poco discutida respecto a la conspiración para destacar con carácter general lo siguiente: 1.º Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien ha sido considerado en muchas ocasiones como un delito de «dinámica propia», es al mismo tiempo y de una forma indefectible subsidiario o «dependiente» de otro que podemos llamar «principal»; es decir, se trata de un delito simplemente «mediato» y no «inmediato», de características parecidas a lo que una parte de la doctrina denomina «tentativa de peligro». 2.º Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el art. 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la «ejecución de un delito» y, de otro, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito «matriz»). 3.º Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución. 4.º Se requiere además el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de «condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia», cuales son no sólo el carácter previo o «pactum scaeleris» entre esas formas, sino también la decisión de su efectividad o «resolutio finis».

La conspiración, como resolución manifestada de voluntad, es de algún modo un tipo de iniciación al delito. Para diferenciarlo de la tentativa, se ha de precisar que, mientras que ésta es la progresión en un grado de ejecución del delito, aquélla es la progresión en un grado de ideación, que necesita del oportuno concierto de voluntades, serio y real, para la ejecución de un delito, sin que sea preciso que exista en ese momento un diseño acabado del modo de realizar la acción delictiva, esto es, un reparto de papeles, la fecha de la perpetración, el escenario concreto, ni siquiera el objetivo personal (si se trata de las previsiones del art. 141 CP), pues queda fuera de toda duda que si lo concertado es

matar a un hombre, cualquiera que sea su identidad (frecuentemente una autoridad, como en nuestro caso, o un miembro de los cuerpos de seguridad), es evidente que se cumplen todos los requisitos que la ley penal construye para su punición.

De otro lado, tanto la propia tentativa (en grado de progresión ejecutiva) como la resolución manifestada de voluntad por conspiración (en grado de progresión de ideación criminal) se castigan con la misma pena, inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito «consumado». En ambos casos, la razón que justifica este tratamiento es la misma: el peligro que ambas progresiones representan ya para el bien jurídico protegido por la norma penal. Ahora bien, así como el art. 62 CP nos da una pauta para la individualización penológica en caso de tentativa, fundada en parámetros de gravedad frente a dicho bien jurídico y que se traducen en el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado, no existe precepto similar para el caso de las resoluciones manifestadas de voluntad.

3. Como decíamos, al igual que la proposición y la provocación, la conspiración para el delito recibe sustantividad propia únicamente en aquellos supuestos expresamente queridos por el Legislador, mediante un catálogo «numeris clausus». Tal es el caso del terrorismo, castigándose su conspiración al tiempo de los hechos objeto de condena en el art. 578 CP, equivalente a la actual previsión del inciso 1.º del art. 579.1 CP Por voluntad legislativa, pues, la conspiración, la proposición y la provocación para el delito terrorista adquieren tipicidad penal autónoma, aunque vinculada al delito de referencia en su penalidad, que consistirá en la «inferior en uno o dos grados» a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos afectos. En nuestro caso, al art. 572.1.1.º CP, por remisión a los más genéricos arts. 139.1.ª y 141 CP, por lo que la franja punitiva a la que desde aquellos preceptos hemos de atender oscila entre un mínimo de veinte y un máximo de treinta años de prisión.

Es desde este mínimo de los veinte años desde el que han de operar en el presente caso las reglas para la formación de la pena inferior en gra-

do, y no desde aquél del que parten los Jueces de procedencia en el FJ. 3.º del auto recurrido, en el que justifican que su decisión atiende a la pena aparejada en abstracto al delito cometido, lo que abarcaba en esta ocasión hasta los veinticinco años menos un día de prisión. Tal es la razón que les lleva a no circunscribir el límite máximo de cumplimiento a la norma general de los veinte años, sino a la cualificada de treinta. Sin embargo, según destaca la recurrente, dicho límite sólo habría de operar de la atención al apartado cualificado del art. 572.2 CP, que prevé la imposición de las penas en su mitad superior en función de los específicos sujetos pasivos del delito que en él se describen. Pese a haber podido aplicarse dicho inciso, dada la evidente condición de autoridad de la víctima, hoy fallecida, como Presidente de la Xunta de Galicia en aquel entonces, semejante calificación agravada no figura entre el objeto acusatorio (antecedente de hecho 3.º de la sentencia), como tampoco en el apartado de subsunción jurídica (FJ. 1.º) y ulterior fallo dictado en aquel momento por la Sala encargada del enjuiciamiento, siendo esto último en cualquier caso coherente con el principio acusatorio. La ausencia de una calificación agravada se muestra también en la pena de diez años de prisión impuesta por este delito de conspiración, pena que en otro caso no habría resultado aplicable, pues necesariamente resultaría más grave el punto de partida del que habría tenido que partir el Tribunal tras reducir en grado y aplicar la mitad superior ex arts. 572.1.1.ª, 572.2, 578 y 70 CP.

Resulta, por ello, incuestionable que el límite máximo de cumplimiento fijado por la Audiencia Nacional en el auto rebatido parte de una franja punitiva verdaderamente no operativa en la sentencia previa.

4. El último precepto citado —art. 70 CP— ofrece, a su vez, las pautas para la formación del grado superior e inferior de la pena. Especifica su actual regla segunda, aplicable aquí en tanto que más beneficiosa para la recurrente a los fines pretendidos que la vigente al tiempo de los hechos (art. 2.2 CP), que «la pena inferior se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado

de tal deducción su límite mínimo», teniendo en cuenta que «el límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día de multa según la naturaleza de la pena a imponer» (art. 70.1.2.ª CP).

Al fijar los máximos de cumplimiento efectivo de condena, establece por su parte el art. 76 CP que quedará fijado en el triplo de la más grave, «declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años». A esta regla general suceden otras especiales, actualmente en número de cuatro, de modo que ese límite máximo de cumplimiento será de veinticinco años «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta veinte años» [apartado a)], de treinta años cuando alguno de esos diversos delitos lo esté «con pena de prisión superior a veinte años» [apartado b)], o bien de cuarenta años en un doble supuesto: 1) que el penado lo esté por dos o más delitos y al menos dos de ellos prevean pena de prisión superior a veinte años; ó 2) que el penado lo haya sido por dos o más delitos relacionados con el terrorismo y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años [apartados c) y d)]. Al tiempo de los hechos enjuiciados, el precepto que examinamos sólo contemplaba las dos primeras reglas especiales, no siendo de todos modos aplicable al caso ninguna de las restantes sobrevenidas.

En un solo grado redujo la Sala de instancia la pena aplicada a la conspiración para el asesinato terrorista, lo que nos lleva a un abanico punitivo de entre diez y veinte años menos un día de prisión. Estima la recurrente, y asimismo el Fiscal, que por este motivo no procede aplicar ninguna de las reglas agravadas del art. 70 CP, ni siquiera la correspondiente a la letra a), en la medida en que el Legislador emplea la preposición «hasta», por lo que, al no alcanzarse aquí tal cifra por un día, hay que reconducir el máximo de cumplimiento al límite general de los veinte años.

Y, efectivamente, les asiste razón. La combinación de los arts. 70 y 76 CP, tras sus diferentes y sucesivas reformas, provoca en verdad un vacío respecto de situaciones como la que examina-

mos, en las que la formación del grado inferior necesariamente conducirá hacia un máximo que en ningún caso alcanzará los veinte años, al ser de aplicación la cláusula «menos un día», en tanto que más beneficiosa para el reo. No se cumple, por ello, el requisito exigido en la regla a) del art. 76 CP mediante la preposición «hasta», cuyo significado según el diccionario de la RAE denota el límite o término de un periodo de tiempo, no abarcado en este caso. De tal modo

dicha regla deviene difícilmente aplicable, pues requiere un abanico punitivo cuyo máximo esté representado por veinte años exactos de prisión. De estar ante una pena inferior a ésta, aunque sea en un solo día como es el caso, la literalidad del precepto obliga a reconducir el límite máximo de cumplimiento a la regla general, mientras que de superarse los veinte años habrá que mirar hacia la regla b) del art. 70.1 CP. En consecuencia, el motivo debe ser estimado.

### **Sentencia 885/2012, Sala Segunda del TS, de 12 de noviembre**

---

Ponente: **Don Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Prescripción. Alcance de la reforma del año 2010**

Recurso de Casación: **n.º 189/2012**

Artículo: **132 Código Penal**

**Prescripción: Alcance de la reforma del año 2010. Se ofrece un claro resumen del sentido de la reforma del año 2010 en lo que se refiere a la interrupción del plazo de prescripción y el alcance de la expresión «resolución judicial motivada».**

### **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

---

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Tercero.**—Se ha admitido tanto por la sentencia recurrida como por las partes, que el «dies a quo» de la prescripción, está constituido por la presunta comisión del delito, y que esa fecha fue el día 15 de octubre de 1993, último vencimiento de los pagarés inatendidos, y que el plazo más favorable es el correspondiente al Código Penal de 1973, que se ha de fijar en cinco años.

La Audiencia considera que el Auto de fecha 1 de febrero de 1994, dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Orihuela, no tiene virtud de interrumpir la prescripción, en tanto que acuerda instruir diligencias previas, y a la vez, sobreseer provisionalmente de las actuaciones «al no estar debidamente justificada la perpetración del delito», de manera que entre la fecha de comisión de los hechos (15-10-1993) hasta el día 21 de octubre de 1998 en que se incoan diligencias previas, y mucho más hasta el día 29 de octubre de ese mismo año, en que se admite a trámite la querrela por el Juzgado

de Instrucción n.º 7 de Elche, han transcurrido más de cinco años, o incluso hasta la fecha misma de la presentación de la querrela ante los Juzgados de Elche, esto es, el día 16 de octubre de 1998.

La primera discrepancia de la parte recurrente reside precisamente en el contenido de la resolución judicial que lleva fecha de 1 de febrero de 1994, pues para aquélla se ha omitido precisamente el acuerdo del juez, que se aloja en el párrafo cuarto de la parte dispositiva, concretamente en cuanto ordena que «estese al resultado de las diligencias realizadas por la policía judicial para la localización del denunciado», por lo que el sobreseimiento provisional no ha sido a causa de que los hechos no fueran constitutivos de delito, sino que lo condicionada a tal investigación, siendo así que, tal y como se expresa en el mismo, las actuaciones referidas «presentan características que hacen presumir la posible existencia de una infracción penal, desprendiéndose de lo actuado que no se ha podido oír en declaración al denunciado al desco-

nocerse el paradero del mismo». En realidad, «lo actuado» no puede haber sido nada más que las imputaciones que se citan en la denuncia ante la Guardia Civil, toda vez que con tal resolución judicial se incoan diligencias previas y, a su vez, se ordena su cierre, eso sí, pendiente de que por la policía judicial, se comunique al Juzgado de Instrucción el paradero del denunciado, caso de ser habido éste. De otro lado, mientras en la exposición de «hechos» se dice que los mismos «hacen presumir la posible existencia de una infracción penal», en los fundamentos jurídicos, se aclara que procede acordar «el sobreseimiento provisional de las actuaciones al no estar debidamente justificada la perpetración del delito», no que los hechos denunciados no lo sean.

Por consiguiente, y como acertadamente expone el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, la cuestión estriba en determinar si el Auto de fecha 1 de febrero de 1994, constituye una resolución judicial que implique poner en marcha el procedimiento contra el presunto responsable de los hechos.

Nuestra doctrina jurisprudencial declaraba, de forma reiterada, que la interposición de la denuncia o querrela, interrumpía el plazo de prescripción de los delitos, con tal que se determinase la persona contra la que se dirigía y un contenido esencial mínimo de donde deducir cuáles eran los hechos denunciados.

Ahora bien, la modificación operada en esta materia por la LO 5/2010, al tener la prescripción un claro componente sustantivo, que hace que esta materia se proyecte retroactivamente cuando beneficia al reo, y ello sin duda cuando el proceso está vivo, es decir, cuando aun no se ha dictado sentencia firme, como ocurre en el supuesto de autos, exige que esta cuestión sea examinada a la luz del nuevo cuadro normativo que instaura la referida novela legislativa.

Con carácter previo, hemos de poner de relieve que el sobreseimiento dictado por el juez instructor lo fue el provisional, no el sobreseimiento libre, y de ahí la cita literal del art. 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En nuestra STS 1294/2011, de 21 de noviembre, ya dijimos que la prescripción del delito,

regulada como causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.5.º CP) tiene su fundamento, una vez rechazado ampliamente el planteamiento seguido por aquellos autores que la vinculaban a motivos procesales relacionados con la desaparición de las pruebas por el transcurso del tiempo, en aspectos directamente relacionados con la teoría de la pena. Es decir, la fundamentación de la prescripción será diversa en función de cuál sea la teoría de la pena por la que se opte.

Conforme a este planteamiento, el fundamento de la prescripción deberá encontrarse en la falta de necesidad reeducativa-resocializadora de la pena por el hecho cometido a causa del transcurso del tiempo, si se considera que la pena tiene una función estrictamente preventivo-especial; en la falta de necesidad preventivo-general, pues el transcurso del tiempo impediría que la imposición y ejecución de la pena pudiera llegar a producir efecto disuasorio alguno (prevención general negativa); o en la falta de necesidad de estabilización normativa (prevención general positiva), a causa del propio transcurso del tiempo.

Dicho esto, para computar el «dies ad quem», es decir, cuándo se interrumpe la prescripción, el principio general es que ésta se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena (art. 132.2).

Conforme a la nueva regulación de la prescripción, se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta (art. 132.2.1.ª).

Aunque parezca que la nueva regulación normativa (LO 5/2010, de 22 de junio, con entrada en vigor el día 23 de diciembre de 2010) se refiere a la admisión a trámite de la querrela o denuncia, en realidad no dice exactamente eso, porque previamente pueden adoptarse otras resoluciones judiciales diversas, como el dic-

tado de un Auto de intervención telefónica, o un registro domiciliario, o un mandamiento de detención, etc. Y tales actos judiciales han de ser potencialmente aptos para interrumpir la prescripción, en tanto que manifiestan una resolución judicial motivada en la que se atribuye a un sospechoso su presunta participación en el hecho delictivo que se encuentra siendo investigado. Es decir, en tales supuestos, ya existe una resolución judicial, ésta ha de ser motivada, o lo que es lo mismo ha de atribuir al sospechoso la presunta comisión de un delito que proceda investigar por tales medios, se encuentra aquél nominalmente determinado, y el hecho, ha sido inicialmente calificado, por lo que concurren todos los elementos que exige la norma, esto es, la existencia de una resolución judicial motivada por la que se atribuya (al indiciariamente responsable) su presunta participación en un hecho delictivo. Quiere decirse que tal resolución judicial no es equivalente a un acto judicial estricto de imputación, o lo que es lo mismo la atribución de la condición de sujeto pasivo de una pretensión punitiva, que aún no se ha ejercitado formalmente, sino la atribución indiciaria de su presunta participación en un hecho, que se está investigando o que se comienza a investigar en tal momento, y por eso, la ley se refiere en otros apartados al contenido de la admisión a trámite de una querrela o una denuncia, como igualmente otro acto formal de interrupción de la prescripción. En segundo lugar, que tal resolución judicial, al poderse dictar en fase de investigación sumarial secreta, no tiene por qué notificarse a dicha persona. Ni, correlativamente, que tenga que tomarse inmediatamente declaración a tal persona frente a la que se interrumpe, por la resolución judicial motivada, la prescripción.

Fuera de ello, no interrumpe la prescripción la actuación investigadora del Ministerio Fiscal extramuros del proceso, pero esto ya se había declarado expresamente en la STS 672/2006, de 19 de junio, que trata específicamente de esta materia. Y en lo relativo a los hechos denunciados, la STS 1807/2001, de 30 de octubre, ya declaró que la denuncia o imputación genérica, o inconcreta, no puede interrumpir

la prescripción. Se exige alguna determinación de la comisión delictiva, siquiera sea muy general, pero de donde pueda deducirse de qué infracción penal se trata.

También hemos dicho en la STS 1187/2010, de 27 de diciembre, que la nueva ley, al conferir un nuevo modo de interrumpir la prescripción, se aparta de nuestra doctrina tradicional, conforme a la cual, la querrela o denuncia, con tal que contuvieran datos identificativos del presunto autor y del delito, era suficiente para comprender que ya formaba parte del procedimiento e interrumpir la prescripción. Y una de las novedades de tal reforma lo constituye la posibilidad de suspensión del plazo, institución desconocida con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico penal. Así, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia. Las posibilidades existentes son que, dentro de ese plazo, el órgano judicial resuelva algo, o no lo haga. Si sucede esto último, la solución legal es que se continúe el cómputo de la prescripción sin que opere de forma alguna tal suspensión por la presentación de la querrela o denuncia, sin mayores complicaciones. En cambio, si el Juzgado de Instrucción resuelve, puede serlo naturalmente en sentido positivo a la admisión o denegatoria de ésta. Y si lo fuera en sentido positivo, «la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia». No resuelve, sin embargo, el legislador el problema de que fuera ya del plazo de los seis o los dos meses, el Juzgado de Instrucción rechace la admisión a trámite de la querrela o denuncia y por medio de la utilización de los recursos pertinentes, la Audiencia revoque tal decisión judicial y admita la querrela, desautorizando así el criterio del Instructor, o que la Audiencia lo haga igualmente fuera de tal lapso temporal. En este caso, la sentencia citada (STS

1187/2010, de 27 de diciembre), declara que no se puede operar del mismo modo, pues el legislador opta por regular una respuesta jurídica que necesariamente se ha de producir dentro de tales plazos para que el efecto suspensivo de la presentación de la querrela o denuncia tenga virtualidad jurídica. Entender lo contrario, dejando al recurso de apelación un espacio temporal indefinido que se proyectase retroactivamente a la fecha del dictado de la resolución judicial por el Instructor, dejaría sin contenido la previsión del legislador de que en ese plazo se decida definitivamente la cuestión, como se apunta en el supuesto de inadmisión, en donde ha de recaer una resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada, para que se produzca el efecto contrario, esto es, que el término de prescripción se retrotraiga a la fecha de presentación de la querrela o denuncia como si nada hubiera sucedido. Al incluir el legislador en este último supuesto la mención «firme», valora ya la posibilidad de que tal resolución judicial haya sido sometida al criterio de un recurso ulterior, devolutivo o no, pero dentro de los referidos plazos.

En el caso sometido a nuestra revisión casacional, el Auto de fecha 1 de febrero de 1994, en momento alguno excluye la comisión delictiva, sino que concluye precisamente lo contrario, deteniéndose el procedimiento ante la desaparición del denunciado, y consiguiente archivo de las actuaciones. El art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente autoriza la desestimación de la querrela «cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma», lo que no es el caso ciertamente.

Es, pues, una resolución judicial por la que se atribuye a una persona determinada y nomina-

da, su presunta participación en un hecho que puede ser constitutivo de delito o falta. Sobre este aspecto, no hay duda alguna. Ahora bien, el art. 132.2.1.<sup>a</sup> del Código Penal, exige que tal resolución judicial lo sea motivada. La motivación requerida, en tanto que únicamente se contrasta con lo relatado por el denunciante o querellante en su escrito de denuncia o querrela, ha de limitarse precisamente a eso: un juicio de verosimilitud sobre la calificación delictiva de los hechos denunciados y su presunta atribución al querrelado o denunciado, sin que en tal momento procesal puedan llevarse a cabo mayores explicaciones ni probanzas, en tanto dicha resolución judicial es precisamente la que abre la investigación judicial; carecería de sentido, en consecuencia, exigir mayor motivación que la expuesta. Ahora bien, si tal resolución judicial entendiera que los hechos puestos en conocimiento del juez no son, indiciariamente, constitutivos de delito, no podría —claro es—, tal resolución, interrumpir la prescripción, porque ordenaría el archivo de las actuaciones por dicha razón, suspendiéndose su virtud interruptora hasta que, mediante el oportuno recurso, se resolviese lo procedente, conforme ya hemos analizado con anterioridad.

En el caso, existe una resolución judicial —Auto de 1 de febrero de 1994—, se encuentra motivada, al menos en su parte esencial, en ningún momento descarta la existencia de delito, sino todo lo contrario, no fue recurrida, y archiva provisionalmente la causa como consecuencia de lo ilocalizable de la situación del denunciado. Concurren, pues, todos los elementos para tener por interrumpida la prescripción, razón por la cual el motivo será estimado, ordenando que se dicte Sentencia sobre el fondo, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales de esta instancia casacional.

**Sentencia 915/2012, Sala Segunda del TS, de 15 de noviembre**

---

Ponente: **Don Luciano Varela Castro**

Resumen: **Orden europea de detención y entrega. Principio de especialidad**

Recurso de Casación: **n.º 10379/2012**

Artículos: **138, 139, 234 y 242 Código Penal y 24 CE**

**Orden europea de detención y entrega. Principio de especialidad. Se determina su alcance: en el caso concreto, impide juzgar por robo, delito no mencionado en la solicitud, pero no obsta a condenar por asesinato si en la solicitud se hablaba de homicidio.**

---

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

---

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**—1. El primero de los motivos denuncia, con amparo en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la vulneración de los principios constitucionales de legalidad procesal penal y seguridad jurídica (artículo 9 de la Constitución), así como el derecho de tutela judicial efectiva (artículo 24 de la misma) y el que denomina principio de legalidad extradicional.

Justifica el reproche en: a) La Orden Europea de Detención expedida por el Juzgado Instructor imputaba un delito de homicidio pero no de asesinato; b) imputaba también un delito de robo cometido el mismo día del homicidio, pero no describía un tercer delito de hurto cometido en fechas anteriores a la de comisión del homicidio y robo violento; c) el Estado que ejecutó la detención, llevó a cabo la entrega conforme a resolución en la que se relatan esas mismas infracciones y se hace expresa advertencia de que el detenido, conforme con la entrega, expresamente indicó que no renunciaba del principio de especialidad y d) la sentencia condena, no por dos, sino por tres delitos, añadiendo a los indicados el de hurto cometido en fechas anteriores al de homicidio y robo, y, además, condenó por asesinato imponiendo una pena superior a la que había sido indicada en la Orden Europea de Detención.

2. Hemos de compartir con el recurrente que la regulación de la denominada orden europea de detención se acomoda al principio de especialidad clásico en el derecho relativo a la extradición, conforme al cual el país requirente y re-

ceptor del entregado se compromete a no juzgar a éste por hechos anteriores diversos de aquél que sirvió de justificación para la entrega por parte del país que ejecuta la detención y entrega. Sin perjuicio de determinadas excepciones que no resulta ahora necesario examinar.

Tal principio ya estuvo presente en el Convenio Europeo de Extradición, hecho en el seno del Consejo de Europa (1957). A él hacía también referencia la Ley de Extradición Pasiva 4/1985. Y en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (1990). Una regulación más próxima a la que iba a ser recogida en la Decisión Marco, se encuentra en el artículo 10 del Convenio de Dublín (1996) adoptado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea.

Con tales precedentes se adoptó la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de fecha 13 de junio de 2002 (artículo 27). Y, en el derecho interno español la Ley 3/2003.

La citada regulación pone de manifiesto que el Estado que lleva a cabo la entrega dispone, como manifestación de su soberanía, de facultades para ratificar o relevar de esa exigencia que implica el principio de especialidad. Pueden derogarlas incluso de manera general al margen del caso concreto.

El artículo 24 de la Ley española 3/2003 establece: 1. El consentimiento o autorización para el enjuiciamiento, condena o detención con vistas a la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad, por toda infracción cometida antes de la entrega de una persona y que sea distinta de la que motivó dicha entrega

al Estado español, se presumirá que existe siempre que el Estado de la autoridad judicial de ejecución haya notificado a la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea su disposición favorable al respecto, salvo que en un caso particular la autoridad judicial de ejecución declare lo contrario en su resolución de entrega. 2. Si se hubiese formulado la declaración, la persona entregada a España no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado ésta, salvo que el Estado de ejecución lo autorizase.

No obstante, como hemos puesto de manifiesto en otras ocasiones también está involucrado en el régimen de esta institución el derecho de defensa del detenido y entregado. Lo que, cuando la Autoridad responsable de la ejecución es española, se traduce en determinadas exigencias de las que da cuenta el artículo 14 de la ley 3/2003. Que incluye la de una audiencia por el Juzgado que debe expedir la orden con asistencia del Ministerio Fiscal, del abogado de la persona detenida y, en su caso, de intérprete, debiendo realizarse conforme a lo previsto para la declaración del detenido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En ella se oirá a la persona detenida sobre la prestación de su consentimiento irrevocable a la entrega. En la misma acta, en su caso, se hará constar la renuncia a acogerse al principio de especialidad, si se hubiere producido. Y se ordena al Juez Central que compruebe si el consentimiento a la entrega por parte de la persona detenida ha sido prestado libremente, y con pleno conocimiento de sus consecuencias, en especial de su carácter irrevocable. De la misma forma procederá respecto de la renuncia a acogerse al principio de especialidad. Y, a falta de conformidad se abre el debate sobre la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento de la entrega. En la audiencia podrán proponerse por las partes los medios de prueba relativos a la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento de dicha entrega.

Procedimiento en garantía del detenido que se ha de observar en el país de ejecución cuando la requirente es España.

Esa doble perspectiva es recordada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas en la Sentencia de 5 de septiembre de 2008 en el caso Korkein Oikeus, respondiendo a cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo finlandés.

Tal marco normativo y principios informantes del sistema nos llevan a examinar las circunstancias del caso que ahora juzgamos.

3. La solicitud española recogía literalmente la siguiente descripción del HECHO que justificaba la petición.

«El día 26/05/2010 sobre las 8,50 horas en la vivienda sita en calle (...) núm. (...) (...) de Castellón fue hallado el cadáver de Loreto por muerte violenta, junto a un gran charco de sangre y con una catana clavada en el cuello, fijándose por el informe forense la fecha de la muerte el día 25/05/2010 entre las 14.30 y las 16.30 y resultando de las gestiones policiales practicadas que el autor de los hechos además procedió a robar efectos/joyas de la víctima de su domicilio, existiendo indicios de la presunta comisión del delito de homicidio y del de robo con violencia por parte de Candido, que se encuentra fugado desde el momento de la comisión de los hechos indicados».

Y, en cuanto a su calificación jurídica se proponía en la misma solicitud la siguiente:

«DELITO DE HOMICIDIO, previsto en el art. 138 del Código Penal Español, castigado con pena de prisión de diez a quince años y DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA previsto y penado en el art. 242 del Código Penal, castigado con pena de prisión de dos a cinco años».

Por su parte la traducción de la decisión del país que realizó la detención y entrega rezaba:

«El mandato fue emitido por un número de dos infracciones, como la siguiente: De hecho, la persona en causa esta investigada por cometer la infracción de homicidio y robo con violencia e intimidación, en la fecha de 26.05.2010 a las 8.50 en el domicilio situado en la calle (...), n.º (...), (...), ciudad de Castellón, se encontró el cadáver de Loreto, muerta en un modo violento, gran charco de sangre y una catana en el cuello. Conforme con el reporte logístico la muerte pasó en la fecha de 25.05.2010 entre las horas 14.30 y 16.30 y por la investigación de las policías encontramos que el autor robó bienes y

joyería de la casa de la víctima, estos representan pruebas de cometer la infracción de homicidio con violencia por Candido, que dejó España desde el momento de cometer los actos abajo mencionados.

En el término de juicio de 03-08-2010 la persona que causa consintió de ser entregada a las autoridades judiciales españolas, con la precisión que este no denuncia a los efectos de la regla de especialidad».

4. Con tales premisas la primera cuestión a dilucidar es si la variación en la sentencia recurrida respecto de la calificación jurídica del hecho, que había sido descrito en la solicitud española de la forma indicada, supone la hipótesis proscrita de condena por infracción distinta.

Si por infracción entendiéramos el nomen iuris del tipo delictivo bajo el cual en la solicitud se subsume el hecho que se describe, habría de convenirse que la calificación asumida en la condena diverge de la postulada en la solicitud de detención. A una tal tesis inclina la exigencia de que en la solicitud se exija la constancia de la naturaleza y tipificación jurídica del delito.

Pero no puede olvidarse que cuando el artículo 3 de la ley reguladora ordena esa expresión indica que en particular se haga atendiendo a lo dispuesto en los artículos 5 y 9 de la ley. Es decir para acreditar que se parte de un supuesto que cae dentro de aquellos en que se admite acudir al procedimiento que regula la ley.

En segundo lugar no cabe olvidar que las órdenes son normalmente solicitadas cuando el procedimiento se encuentra en una fase en que la conformación del objeto del proceso dista de encontrarse agotada. De ahí que la determinación de si se ha condenado por un objeto del proceso diverso deberá establecerse en atención a los mismos parámetros con los que se atiende a la identificación de dicho objeto. Es decir se ha de atender a si se produce o no un cambio sustancial en el hecho configurado desde la perspectiva de la norma penal. De ahí que cuando las mutaciones, aún acarreado consecuencias jurídicas, no suponen una alteración de tal trascendencia, no puede hablarse de infracción distinta, aunque el tipo penal sea diverso.

Por otra parte la exigencia de respeto al derecho de defensa obliga a una ulterior matización.

En el sentido de que la alteración, sustancial o menos sustancial, en la calificación jurídica no ha de ser tal que sufra el derecho de defensa del afectado por la orden. Lo que desde luego no ocurre por el mero cambio en el artículo del Código Penal, o tipo penal, aplicado. Si tal variación no habría dado lugar a una estrategia de defensa diferente a la que aconseja el hecho tal como es descrito en lo sustancial.

Y es claro que la descripción del hecho en la solicitud emitida por España hacía previsible la eventualidad de su calificación con la concurrencia de las agravantes en definitiva objeto de acusación y condena.

Por ello no cabe decir en cuanto a ese delito que el recurrente fue penado por infracción distinta de aquella por la que se solicitó y obtuvo su detención. En ese aspecto el motivo se rechaza.

5. Mejor suerte merece la otra alegación bajo la misma argumentación, pero referida a la pena por un delito de hurto continuado derivado de hechos cometidos con anterioridad.

En efecto cualquiera que sea la referencia que en la resolución judicial adoptada para emitir la solicitud a actuaciones del recurrente en fechas anteriores al día en que se cometió el delito de asesinato y el de robo, ha de convenirse en que: a) la solicitud no hace, como se desprende de la transcripción hecha más arriba, ninguna referencia a esas sustracciones en fecha anterior a la del día del asesinato y robo, y b) antes al contrario, en dicha solicitud se especifica que se formula por DOS infracciones.

Por ello la condena del recurrente por tres infracciones, fundando una de ellas —la condena por hurto continuado— en actos anteriores a la fecha del hecho por el que la misma solicitud se emite, supone una condena por infracción distinta. Lo que resulta vetado por deficiencia jurisdiccional de los Tribunales españoles para separarse de los límites impuestos por el Estado requirente en uso de su soberanía. Y también resulta vetado por las exigencias del derecho de defensa ya que respecto a esos hechos el recurrente no pudo articular defensa alguna ante la autoridad judicial del Estado requerido que hizo la entrega.

En ese particular el motivo debe ser estimado.

**Sentencia 943/2012, Sala Segunda del TS, de 20 de noviembre**

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Tráfico de drogas. Tentativa**

Recurso de Casación: n.º **511/2012**

Artículos: **16 y 368 Código Penal**

**Tráfico de drogas. Tentativa. La sentencia ofrece un claro resumen de los criterios jurisprudenciales en orden a la aceptación (excepcional) de la tentativa en el delito de tráfico de drogas.**

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Cuarto.—(...)**

2. Este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas, pudiendo sintetizarse los criterios y pautas de la jurisprudencia (SSTS 335/2008, de 10-6; 598/2008, de 3-10; 895/2008, de 16-12; 5/2009, de 8-1; 954/2009, de 30-9; 960/2009, de 16-10; 1047/2009, de 4-11; 1155/2009, de 19-11; 191/2010, de 9-2; y 890/2011, de 27 de julio, y las que en ellas se citan) en los siguientes apartados:

- a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.
- b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si este no llegó a alcanzar la posesión inmediata o me-

diata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse.

- c) Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consume siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detentación física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito.
- d) El tráfico existe desde que una de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común.
- e) La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber

participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Será, pues, el supuesto de quien o

quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

### Sentencia 938/2012, Sala Segunda del TS, de 22 de noviembre

---

Ponente: **Don Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

Resumen: **Competencia objetiva**

Recurso de Casación: **n.º 1006/2012**

Artículos: **25 y 783 LECrim**

Tras recordar la procedencia de la casación frente a las decisiones de las Audiencias resolviendo sobre la competencia, la Sala anula a continuación la decisión del Tribunal que para rechazar el conocimiento del asunto había decidido de manera anticipada un aspecto del fondo.

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

---

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El Juzgado de Instrucción n.º 1 de Vitoria, en el Procedimiento abreviado 133/2011, con fundamento en la calificación provisional del Fiscal, remitió las actuaciones a la Audiencia Provincial para su enjuiciamiento. Ésta, al albergar dudas acerca de la corrección de la decisión en el plano de la competencia, oyó a las partes sobre el particular, y resolvió en el sentido de considerar competentes a los Juzgados de lo Penal para el conocimiento de la causa.

La decisión de la Audiencia se produjo a la vista de que, calificado el hecho como delito de estafa, de los arts. 248, 249 y 250.1.1.º Cpenal, el tribunal entendió que la relación entre los implicados se había producido a propósito del arrendamiento de un piso, dándose la circunstancia —razona— de que en la calificación del Fiscal «en modo alguno se describe [...] que el presunto perjudicado iba a dedicar o destinar dicha vivienda que pretendía alquilar a domicilio o primera vivienda». Que es por lo que concluyó que no sería de aplicación el subtipo agravado del último precepto citado, y, en consecuencia, no había lugar para la apertura del juicio ante la Audiencia.

**Segundo.**—El Fiscal funda su recurso en la inteligencia de que la Audiencia Provincial no

puede pronunciarse sobre la competencia en el momento en que el Juez de Instrucción ha señalado el órgano competente para el enjuiciamiento, a tenor de lo establecido en el art. 783,2 y 3 Lecrim.; y hacerlo, como en el caso, supone una vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley. Luego invoca jurisprudencia de esta sala producida con ocasión de situaciones como alguna de las generadas por la última reforma del Código Penal, cuando, abierto el juicio oral ante una Audiencia, ésta, en vista de que un determinado delito, por razón de la pena, habría pasado a ser competencia de los Juzgados de lo Penal, pretendía desentenderse del enjuiciamiento, a tenor de esa nueva regulación.

Es claro que no es el caso, y que lo que aquí se suscita no es, en puridad, un supuesto de esa misma naturaleza, en el sentido de que la competencia no había llegado a ser asumida por el tribunal provincial; y también porque la decisión impugnada es ajena a la emergencia de una nueva norma legal.

Pero, esto no obstante, debe resolverse en el mismo sentido.

Primero, declarando la pertinencia del recurso, a tenor también de jurisprudencia de esta sala, que ha consagrado el criterio de que la previsión del art. 52 LOPJ se refiere a los recursos ordinarios, y en aplicación del art. 25 in fine

Leccrim (por todas, STS 1192/2011, de 19 de diciembre).

En segundo término, porque, ciertamente, el auto de la Audiencia trasciende el ámbito de la determinación de la competencia, para entrar a decidir de manera anticipada sobre un aspecto

del fondo del asunto, con el resultado de disponer una suerte de sobreseimiento parcial, en cuanto relativo a un segmento de la imputación; eliminando, con ello, el derecho del acusador público a someterla a examen contradictorio en el juicio en su integridad.

## Sentencia 947/2012, Sala Segunda del TS, de 28 de noviembre

Ponente: **Don José Ramón Soriano Soriano**

Resumen: **Competencia objetiva: concepto de pena abstracta**

Recurso de Casación: **n.º 1402/2012**

Artículos: **66 Código Penal y 14 LECrim**

Tras advertir la Sala de la falta de uniformidad del concepto de «pena abstracta» en función de los diversos supuestos jurídicos que actúan con el referente de la pena señalada al delito, precisa que a efectos de la determinación de la competencia debe entenderse por tal la referida al marco punitivo genérico susceptible de ser aplicado al acusado.

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El Ministerio Fiscal se alza contra el auto dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 21.ª) de 9 de mayo de 2012, al amparo de los arts. 849-1.º y 852 LECR, por vulneración de los arts. 24-2 CE. y 14.4.º LECR.

1. Los presupuestos procesales que provocaron el recurso se pueden resumir del siguiente modo:

- a) El Fiscal despachando el trámite previsto en el art. 780 LECr. interesa la apertura del juicio oral ante la Audiencia Provincial y formula escrito de acusación considerando que los hechos eran constitutivos de un delito de robo con intimidación y uso de armas o medio peligroso previsto y penado en los arts. 237 y 242.1 y 3 del C.P., y otro delito de robo penado en los mismos preceptos en grado de tentativa. Concorre en ambos la circunstancia agravante de multirreincidencia de los arts. 22.8 y 66.5 del mismo texto legal, que permite elevar la pena por encima de los 5 años que como límite máximo establece el art. 242 C.P., en casos de robo con violencia.

- b) Por el delito consumado el Fiscal en el escrito calificadorio interesó la pena de 7 años de prisión y por el delito en grado de tentativa 4 años.

(...)

3. Abierto el juicio oral la Sala de origen planteó su incompetencia a la que se opusieron tanto el Ministerio Fiscal como la defensa. Pese a ello, dictó auto de 9 de mayo de 2012, que ahora se recurre, en cuya parte dispositiva se acuerda declararse incompetente para conocer de la causa por ser competente para el enjuiciamiento el Juzgado de lo Penal correspondiente.

(...)

**Segundo.**—La Audiencia en su auto quizás ha descuidado ciertas matizaciones al generalizar unos criterios aplicativos del Tribunal Constitucional y de esta Sala, que no siempre son extensibles a todos los supuestos jurídicos, que actúan con el referente de la pena asignada al delito. En tal sentido no tienen por qué ser equiparables las soluciones para fenómenos jurídicos tales como:

- a) La determinación de la prescripción de los delitos y las penas.

- b) La duración de la prisión preventiva.
- c) Los plazos de rehabilitación.
- d) Supuestos competenciales en caso de sucesión de leyes, cuyo criterio resolutorio sobre la pena señalada al delito es el de «la perpetuatio jurisdictionis».
- e) Competencia para el enjuiciamiento de un asunto (art. 14 L.E.Cr.), como es el caso que nos ocupa; y otros tantos ejemplos que no es el caso mencionar.

1. Acordes con tal afirmación (no uniformidad del concepto de pena abstracta) cabe hacer las siguientes observaciones, a cada uno de los argumentos aducidos por la Audiencia:

- 1) Respecto a los límites de la prisión preventiva, según doctrina del Tribunal Constitucional, la interpretación del concepto de pena abstracta ha de concretarse lógicamente en beneficio del detenido, en cuanto supone limitación o restricción de un derecho fundamental (interpretación restrictiva).
- 2) Cuando la sentencia referenciada del Tribunal Supremo (18-6-2009) habla de la pena señalada por la ley en abstracto, puede referirse al marco penal básico susceptible de aplicarse al enjuiciamiento de unos hechos. Tal afirmación no implica que la pena la determine el delito básico, si dicha pena puede rebasarse o aumentarse, en cuyo caso no sirve la referencia.
- 3) El carácter potestativo de la facultad de exasperar la pena no indica, que se deba renunciar siempre a la agravación punitiva para no desbordar la pena abstracta señalada por la ley. Ello supondría prescindir de la exasperación legalmente prevista.
- 4) La equiparación, *a sensu contrario*, a supuestos en los que pudiendo conocer un Juzgado de lo Penal, porque v.g. se califica el hecho defraudatorio como tentativa (art. 250 C.P.), y a pesar de ello sigue entendiendo del mismo la Audiencia, pueden obedecer a distintas razones, porque ha de tenerse siempre presente que la competencia en ocasiones la determina otro partícipe en el hecho que se califique de autor, o que durante la celebración del juicio se acredite que su intervención

fue la de autor y no de cómplice (art. 788.4 L.E.Cr.), la competencia de la Audiencia evitaría interrupciones procedimentales si la pena genérica prescrita puede exceder de 5 años. En cualquier caso, si no se dan tales circunstancias las partes podrían instar la competencia del Juzgado de lo Penal. Ello nos indicaría que si en algunos casos no seguros sobre la competencia debe mantenerse la de la Audiencia en otros supuestos estaría mal declarada tal atribución competencial, lo que no justifica que deba procederse siempre de forma incorrecta.

2. Consecuentes con todo lo dicho hemos de concluir que el concepto de pena abstracta a efectos de la determinación de la competencia debe entenderse referida al marco punitivo genérico susceptible de ser aplicado al acusado. Se tendría en cuenta la pena máxima que podría imponerse al sujeto enjuiciado, sin perjuicio del juego de las circunstancias atenuantes y agravantes dentro del mismo.

De ahí que deban tenerse presentes todas las situaciones en que por la mecánica dosimétrica un marco penológico resulta alterado en más o en menos.

No cabe duda que ese marco penológico se altera o puede alterarse, amén de los subtipos atenuados o agravados, con la concurrencia de situaciones previstas en los arts. 14, 62, 63, 65.3, 68, 74, etc. y dentro del art. 66 el número 2.º, 4.º, 5.º y 7.º

Hemos de tener en consideración dos datos de indudable influencia:

- a) Que cuando se atribuya una facultad optativa o potestativa al Tribunal ha de considerarse a efectos competenciales la mayor pena imponible, de las distintas posibles.
- b) Que la determinación de la competencia se produciría cuando por su carácter objetivo o incontestable de antemano se conozca la concurrencia de una condición, dato o circunstancia que determine un concreto marco penológico susceptible de ser reconocido en la decisión del Tribunal.

Si simplemente se apuntara y quedara la circunstancia o elemento en cuestión al resultado

de las pruebas, lo usual es que conozca el órgano con mayor competencia, pues quien puede conocer de lo más puede conocer de lo menos.

En cualquier caso si se atribuyese tal competencia por cualquier eventualidad al Juzgado de lo Penal siempre podría remitir las actuaciones, después de iniciado el juicio, a la Audiencia funcional u objetivamente competente (art. 788.5 L.E.Cr.).

3. Descendiendo al caso concernido la pena marco susceptible de ser impuesta oscilaría entre los 2 años de prisión (si se acreditaba la concurrencia de instrumento peligroso 3 años y 6

meses) a los 7 años y 6 meses. Por tanto, la referencia legal para discernir la competencia sería la capacidad de imponer la mayor pena, en esta hipótesis de 7 años y 6 meses. El Fiscal interesa 7 años, que jamás puede imponer un Juzgado de lo Penal (arts. 14.4 y 788.5 L.R.Cr.), por lo que la competencia debe atribuirse a la Audiencia Provincial. De no hacerlo así, nunca se aplicaría la exasperación punitiva prevista en el n.º 5 del art. 66 CP, y supondría una abrogación o anulación de una previsión legal, convirtiéndose el juzgador en legislador.

Ello hace que se estime el motivo único interpuesto por el M.º Fiscal, apoyado por la defensa.

### Sentencia 1073/2012, Sala Segunda del TS, de 29 de noviembre

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Secreto del sumario**

Recurso de Casación: **n.º 10595/2012**

Artículos: **24 CE, 301, 302 y 758 LECrim**

**El incumplimiento por el Tribunal de instancia de la obligación de levantar el secreto del sumario diez días antes de su conclusión no es suficiente para causar la nulidad pretendida por el recurrente, al no haber generado efectiva indefensión.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—La indefensión que habría provocado la medida de secreto interno de toda la fase de investigación constituye el nervio conductor del segundo de los motivos de este recurrente, Dimas. Con ello se habría cancelado toda posibilidad de defensa durante esa fase inicial del proceso. Habría existido un abuso de la institución del secreto sumarial, impidiendo la intervención de las partes pasivas en esa etapa procesal, y confinándola a la fase intermedia y de juicio oral.

Hay que convenir con el recurrente en que el secreto interno del sumario ha de ser una medida excepcional. La reforma procesal de diciembre de 1978 inauguró una nueva concepción de la fase de investigación (arts. 118 y 302 LECrim) trayendo a ella algunas consecuencias de una

mayor vigencia del principio de contradicción. Una investigación verificada en su integridad a espaldas de las partes pasivas no es compatible con el proceso penal de un estado democrático de derecho. La operatividad del derecho de defensa no puede quedar arrinconada al acto del juicio oral.

Es verdad que hace también muchos años que el Tribunal Constitucional convalidó la práctica habitual de considerar que el plazo de un mes al que se refiere el legislador (art. 302) consentía prórrogas (*vid.* el temprano ATC 860/1987, de 8 de julio o la STC 176/1988, de 4 de octubre). Pero eso no puede llevar a situaciones que de facto comporten retroceder a épocas pretéritas legislativamente superadas. El Alto Tribunal desconecta el secreto interno del sumario del derecho a un proceso público, vinculándolo al derecho de defensa (STC 174/2001, de 26 de

julio). Por eso en todo caso se fija un límite temporal insoslayable: el secreto ha de alzarse antes de finalizar la investigación, con una antelación de al menos diez días. Sólo así se abre a las partes el conocimiento de lo actuado y la posibilidad de enriquecer la investigación con su propia perspectiva o de neutralizar los indicios que puedan militar en su contra. Esa previsión legal (art. 302) situada en sede de procedimiento ordinario es de aplicación supletoria en el procedimiento abreviado (art. 758). Eso explica la incompatibilidad de esta medida con un juicio rápido (art. 795.3).

La prolongación excesiva del secreto más allá de su estricta necesidad; o la inobservancia, como sucede en este caso, de esa prescripción legal (levantamiento con una antelación de diez días al auto de conclusión de las diligencias previas del art. 779) pueden vulnerar el derecho de defensa. Aquí ambas resoluciones —levantamiento del secreto y auto de conclusión de las diligencias— llevan la misma fecha: 9 de mayo de dos mil once (folios 1019 y 1022). No se ajusta esa práctica a la legalidad pues supone en contra de la voluntad del legislador haber expulsado totalmente de la fase de investigación la publicidad interna y toda dosis de contradicción.

Sin embargo, siendo ello cierto, no puede derivarse de ahí sin más un efecto anulatorio. Vinculada la garantía al derecho de defensa, será necesario un plus: constatar que en efecto se han disminuido de manera relevante las posibilidades de defensa, no en abstracto y por vía de principios, sino en concreto. Hay que preguntarse si se ha privado a las partes de algún medio relevante de defensa que pudiese ser ahora recuperado mediante la nulidad y consiguiente retroacción. En esa dirección nada razona el recurrente porque ciertamente no cabe imaginar ninguna línea de defensa apta. Ni al hacer tal alegación en la instancia, ni al formalizar el recurso, ni al contestar a la impugnación del Fiscal apunta el recurrente ninguna prueba o diligencia que hubiese planteado en la instrucción y que no propuso precisamente por esa declaración de secreto.

En efecto: si se decretó el secreto de la investigación fue, no para profundizar en los hechos imputados a este recurrente y los coimputados

detenidos cuya prisión estaba decretada, sino para indagar sobre la identidad de otros posibles responsables, en labor que finalmente no arrojó resultado positivo alguno. En las investigaciones desarrolladas bajo esa declaración de secreto no se buscaban nuevas pruebas contra los entonces ya imputados: de hecho las pruebas blandidas contra ellos en el acto del juicio oral fueron las que se conocían desde el principio, desde la intervención de la policía aduanera. Eso es así hasta el punto que podrían suprimirse de la causa todas esas diligencias de investigación practicadas bajo secreto sin que se viese afectado el resultado final. De ahí se concluye que los acusados podían conocer desde el principio todo el bagaje probatorio existente frente a ellos y que nada les impedía plantear aquellos medios de defensa de que hubiesen dispuesto tendentes a destruir el poder convictivo de la situación de flagrancia en que fueron sorprendidos; o a introducir cuestiones fácticas capaces de atemperar su responsabilidad por la vía de una atenuación. Ninguno de ellos esboza ni siquiera un mínimo razonamiento tendente a mostrar qué estrategia defensiva en fase de investigación le ha sido hurtada por esa opacidad total. El razonamiento de la Sala de instancia en este punto es acogible. Si los acusados «habían sido detenidos en el interior de la embarcación teniendo en su poder la sustancia estupefaciente»... «las diligencias que hubieran pretendido solicitar en aclaración de tal hecho no estaban impedidas por el secreto de las actuaciones ya que lo que a ellos afectaba era obvio».

La «prueba del nueve» de la corrección de ese razonamiento consiste en comprobar las diligencias de prueba solicitadas por las defensas en sus escritos de conclusiones; así como las pruebas sobre las que la Sala edifica su convicción en absoluto vinculadas a la infructuosa investigación realizada bajo secreto.

El abuso del secreto del sumario o su prolongación más allá de lo permitido legalmente solo puede ocasionar una nulidad cuando efectivamente se haya causado indefensión (*vid.* STC 174/2001, de 26 de julio o STS 1179/2001, de 20 de julio). Sucedería eso si, por ejemplo, no se ha podido preguntar contradictoriamente a un testigo (deficiencia soslayable si posterior-

mente ya alzado el secreto hay posibilidad de un nuevo interrogatorio: STC 174/2001 o STS 1179/2001, de 20 de julio en decisión que luego ha considerado conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos la STEDH —caso Vaquero Hernández y otros contra España

de 2 de noviembre de 2010—); o si se ha impedido proponer una prueba cuya práctica luego deviene imposible.

Reconocer con el recurrente la irregularidad no puede ir acompañado de la estimación del motivo que en consecuencia ha de decaer.

## Sentencia 968/2012, Sala Segunda del TS, de 30 de noviembre

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Violación y lesiones. Compatibilidad de las respectivas causas de agravación**

Recurso de Casación: **n.º 10529/2012**

Artículos: **77, 148 y 180 Código Penal**

**Violación y lesiones. Destacamos de la sentencia la doctrina referente a la determinación del carácter degradante de la violación y el detenido estudio sobre la compatibilidad entre las respectivas causas de agravación de los delitos de agresiones sexuales y lesiones (artículos 180 y 148 CP).**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—Los motivos primero a tercero de Carlos Manuel se anclan todos en el art. 849.1.º Discute las agravaciones aplicadas para los delitos de agresión sexual y lesiones consistentes en la intervención de dos personas y el carácter especialmente degradante o vejatorio; así como el uso de arma o instrumento peligroso y el enañamiento.

La sentencia ha considerado concurrentes las circunstancias 1.º, 2.ª y 5.ª del art. 180.1 del Código Penal. Bastan dos para que opere el subtipo agravado del art. 180.2.

La primera circunstancia está definida así en el texto legal: «cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio». Sostiene el recurrente que no concurre un plus respecto del contenido vejatorio o degradante intrínseco a toda agresión sexual. Rechaza que pueda argumentarse en tal dirección blandiendo las lesiones causadas, pues esas dan lugar a otra infracción penal diferente. Sancionar las lesiones por separado y, al mismo tiempo, considerarlas la base de la agravación supondría valorar doblemente una

misma circunstancia. La agravación debe reservarse para los casos de auténtica «humillación sexual». El uso de una cuchilla de afeitar tampoco puede alimentar esa tipificación en la medida en que ya se toma en consideración a través del art. 180.1.5.ª (empleo de medio peligroso).

Dos cuestiones aparecen implicadas en la impugnación de la sentencia: a) Si puede hablarse del presupuesto objetivo de la agravación (carácter vejatorio o degradante); b) Si se vulnera la prohibición del *bis in idem* al aplicar simultáneamente las dos agravaciones mencionadas del art. 180 además del subtipo contemplado en el art. 148.1.º (lesiones).

En cuanto a la primera cuestión se hace complicado añadir nada relevante a la sobria pero contundente argumentación elaborada por el Fiscal para anular esos razonamientos: «Para la aplicación de esta circunstancia, el elemento a analizar no es la acción sexual en sí, sino la violencia o intimidación empleadas para su consecución, sea durante la ejecución o, incluso, después, si se prolonga la violencia, sin solución de continuidad, en una misma situación. La exigencia legal de que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degra-

dante o vejatorio, presupone dos matices: a) que constituye un grado de violencia o intimidación superior al que pueda entenderse como necesario para vencer la negativa de las víctimas; b) que, además, dicha violencia o intimidación ha de conllevar un trato humillante, envilecedor o de innecesario maltrato o padecimiento». Y, más adelante, para cerrar el argumento y después de reflejar los pronunciamientos de esta Sala más relevantes sobre esta cuestión: «Al margen de la absoluta discrepancia... con la afirmación... de que el subtipo ha de reservarse a los supuestos de humillación sexual, en el presente caso, la subsunción en el precepto no se basa, en exclusiva, en la utilización de la cuchilla por los acusados. Más bien debe su aplicación a determinados episodios descritos con claridad en el *factum* y que, apreciados en su conjunto, permiten la calificación cuestionada por el recurrente: el uso de la cuchilla tipo Gillette, ir produciendo con movimientos lentos cortes en los pechos y abdomen de la víctima mientras con la otra mano acariciaba y besaba los pechos y la boca; continuar realizando cortes con la cuchilla, con igual lentitud, esta vez en la zona lumbar, cuando cambian los acusados de posición para que el otro acusado también le tocara los pechos. Por último soltar el botón del pantalón para meter la mano con la cuchilla de afeitarse por debajo de la braga hasta el punto de producirle un corte en la zona púbica». Concorre, acaba concluyendo, tal brutalidad y salvajismo que no es sostenible calificar la violencia como algo consustancial a la agresión sexual: a la violencia propia de la agresión sexual —agarrarla y luego sujetarla contra la pared con los brazos— se añadió otra gratuita y degradante por el medio empleado —cuchilla—, por el número de cortes —entre 55 y 70—, por la forma de producirlos —lentamente— y por los lugares elegidos —abdomen, espalda, zona pectoral y mamas, zona púbica, y manos y brazos—).

Hay que asumir en todos sus puntos el discurso del Fiscal:

a) Gramaticalmente la literalidad del art. 180.1.1.<sup>a</sup> predica el carácter vejatorio o degradante de la violencia o intimidación ejercidas, y no directamente del acto sexual. Que los aditamentos que justifican esa singular

connotación vejatoria se refieran a la violencia y no a la acción de contenido sexual es correcto y conforme al sentido y literalidad del precepto.

b) Utilizar una cuchilla de afeitarse para ir efectuando con parsimonia, como recreándose, múltiples cortes en zonas algunas muy íntimas; otras, visibles, del cuerpo de la víctima es degradante: cosifica a la persona, convirtiéndola en un mero objeto manejable a capricho para satisfacer con él las propias perversiones. Salvajismo refinado y crueldad innecesaria confluyen para justificar la agravación.

**Cuarto.**—En cuanto a la supuesta incompatibilidad entre los subtipos de los arts. 180.1.1.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>; o aquéllos con los del art. 148 (lesiones) tampoco puede darse la razón al recurrente.

Explica también el informe fiscal el distinto fundamento de cada una de las agravaciones. La primera (carácter degradante) se relaciona con la forma en que se despliega la violencia o intimidación; la quinta, con el medio material empleado (arma o instrumento peligroso idóneo para causar la muerte o alguna de las lesiones previstas en los arts. 149 y 150) cuando comporta un riesgo potencial de menoscabo de la integridad física o vida. En la primera la agravación se justifica por el añadido de un redoblado ataque a la dignidad de la víctima que se suma al propio de toda agresión sexual. En la segunda es el peligro para los bienes jurídicos vida o integridad física lo que justifica la agravación. Ese basamento dual permite la doble aplicación.

Más discutible puede ser la combinación de los arts. 180.1.5.<sup>a</sup> y 148.1.<sup>o</sup>, lo que solo de una manera tangencial es apuntado en el recurso. En todo caso el Fiscal recoge el reto y rechaza que pueda hablarse de infracción del principio *ne bis in idem* «por aplicación de los subtipos contenidos en los ordinales 5.<sup>o</sup> y 1.<sup>o</sup> de los arts. 180.1 y 148 respectivamente. Cada uno de esos subtipos están previstos para delitos diferentes o independientes entre sí que protegen bienes diversos sin que ninguno de ellos precise para su ejecución, la comisión del otro delito o el propio uso de armas. En consecuencia cada uno de los delitos gozan de autonomía propia y ha de pensarse

con las circunstancias que en él concurren». La argumentación conecta con lo que ha proclamado en ocasiones esta Sala Segunda refiriéndose específicamente a la posibilidad de utilizar el uso de armas para agravar dos delitos diferentes perpetrados de forma unitaria (STS 506/2008, de 17 de julio que invoca el Fiscal). En este caso el empleo de la cuchilla serviría para atraer tanto el subtipo del art. 180.1.1.<sup>a</sup> como el contemplado en el art. 148.1.<sup>o</sup>, ambos del Código Penal. Es paralelo el problema en relación al subtipo agravado de robo del art. 242.2 CP cuando aparece en concurso con un delito de lesiones causadas con arma o con la propia agresión sexual del art. 180.1.1.<sup>a</sup> ¿Hay que apreciar en cada uno de los dos delitos la agravación específica o el *ne bis in idem* obliga a reservarla para una de las infracciones quedando así confinada la otra infracción al tipo básico?

En principio hay que afirmar con el Fiscal la corrección de aplicar ambos subtipos, con independencia de que, en su caso, puedan operar las reglas del concurso ideal o medial (art. 77 del CP). Lo mismo que no se ve obstáculo alguno por aplicar una misma agravante genérica a los diversos delitos cometidos (disfraz, abuso de confianza, abuso de superioridad), sin que su doble o triple eficacia incrementando la pena de los diferentes delitos despierte reticencia alguna derivada del *bis in idem* aunque se trate de delitos perpetrados en un mismo contexto espacio-temporal (disfraz como agravación tanto del robo, como del allanamiento de morada que le precedió y las lesiones causadas en el curso de la acción depredatoria). A estos efectos no son relevantes las diferencias que dogmáticamente se señalan entre agravantes genéricas y subtipos agravados.

La jurisprudencia no ha sido del todo pacífica en este particular. Conviven dos líneas jurisprudenciales paralelas. Un grupo de sentencias parten de esa compatibilidad de subtipos agravados diversos cualificados por una misma circunstancia; otras, las menos, la rechazan por razones cimentadas en la prohibición del *bis in idem*.

La ya invocada STS 506/2008, de 17 de julio es una buena muestra de la primera tendencia: «no existe incompatibilidad entre los subtipos agravados previstos en los artículos 148.1 y 180.5

del Código Penal», como consecuencia «de la autonomía de ambos tipos penales, al tratarse, como se ha expuesto, de delitos independientes que atentan contra bienes jurídicos distintos...».

El delito de agresión sexual es un atentado a la libertad sexual de la persona (bien jurídico protegido por la norma penal), cometido con empleo de «violencia o intimidación» (art. 178 CP), constituyendo una modalidad agravada del mismo los supuestos en que dicha agresión consista en acceso carnal por alguna de las vías típicamente previstas (art. 179 CP), y uno de los subtipos agravados de dichas agresiones el supuesto en el que el autor de la agresión haga uso de armas u otros instrumentos peligrosos, «susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150» del propio Código, disponiendo, además, el texto legal que ello, «sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas» (art. 180.1.5.<sup>a</sup> CP).

El delito de lesiones, por su parte, es un tipo penal cuyo bien jurídico protegido es la integridad —física y psíquica— de la persona, que haya sido menoscabada por cualquier medio o procedimiento (art. 147 CP), constituyendo un subtipo agravado de esta figura penal aquél en el que «en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica del lesionado» (v. art. 148.1.<sup>o</sup> CP).

La posibilidad de castigar, conjuntamente, tanto el delito de agresión sexual como el de lesiones, cuyos bienes jurídicos protegidos son indudablemente distintos, ha sido admitida normalmente por la jurisprudencia, si bien no han dejado de plantearse problemas sobre la posible compatibilidad de ambas sanciones, especialmente en los supuestos de lesiones de carácter leve, de lesiones inherentes al ejercicio de la violencia típica del primero de los delitos, o de las posibles secuelas psíquicas de la víctima.

... Por lo demás, en cuanto se refiere a la posibilidad de aplicar conjuntamente los dos subtipos agravados de ambos delitos (arts. 180.1.5.<sup>a</sup> y 148.1.<sup>o</sup> CP), por la posibilidad de lesionar el principio «non bis in idem», es preciso decir que la vulneración de dicho principio únicamente se

produce «cuando un mismo dato, hecho o circunstancia se tiene en cuenta para agravar dos veces una misma infracción, pero no cuando se trata —como es el caso— de infracciones diferentes, cada una de las cuales tiene su propia pena con sus propias atenuantes o agravantes genéricas o específicas (tipos cualificados)» [v. SSTs 19 de diciembre de 2005, 13 de enero de 2006, y las especialmente citadas en ésta].

Sin embargo, refiriéndose a los delitos de robo y lesiones, niegan la doble agravación derivada del uso de armas (242.2 más 148.1) las SSTs 585/1998, de 30 de diciembre o 1165/1997, de 30 de septiembre.

La STS 15/2006, de 13 de enero da por buena la compatibilidad de un robo agravado por el uso de armas con una agresión sexual con idéntica agravación: «Ciertamente queda lesionado el referido principio “non bis in idem” cuando un mismo dato, hecho o circunstancia se tiene en cuenta para agravar dos veces en una misma infracción penal, pero no cuando se trata de infracciones diferentes, cada una de las cuales tiene su propia pena con sus propias atenuantes o agravantes genéricas o específicas (tipos cualificados)».

Si en una misma ocasión, como aquí ocurrió, se cometen varios delitos, en el caso fueron el de violación y el de robo con intimidación en las personas, tanto la circunstancia agravante del art. 22.2.<sup>a</sup>, derivada del lugar (despoblado) y tiempo (nocturnidad) en que ambas infracciones se produjeron, como la ocasionada por aplicación de los arts. 242.2 (robo) y 180.1.5.<sup>a</sup> (agresión sexual) las dos efectivamente con el mismo fundamento fáctico —el uso de medio peligroso—, no puede operar el referido principio «non bis in idem», pues se trata de infracciones diferentes, cada una con su bien jurídico propio a proteger.

Así se deduce de lo que ahora expresa el citado art. 180.1.5.<sup>a</sup> cuando, tras decir la pena agravada a imponer en estos casos de violación añade «sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas». Se refiere aquí al concurso real entre las agresiones sexuales y el homicidio, asesinato o lesiones; pero ello no es sino la aplicación a estos casos de ese criterio general que acabamos de exponer: cuando hay un concurso entre delitos dife-

rentes, la necesaria protección de los diversos bienes jurídicos a que responde cada una de las normas penales obliga a que cada uno de los delitos correspondientes tenga que llevar consigo su propia pena con sus respectivas atenuantes o agravantes, genéricas o específicas.

Y ello incluso aunque se trate de más de una infracción penal cometida en una misma ocasión. Pensemos en el caso de un allanamiento de morada (art. 202.2) que prevé el tipo cualificado cuando el delito se comete con violación o intimidación, seguido de una violación haciendo uso de una navaja (art. 180.1.5.<sup>a</sup>), seguido a su vez de lesiones producidas por la misma navaja (art. 148.1.<sup>o</sup>) y de robo del art. 242.2. Caso realmente ocurrido que fue examinado por esta sala en su reciente sentencia n.º 1518/2005, de 19.12.2005, en un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya. En esta clase de sucesos, la agravación específica derivada del uso de la navaja como medio de intimidación o violencia es aplicable por separado respecto de cada uno de tales delitos por muchos que éstos sean. Véanse las sentencias de esta sala 108/1997 de 27 de enero, 645/1998 de 13 de mayo, 704/1999 de 27 de abril, 213/2000 de 18 de febrero, la más reciente 939/2004 de 12 de julio y las que en éstas se citan.

La reciente sentencia 431/2012, de 4 de mayo discurre por otra dirección que concuerda con las ya citadas 585/1998 ó 1165/1997. Transcribiremos un extenso fragmento de ella pues aborda cuestiones también presentes en el asunto sometido ahora a la censura casacional. «Del mismo modo, el empleo deliberado por el autor en la ejecución de estos hechos de un instrumento con tan alta capacidad de causar un daño físico como el ya citado cúter, que fácilmente hiere por el solo roce con su filo, conduce a atribuir también plena responsabilidad al procesado respecto de la ulterior lesión que padeció la víctima, al cortarse en un dedo cuando trataba de impedir que el agresor siguiera practicándole nuevos cortes. Debemos aquí recordar la consolidada doctrina de esta Sala —de la que da cuenta el Fiscal en su escrito impugnativo— que acepta la aplicación de la teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito de lesiones (por todas, SSTs núm. 1345/2011, de 14 de

diciembre, ó 1246/2009, de 30 de noviembre). Conforme a ellas, una vez comprobada la necesaria causalidad natural entre acción y resultado, la imputación de este último requiere verificar otros dos extremos: 1.º Que la acción del autor haya creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; y 2.º Que el resultado producido por dicha acción sea la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción. Así pues, la imputación objetiva opera cuando, en el ámbito de los delitos de resultado, este último pueda adjudicarse al comportamiento del autor por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado, riesgo respecto del cual el resultado lesivo final es su realización concreta ( STS núm. 353/2011, de 9 de mayo). Y ninguna dificultad ofrece en el presente caso, a la luz de los hechos declarados probados, la atribución al procesado de tal responsabilidad respecto del efectivo resultado lesivo en el dedo, ante el notorio riesgo generado libre y conscientemente por el agresor, que no sólo mantuvo el instrumento cortante muy próximo a la víctima, sino que, recordemos, ya la había agredido varias veces con el mismo, por lo que el intento de ésta por repeler una nueva agresión física no obedece a una extralimitación por auto-puesta en peligro (STS núm. 449/2009, de 6 de mayo). Debe así responder el procesado también de este resultado lesivo.

La entidad de esta última lesión, para cuya curación la víctima precisó de tratamiento quirúrgico por sutura, arrastra la calificación del conjunto de resultados lesivos hacia la subsunción bajo la figura del delito de lesiones que prevé el art. 147.1 CP. No procede, en cambio, calificar estos hechos de naturaleza lesiva bajo la forma agravada que prevé el art. 148.1.ª CP y que también solicita el Fiscal, y ello porque la regla concursal que fija el art. 180.1.5.ª CP conduce a sancionar, separadamente de la agresión sexual agravada, los diferentes resultados lesivos que se hayan producido, lo que en ningún momento el legislador extiende expresamente a las restantes circunstancias de ejecución anejas. Debe entenderse, por ello, que el precepto establece una regla concursal que, en nuestro caso, tan sólo puede afectar al resultado lesivo, pues el concreto desvalor del uso del instrumento peligroso en su causación ya fue atendido por la Sala

de instancia a la hora de apreciar la modalidad agravada de delito contra la libertad sexual del art. 180.1 5.ª CP. Una nueva valoración de esa misma circunstancia respecto de la mecánica comisiva de la lesión supondría, pues, vulnerar el principio “non bis in idem”.

Un precedente de la otra forma de razonar y decidir encontramos también en la STS 799/2010, de 21 de septiembre referida otra vez a los delitos de robo y lesiones: “El único motivo del Ministerio Fiscal pretende que el tipo de lesiones atribuible es el agravado por el uso del arma —cuchillo— que la sentencia recurrida excluye. Ésta considera que el uso del arma ya ha dado lugar a la tipificación del robo en su modalidad agravada precisamente por el uso de ese mismo cuchillo. Ciertamente alguna sentencia aislada ha considerado que, cuando se imputan dos delitos en cuya comisión se utilizó un arma, la agravación de uno de aquéllos por este uso, impide igual agravación en el otro. Esa ha sido la decisión adoptada en la Sentencia n.º 568/2009 de 28 de mayo. Cuidando de advertir que así se decidía ‘para este supuesto’ concreto allí juzgado, por lo demás de sensible similitud, en cuanto al comportamiento imputado, al aquí planteado. La característica histórica valorada era la simultaneidad del empleo del cuchillo para el desapoderamiento, pues la perjudicada así el bolso tratando de evitar la sustracción, y para las lesiones”.

Pero la doctrina de esta Sala ha sido siempre la doble consideración de los subtipos agravados aunque sea la misma arma la que es utilizada de manera próxima en tiempo y espacio.

Así, más recientemente en el caso resuelto en la Sentencia n.º 948/2009 de 6 de octubre, en que el robo agravado por el arma coincidió con un delito de agresión sexual, también agravado por el uso de la misma arma. Siquiera resaltando que el arma se utiliza de manera sucesiva, primero para la depredación y, a continuación, para agredir sexualmente a la misma víctima.

Los hechos probados describen en el caso que ahora juzgamos, cómo el acusado usa el arma, en un primer momento, para conducir a la víctima al lugar que estimó oportuno para proceder a la actividad de sustracción. Logrado su propósito, comenzó a registrar la cartera de la víctima y sus bolsillos.

Es posteriormente cuando la sentencia indica que, ante ese comportamiento del acusado, la víctima comienza a llorar y el acusado da comienzo a la actividad agresiva contra la integridad física de aquélla.

Esta misma actividad de agresión no da lugar al recurso al arma. El acusado comienza dando un puñetazo a su víctima. Y es al desplegar ésta su defensa, cuando se consume la lesión típica (herida inciso contusa que precisó sutura).

Lo anterior hace ya cuestionable la simultaneidad que inspiró la singular sentencia de este Tribunal Supremo invocada en la recurrida.

Y, en todo caso, hemos de seguir manteniendo la constante doctrina conforme a la cual no existe identidad de hecho entre dos comportamientos —sustraer y agredir— que atacan a bienes jurídicos diversos porque en ambos sea utilizado un mismo instrumento.

Que la valoración de tal uso lleve a subsumir los diferentes comportamientos en sendos subtipos, cualificados por el medio usado no implica doble valoración de lo mismo. Basta advertir que lo que se valora es el uso y no el medio con independencia de dicho uso. El objeto de la valoración es el comportamiento y éste es diverso cuando consiste en sustraer y cuando consiste en agredir.

Por otra parte, el uso de la misma arma para una acción era prescindible para la ejecución de la otra acción. Si, pese a ello, se persiste en acudir a dicho empleo en ambos hechos, éstos han de ser valorados con toma en consideración de to-

dos los elementos que lo configuran. Incluido el uso del arma».

Como se aprecia de estos vaivenes jurisprudenciales el tema no es pacífico. Pero en este supuesto concreto podemos prescindir de un pronunciamiento que dirima entre ambas tendencias, no solo porque en el recurso está abordado de manera más bien tangencial, sino, sobre todo, porque *in casu* bien miradas las cosas no resulta relevante. Aún situándonos en la alternativa más favorable al recurrente —incompatibilidad—, si tenemos en cuenta que en el delito de lesiones la Sala ha apreciado dos elementos cualificativos —uso de armas y ensañamiento—, cuando bastaba uno solo; y en el delito de agresión sexual tres —uso de armas, violencia degradante, y concurrencia de dos o más personas— cuando es suficiente con dos (art. 180.2), el resultado final sería idéntico. O bien las lesiones quedarían agravadas por el ensañamiento (art. 148.2) y la agresión sexual por el empleo de arma y la concurrencia de dos personas; o bien utilizaríamos el uso de la cuchilla para aplicar el art. 148.1.º; y en la agresión sexual la imposición de la mitad superior vendría determinada por la concurrencia de las circunstancias 1.ª y 2.ª del art. 180.1. Nótese que al haberse castigado por un único delito de agresión sexual y no por dos (uno como autor directo y otro como cooperador necesario) ningún impedimento existe para la apreciación del subtipo agravado del art. 180.1.2.º).

El motivo ha de rechazarse.

## **Sentencia 922/2012, Sala Segunda del TS, de 4 de diciembre**

---

Ponente: **Don Cándido Conde-Pumpido Tourón**

Resumen: **Circunstancias modificativas. Atenuante analógica y agravante de abuso de superioridad**

Recurso de Casación: **n.º 893/2012**

Artículos: **19, 21, 22 y 242 Código Penal**

**Atenuante analógica.** Se recoge la doctrina general sobre esta circunstancia y su aplicabilidad o no a los supuestos de edad próxima a la minoría de edad. Por otra parte, se estudia la aplicabilidad (excepcional) de la agravante de abuso de superioridad en el delito de robo violento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Sexto.**—El segundo motivo de recurso, por infracción de ley, al amparo del art 849 1.º de la Lecrim, alega indebida inaplicación de la atenuante analógica de menor edad del art. 21.7.º CP 95, dado que cuando ocurrieron los hechos el recurrente hacia poco tiempo que había cumplido los 18 años de edad.

Como ha señalado esta Sala, por ejemplo STS núm. 104/2011, de 1 de marzo, para que una atenuante pueda ser estimada como analógica ha de atenderse a la existencia de una semejanza de sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal como circunstancia atenuante expresamente prevista por el Legislador, desdeñando meras similitudes formales y cuidando de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente.

Esta Sala, con un criterio muy amplio, considera que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de la atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental,

singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

Como límite a este criterio amplio se ha señalado por la doctrina jurisprudencial que la atenuante de análoga significación no puede extenderse a los supuestos en que falten los requisitos esenciales o básicos establecidos por el Legislador para que una concreta atenuante pueda ser estimada, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, aunque tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que le sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito al que responde la previsión legal de estas atenuantes de análoga significación.

**Séptimo.**—Por lo que se refiere a la edad próxima a los dieciocho años esta Sala se ha pronunciado recientemente en la STS 154/2009, de 6 de febrero, diciendo que «por sí sola, la edad del autor del delito, una vez superada la legalmente prevista para la aplicación de la Legislación especial relativa a la responsabilidad penal de los menores, no puede operar influyendo en la culpabilidad del autor del ilícito».

Este criterio constituye una doctrina consolidada de esta Sala, recogido en sentencias como la núm. 1299/1999, de 24 de septiembre o la 733/2000, de 27 de abril, en la que se expresa que «la menor edad en nuestros códigos penales viene siendo aplicada en base a unas consideraciones estrictamente cronológicas que no tienen en cuenta nunca la capacidad psíquica real del sujeto al que se refieren, para cuya incidencia hay previstas otras normas penales diferentes... hay que partir de esa naturaleza objetiva que sólo tiene en cuenta para su aplicación el dato cronológico de la edad. Al día siguiente del aniversario correspondiente ya es aplicable el sistema de la mayoría de edad penal, sin posibilidad alguna de aplicación para estos supuestos de la circunstancia atenuante por analogía del actual art. 21.6.ª que se corresponde con la del art. 10.10.ª del CP anterior. Respecto de un joven que ya había cumplido los 18 años cuan-

do delinquir, no cabe atenuación alguna de su responsabilidad criminal en consideración a su edad».

En la STS 1638/98, de 29 de diciembre, se señala que : «Tampoco es de apreciar una atenuante analógica de menor edad en base a los arts. 19, 21.1 y 21.6 CP. La edad de 18 años no determina una menor culpabilidad ni la gravedad de la culpabilidad aumenta con la edad. La ley penal excluye a los menores de 18 años de su régimen, o establece en las normas todavía vigentes una atenuación de la pena, por razones que no tienen su razón de ser en la menor culpabilidad, sino en consideraciones preventivo-especiales: se admite como premisa político-criminal que es conveniente evitar que, por debajo de cierta edad, una persona sea introducida en el sistema penal, pues se piensa que todavía es posible completar su educación social con medios predominantemente pedagógicos. Por estas razones, que el autor sea menor de 18 años, aunque tenga efectos sobre la duración de las penas, no puede ser considerado una eximente o una atenuante, sino un elemento que define al sujeto del derecho penal. Por sí solo el límite de 18 años no determina ni una mayor ni una menor culpabilidad y no puede ser considerado, por lo tanto, como una eximente incompleta, dado que tampoco tiene la menor incidencia en la gravedad de la ilicitud».

En el mismo sentido la STS 1050/2002, de 6 de junio, descarta la posibilidad de una atenuante analógica a la de menor edad porque «el art. 19 CP no establece una atenuante con la que cualquier otra circunstancia no prevista en la ley pueda tener analogía sino, sencillamente, el límite que marca la diferencia entre la responsabilidad penal del mayor de edad y la del menor».

**Octavo.**—Legalmente, mayor de edad se es o no se es, pero no se prevé que se pueda ser penalmente mayor de edad de forma incompleta. La minoría de edad no se integra a base de requisitos que permitan considerar una situación incompleta por ausencia de alguno, ni es divisible o graduable, por lo que la doctrina jurisprudencial no acepta una minoría de edad incompleta que pueda dar lugar a la aplicación de una atenuante analógica.

Es cierto que el CP 95 valoró la existencia de un espacio intermedio, entre la menor edad penal y

la plena madurez, entre los 18 y los 21 años, al disponer en el art. 69 que «Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga». Sin embargo la L.O. 9/2002, de 10 de diciembre suspendió la aplicación de la Ley del Menor a las personas de entre 18 y 21 años, con carácter general para cualquier infracción, hasta el 1 de enero de 2007. Y la L.O. 8/2006, de 4 de diciembre, derogó el art. 4 de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor que preveía las condiciones de aplicación del art. 69 CP 1995, haciendo inaplicable dicho precepto.

Por ello, en los casos de acreditada inmadurez mental del agente que ya ha cumplido 18 años lo que procede no es la atenuante analógica con la minoría de edad, sino la eximente incompleta o la atenuante analógica referidas a la anomalía o alteración psíquicas. Esta Sala ha admitido que pudieran encauzarse casos de acreditada inmadurez por la vía de la atenuante analógica con la anomalía síquica (STS 948/2000, de 29 de mayo y 1050/2002, de 6 de junio). Pero en el caso actual, con independencia de la edad, no concurre dato fáctico alguno que permita tomar en consideración una relevante inmadurez mental del recurrente que pudiese justificar la aplicación de esta atenuante. Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

(...)

**Décimo quinto.**—El tercer motivo, por infracción de ley al amparo del art 849 1.º, denuncia la aplicación de la agravante de abuso de superioridad en ambos delitos, el de lesiones y el de robo, lo que estima la parte recurrente absolutamente desproporcionado.

Considera la parte recurrente que el abuso de superioridad sancionado es inherente al delito de robo con violencia, y en cualquier caso, al haberse penado separadamente el resultado lesivo, y aplicarse sin embargo la agravante de superioridad en ambos delitos, se está duplicando la sanción por una misma causa de agravación.

La doctrina jurisprudencial no ha sido unánime sobre la posibilidad de aplicar la circunstancia agravante de abuso de superioridad en el delito

de robo violento o intimidatorio. La problemática que se suscita es doble.

En primer lugar esta agravante, que la jurisprudencia ha calificado de alevosía menor, es típica de los delitos contra las personas, por lo que no sería aplicable en los delitos contra el patrimonio, como lo es el robo.

Y, en segundo lugar, en los delitos de robo con violencia o intimidación es connatural la existencia de una situación de desequilibrio a favor del sujeto activo, una exigencia que se deriva de la propia dinámica comisiva, y por ello la STS 636/2002, de 13 de marzo, niega la posible concurrencia de la agravante de abuso de superioridad al considerar que esta agravante está ínsita en la violencia de robo (art 67 CP 95).

Con respecto a la primera cuestión, la STS de 29 de noviembre de 2007, después de reconocer que no son abundantes los pronunciamientos sobre la concurrencia de esta agravante en delitos violentos contra el patrimonio, admite sin embargo su compatibilidad, ya que esta circunstancia agravante se puede aplicar en todas aquellas conductas delictivas que presupongan una agresión física a la víctima, sin que exista razón alguna que limite su aplicación a los delitos contra la vida o integridad física, pudiendo aplicarse también en aquellos que contemplan conjuntamente el ataque a la vida y la integridad personal junto con la agresión a otros bienes jurídicamente protegidos, como ya señaló la STS 8 de febrero de 1991.

Desde esta perspectiva es posible su apreciación en aquellas figuras delictivas en las que la conducta delictiva incluya el ataque a la vida y la integridad personal, ataque que es indudable que está presente en los delitos de robo con violencia, pero teniendo en cuenta que es el bien jurídico personal, y no el patrimonial, el que justifica la posibilidad de su apreciación. Por ello habrá que examinar cada caso en concreto no solo para determinar si se ha usado violencia con una víctima que se encuentra en evidente de desequilibrio de fuerzas, sino también para tomar en consideración los efectos que puede producir el hecho de que es la agresión personal y no la patrimonial la que justifica la agravación, con el fin de evitar

la posibilidad de una aplicación redundante o duplicada de la agravación. Es decir que es necesario impedir que la agravante produzca un doble efecto en perjuicio del imputado cuando los actos de violencia física se sancionen separadamente, exacerbando en estos supuestos de forma duplicada la pena al aplicarse como agravante en ambos tipos delictivos. Por ello, en estos supuestos, y para evitar la vulneración del principio «non bis in ídem», solo debe aplicarse como agravante en la sanción de los actos de violencia física realizados.

El citado principio no impide sancionar dos delitos independientes, con las circunstancias cualificadoras que concurren en la ejecución de cada uno, pero en el caso de los robos con violencia es únicamente el bien jurídico personal, y no el patrimonial, el que justifica la posibilidad de la apreciación de la agravante genérica de abuso de superioridad, por lo que al sancionarse separadamente los actos de violencia física incluyendo la apreciación de la agravante, ya no se justifica su aplicación duplicada en el delito patrimonial.

**Décimo sexto.**—Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es decir el hecho de que en los delitos de robo con violencia, es connatural la existencia de una situación de desequilibrio a favor del sujeto activo, por constituir una exigencia derivada de la propia dinámica comisiva, la doctrina jurisprudencial, muy vacilante, admite la agravante en casos muy singulares (STS 1049/98, de 21 de septiembre y 28 de marzo de 2007), o en que la violencia propia y suficiente para cometer el robo, sea sobreabundante (STS 664/2002, de 11 de abril).

En la citada sentencia 664/2002, de 11 de abril, que sancionó un supuesto singular de robo mediante tirón a una persona de 75 años, se repasa la posición de la jurisprudencia y se expresa que la doctrina no ha sido unánime sobre la aplicabilidad de tal circunstancia en el delito de robo violento o intimidatorio, señalando las discrepancias. Mientras determinadas resoluciones han considerado que el abuso de superioridad se encuentra ínsito en el robo con intimidación (sentencias de 17 de junio de 1985, 7 de marzo de 1986 y 15 de marzo de 1987, 4 de julio de 1998, 13 de marzo de 2002), otras han apreciado

la agravación (sentencias de 23 y 28 de enero de 1986, 4 de noviembre de 1992, 23 de marzo y 30 de noviembre de 1994, 5 de junio de 1995 y 25 de mayo de 1999).

La jurisprudencia proclive a la posibilidad de estimación de la agravante se refiere generalmente a la figura básica del robo con violencia del art. 242 CP. En los supuestos del subtipo agravado del apartado 3.º, la STS 28 de marzo de 2007, entendió que sería aplicable la regla general relativa a la inherencia del artículo 67 CP que determina la inaplicación de las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, así como las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.

En el delito de robo con violencia, el tipo del artículo 242 CP prevé un supuesto de abuso de superioridad como agravación específica, lo que excluye en estos casos la aplicación redundante del abuso de superioridad genérico. En efecto, el uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos, constituye una agravación específica, de forma que las armas no pueden determinar la situación objetiva en qué consiste el abuso de superioridad en la mayoría de los casos, «como tampoco puede determinar el abuso de superioridad el número de los partícipes fuera de los casos taxativamente previstos en el número segundo del artículo 22 CP, es decir, servirse del auxilio de otras personas, evidentemente fuera del círculo de los autores» (STS 28 de marzo de 2007).

Es conveniente, por tanto, seguir en esta materia la doctrina sentada en la referida STS de 28 de Marzo del 2007. En ella se cita la STS 1049/98, de 21 de septiembre, que estimó la presencia de la agravante en un supuesto de robo por el procedimiento «del tirón» a un invidente, subrayando especialmente que en el caso «hay un plus a favor del agresor en su ejecución criminal, pues el asaltado, ni pudo prevenir el ataque, ni pudo reaccionar eficazmente frente a él y ello le convierte en más vulnerable, en víctima más

fácil de los depredadores de la inmunidad ciudadana», destacando que se trata de un supuesto singular.

Pero como criterio general la STS de 28 de Marzo del 2007 considera que en todo caso, sería aplicable la regla relativa a la inherencia del artículo 67 CP que determina la inaplicación de las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, así como las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.

Como resumen de este excursus jurisprudencial debe señalarse:

- 1.º) La agravante de abuso de superioridad puede aplicarse al robo con violencia, en la medida en que este tipo contempla conjuntamente el ataque a la vida y la integridad personal junto con la agresión a un bien jurídico patrimonial.
- 2.º) La aplicación de la agravante exige que se trate de un supuesto singular o que la violencia utilizada para cometer el robo sea sobreabundante, pues de otro modo queda ínsita en el delito patrimonial, que por su propia naturaleza implica el aprovechamiento de una situación de superioridad.
- 3.º) La agravante no es aplicable en los supuestos del subtipo agravado del art 242 3.º, uso de armas o instrumentos peligrosos, que constituye en si mismo una modalidad de abuso de superioridad ya sancionada de modo específico.
- 4.º) La aplicación en el tipo básico no debe surtir un doble efecto en perjuicio del reo, por lo que quedará excluida cuando los actos de violencia física se sancionen separadamente con aplicación de la agravante de abuso de superioridad, pues en este caso es improcedente la aplicación duplicada de la agravante al delito patrimonial, quedando absorbido el mayor desvalor de la acción por la agravación del delito contra las personas.

**Sentencia 974/2012, Sala Segunda del TS, de 5 de diciembre**

Ponente: **Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

Resumen: **Blanqueo y delito fiscal**

Recurso de Casación: **n.º 2216/2011**

Artículos: **8, 28, 29, 53, 73, 74, 301 y 305 Código Penal**

**Blanqueo y delito fiscal. Esta amplísima sentencia analiza numerosos problemas controvertidos: vigencia del art. 11.1 LOPJ en la instrucción y valor de la prueba de inteligencia (FJ 1), entrada y registro en despacho de abogados (FJ 3), teoría de los «actos neutrales» en el ámbito de la autoría y participación criminal (FJ 8), comiso (FJ 13), diversos aspectos relacionados con el delito fiscal (FJ 23 a 25) o el de blanqueo de dinero (FJ 27 y 28), entre otros. Aquí vamos a destacar dos: la punibilidad del «autoblanqueo» y la cuestión de si el delito fiscal puede ser delito antecedente del de blanqueo de capitales.**

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Vigésimo octavo.—(...)**

**1. Autoblanqueo.**

Tras denunciar la falta de fundamentación de la sentencia respecto a la cuestión planteada por la defensa en su informe en el juicio oral, considera que con anterioridad a la reforma del CP de 2010, no se contemplaba la posibilidad de condenar por blanqueo de capitales al propio autor del delito del que proceden las ganancias ilícitas, tal como se pronuncio la STS 28.6.2010, fundamento jurídico 3.º, señalando, además, como argumentos a favor de su atipicidad.

- Que si el autoblanqueo se considera como figura incluida entre las conductas sancionadas en el art. 301 CP, se produciría una excepcionalidad de la regla de que la pena de estos delitos no supere nunca a la del delito antecedente —como es habitual en los delitos análogos de reaceptación y encubrimiento—.
- La analogía con los arts. 298.1 (mismo capítulo del blanqueo) y 451 CP donde si existe una exclusión del propio autor del delito antecedente.
- La similitud con el art. 299 CP, donde ante el silencio de la norma respecto a la participación del autor del delito en el delito princi-

pal o hecho previo se considera o interpreta restrictivamente en cuanto favorece al reo.

- Y en último lugar, la literalidad de la norma, el elemento gramatical de su redacción y por ende, el respeto a las exigencias del principio de legalidad y tipicidad.

Con carácter previo debemos señalar que la sentencia dictada si se ocupa expresamente de esta cuestión, tanto con carácter general, en el fundamento jurídico vigésimo séptimo, como con carácter especial, respecto del recurrente, en el fundamento jurídico vigésimo noveno —Pág. 492— hemos de decir que las alegaciones sobre la no punibilidad del autoblanqueo son ajenas a la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia y están claramente relacionadas con la posible infracción de Ley en la calificación jurídica de los hechos, por lo que han de ser examinadas desde esta perspectiva.

Siendo así la argumentación del recurrente se opone a la doctrina sentada por esta Sala Segunda Tribunal Supremo, S. 796/2010 de 17.9, que estima que, incluso coincidiendo autores y procediendo el dinero objeto del blanqueo del mismo acto de tráfico objeto de sanción, en tales hipótesis se debe estimar ocurrido un concurso real de delitos, sin vulneración del principio *non bis in idem*.

Así se dijo en la Sentencia de 8 de Abril de 2008 —Recurso: 772/2007—, en la que se afirmó que: «... que por lo que se refiere a la posibilidad de condena por el delito de “blanqueo” y la del cometido contra la salud pública, sin que pueda sostenerse la infracción del principio “non bis in idem”, ha de citarse el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 18 de Julio de 2006, que decía: “El Art. 301 Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente”.

Máxime cuando, según la propia narración fáctica de la recurrida, las cantidades objeto de “blanqueo” procedían de actividades delictivas distintas de las aquí enjuiciadas, respecto de las que la intervención policial impidió la obtención del lucro ilícito».

Y se reiteró en la Sentencia de este mismo Tribunal de 26 de Diciembre del 2008 —Recurso: 10906/2008— donde se expuso más detalladamente que el criterio de aquel acuerdo plenario: «... ha sido mantenido en Sentencias de esta Sala como es exponente la número 1260/2006, de 1 de diciembre, en la que se remite a dicho acuerdo y declara que no hay ningún obstáculo para la punición del delito de blanqueo y que se está ante dos delitos —tráfico de drogas y blanqueo de capitales— en concurso real. Y en ese sentido ya se había pronunciado sentencias de esta Sala anteriores a dicho acuerdo como sucedió con la Sentencia 1293/2001, de 28 de julio, en la que se declara que tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código penal tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva “o” entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, “o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción...”. Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin

que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico-penal.

No siendo antecedente considerable como derogatorio de tan constante doctrina lo afirmado en la Sentencia de 28 de junio del 2010 —Recurso: 165/2010— que se circunscribe a las circunstancias de tal concreto caso».

En igual dirección la STS 313/2010 de 8.4, recuerda que el delito de blanqueo de capital es un delito autónomo de aquel al que se vinculan los capitales objeto de la actividad específicamente tipificada en el artículo 301 del Código Penal. No requiere por ello que el delito de referencia haya sido objeto de enjuiciamiento previo y sanción penal. Y resulta indiferente que el autor de ese delito sea el mismo al que se imputa el blanqueo u otro (Sentencia de este Tribunal (S. n.º 483/2007 de 4 de junio, que da cumplida cuenta de la evolución del tratamiento legislativo de estas conductas), STS 309/2010 de 31.3, en su caso en que el recurrente —con cita de tres precedentes de esta misma Sala— entiende que la actividad referida al blanqueo de capitales no es sino un acto de autoencubrimiento impune respecto del delito de tráfico de drogas. El dinero aprehendido no es otra cosa que el resultado de unas ganancias que impedirían la condena por el delito de blanqueo, desestimó el motivo, con la siguiente argumentación:

«El motivo suscitado por el recurrente, es cierto, no ha sido objeto de una jurisprudencia uniforme. Pese a todo, la idea de un concurso real entre ambas infracciones cuenta con el aval de un Pleno no jurisdiccional de esta misma Sala. Generalmente se ha estimado —apunta la STS 1260/2006, 1 de diciembre— que el posterior blanqueo de capitales efectuado por persona que participó en las operaciones de tráfico de drogas cuyo beneficio intenta, posteriormente, blanquear, debe quedar absorbido en el delito de tráfico de drogas. Se estaría ante fase de agotamiento del delito. Esta ha sido la opinión mayoritaria de la Sala aunque pueda contabilizarse alguna sentencia aislada en el sentido de admitir la doble punición por tráfico y blanqueo en la misma persona que participó de ambos delitos. El Pleno no Jurisdiccional de la Sala de fecha 18 de julio de 2006 acordó que “el art. 301 del CP

no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente”.

En línea similar, la STS 960/2008, 26 de diciembre, señalaba que en un pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 18 de julio de 2006, se abordó el tema del blanqueo de capitales cometido por el propio traficante y se alcanzó el acuerdo de que el artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente, criterio que ha sido mantenido en Sentencias de esta Sala como es exponente la número 1260/2006, de 1 de diciembre, en la que se remite a dicho acuerdo y declara que no hay ningún obstáculo para la punición del delito de blanqueo y que se está ante dos delitos —tráfico de drogas y blanqueo de capitales— en concurso real. Y en ese sentido ya se habían pronunciado sentencias de esta Sala anteriores a dicho acuerdo, como sucedió con la STS 1293/2001, de 28 de julio, en la que se declara que tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código penal, tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva “o” entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, “o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción...”. Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico-penal.

De ahí que el blanqueo efectuado por el acusado, procedente de operaciones de tráfico de drogas anteriores en el tiempo no es obstáculo para la punición del delito de blanqueo. Se está ante dos delitos, unidos en concurso real, de conformidad con el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 (STS 1260/2006, 1 de diciembre), pues si se produce la coinciden-

cia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante un modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. En consecuencia no existe duplicidad sancionadora y la decisión adoptada respecto de la participación e incriminación doble de los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero ésta ajustada a la más estricta legalidad (STS 1597/2005, 21 de diciembre)».

Otros casos en que se ha admitido la duplicidad delictiva los constituyen las SSTS 737/2009 de 6.7, 37/2008 de 25.1, 1359/2004 de 15.11.

(...)

**Trigésimo séptimo.**—El motivo quinto por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 por indebida aplicación del art. 301 CP.

Se sostiene en el motivo que el delito fiscal previsto en el art. 305 no puede ser delito antecedente del de blanqueo de capitales porque la cuota tributaria no tiene procedencia u origen delictivo o ilícito.

Previamente es conveniente señalar que la jurisprudencia no se ha pronunciado sobre la posibilidad de considerar el delito fiscal como delito previo del blanqueo. Si se ha abordado el problema de la compatibilidad entre ambos delitos por las ganancias blanqueadas no declaradas a la agencia tributaria. La STS 152/2007 admite el concurso real de delitos entre el de blanqueo derivado del tráfico de drogas y de contra la Hacienda Pública por tratarse de acciones distintas que afectan a bienes jurídicos claramente diferenciados. Así, las SSTS de 7-12-96 —caso Nécora— y 21-12-99 —caso Roldán— han apreciado la concurrencia de ambos tipos de infracciones, en el primer caso con el blanqueo de dinero, y en el segundo caso con los delitos de malversación, cohecho y estafa, argumentando en síntesis que el principio de igualdad en materia tributaria prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respeta, y que sostienen la no tributación con

carácter general de los beneficios de ilícita procedencia equivaldría a crear un barrera que haría prácticamente imposible introducir la fiscalidad en las sucesivas inversiones, reinversiones y nuevos beneficios que aquellas pudieran generar.

No habrá sin embargo concurso real de delitos y sí un concurso de normas del art. 8.4 CP, cuando concurran las siguientes circunstancias: a) que los ingresos que den lugar al delito fiscal procedan del blanqueo de modo directo e inmediato; b) que el blanqueo sea objeto de condena; y c) que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias objeto del blanqueo o la condena a devolverlas como responsabilidad civil.

Si concurren estos requisitos el delito de blanqueo absorbe al delito fiscal y hay concurso de normas (SSTS 20/2001 de 18.3, 769/2008 de 3.10). Esta sentencia parece estar en la línea de la reforma del art. 301.1 CP por LO. 5/2010 que después de decir «sabiendo que estos (bienes) tienen su origen en una actividad delictiva» (ya no «en un delito», porque no es necesario que haya recaído condena en el delito antecedente), añade «cometida por él o por cualquier tercera persona», lo que indica que el delito de blanqueo se sanciona también —en concurso real— cuando el autor lo es a la vez del delito antecedente.

Esta doctrina que se refiere al caso de bienes blanqueados —por proceder del tráfico de drogas u otro delito— que después no se declaran a Hacienda, se puede cuestionar si se considera aplicable al supuesto inverso, bienes que tienen su origen en un delito contra la Hacienda Pública que, después, se blanquean.

Existe en la actualidad una polémica en el ámbito doctrinal trasladada al ámbito jurisdiccional; acerca de la posibilidad de que las cuotas defraudadas a la Hacienda Pública puedan ser objeto material de un posterior delito de blanqueo de capitales.

Sintéticamente existen dos posturas enfrentadas en esta cuestión:

1) La que considera que el delito de defraudación fiscal puede ser antecedente del delito de blanqueo pues no se advierte ninguna razón por la que los delitos contra la Hacienda Pública

tengan que tener un trato diferenciado de otros delitos en su relación con el blanqueo, partiendo de que los bienes procedentes de delito fiscal pueden considerarse procedente o de origen delictivo grave constituirán el objeto material del delito de blanqueo, siendo la relación entre delito fiscal y de blanqueo la normal entre delito previo y delito de blanqueo.

2) La posición que niega tal posibilidad afirmando que el delito fiscal no puede ser antecedente del delito de blanqueo, principalmente porque no origina los fondos que son objeto del delito. El defraudador no obtiene nada del delito, sino que los bienes que integran la cuota ya se encuentran en su patrimonio. El delito fiscal no origina nada que no existiera antes en el haber del defraudador.

De acuerdo con la Ley 58/2003 de 17.12, General Tributaria, la aplicación de los tributos origina una relación jurídica tributaria consistente en el «computo de obligaciones y deberes, derechos y potestades» de la que se derivan obligaciones materiales y formales para el obligado tributario y también para la Administración (art. 17 LGT). Según esta Ley «la obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de la cuota tributaria» (art. 19 LGT). La realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir general la obligación de pago de una cantidad de dinero. Lo que se debate es si dicha cantidad de dinero puede ser o no objeto material del delito de blanqueo.

Los argumentos contrarios, como ya hemos apuntado, pueden sistematizarse en:

1) Argumento relacionado con el objeto material: la cuota defraudada no es la originada en el delito de fraude fiscal, y el art. 301 CP exige que los bienes que se blanqueen procedan de un delito o tengan su origen en el mismo.

Estas expresiones sirven a parte de la doctrina a entender que el dinero negro o B no declarado no se genera en el delito de fraude fiscal, luego no tiene su origen en un delito. El objeto material del delito de blanqueo está constituido por bienes que el autor adquiere a raíz, exige una relación causal, del delito previo. El hecho de que traen causa los bienes debe ser típico y antijurídico. No puede apre-

ciarse delito de blanqueo cuando el origen de fondos es conocidamente lícito, aunque en su ocultación se hayan utilizados medios típicos para el blanqueo.

Otros autores consideran que la defraudación tributaria punible tiene la configuración típica de un delito de omisión y no puede ser delito previo del blanqueo aquel cuya configuración típica responda a los delitos de omisión, pues no puede establecerse relación causal entre la acción omitida (el pago de tributos) y los bienes ya incorporados al patrimonio del sujeto por virtud de un hecho positivo anterior no constitutivo de delito (verdadera causa de la incorporación del bien). No cabe, en este ámbito recurrir a una eventual causalidad hipotética en el sentido de considerar ilícita la ganancia por la circunstancia de que de haberse realizado la acción debida (el pago de un impuesto) la parte de patrimonio afecta al cumplimiento de la obligación no formaría parte del activo patrimonial del sujeto activo.

Se dice que una cosa es un incremento ilícito de patrimonio y otra que éste no disminuya por razón del incumplimiento de una obligación legal. No es posible imputar la ganancia a la omisión (ilícita) cuando natural u antológicamente puede hacerse a una acción lícita. Por eso, si la ganancia tiene por causa un hacer positivo lícito, no cabe considerarla de origen ilícito por el hecho de que el autor haya omitido típicamente una acción que hubiera mermado la ganancia. La ganancia de una actividad lícita no deviene en ilícita por la sola circunstancia de que no se tribute por ello, ni siquiera porque se oculte con el fin de evitar el pago de un tributo. Ello podía dar lugar al delito fiscal (agravado, en su caso, por la interposición de personas) o incluso, al de alzamiento de bienes, cuando las maniobras de ocultación tienen como finalidad evitar la responsabilidad que en su caso pueda declararse por el delito fiscal.

- 2) Argumento relacionado con la conducta típica. La vulneración del principio *non bis in idem*.

Se afirma que al menos que el defraudador se arrepienta y tras el fraude pague el dinero

a la Hacienda Pública, algo tiene que hacer con el dinero no declarado, o lo transmite, o lo convierte u «oculta su ubicación, conductas previstas en el delito del art. 301», es decir, parece obvio que el tipo de defraudación fiscal ya contempla, abarca y castiga el desvalor que supone el hecho de que el sujeto activo, en vez de declarar e ingresar en las arcas del Estado, el dinero que le corresponda pagar conforme a la normativo tributaria, se lo gasta en otros menesteres. En definitiva no parecen existir lagunas punitivas en estos casos que justifiquen la necesidad de recurrir al delito de blanqueo para castigar acciones que ya encajan en el tipo art. 305 CP, y que pueden ser castigadas con penas de hasta 5 años prisión y multa del séxtuplo de lo defraudado.

- 3) Argumento político criminal. El delito de blanqueo de capitales ha perdido su sentido original dirigido a perseguir penalmente la legitimación de los bienes procedentes de actividades delictivas (tráfico de drogas, corrupción, crimen organizado...), y se ha convertido en instrumento de control y recaudación fiscal. Esto, según este sector doctrinal, supone un entendimiento político criminal del delito «Incoherente y técnicamente inconsistente» y lleva a una pérdida de su orientación político criminal originaria, trivializando y paralizando su eficacia frente a las conductas que realmente justifican su aplicación. Se alega también el error que supone asignar al delito de blanqueo la finalidad de evitar que el delincuente se benefició del botín, pues ello supone una «clara confusión» entre las funciones político-criminales de la figura del blanqueo y la del comiso de ganancias cuya significación y mecánica son radicalmente distintas.

La postura favorable a que el delito fiscal pueda ser antecedente del delito de blanqueo parte de una premisa básica cual es que no se debe confundir el blanqueo de la cuota defraudada con el blanqueo de los fondos que dan lugar a la cuota defraudada.

El delito de tráfico de drogas está en el origen histórico del blanqueo en la legislación penal española, y tradicionalmente se ha con-

siderado que el bien objeto del blanqueo es distinto del bien objeto del tráfico de drogas, que son, precisamente, esas sustancias (SSTS 1070/2003 de 22.7, 1426/2005 de 3.12).

En la actualidad, superado todo límite respecto a la naturaleza del delito antecedente, no puede consentirse que esa lógica diferenciación entre el objeto del tráfico de drogas y el objeto del blanqueo, se extrapole para dejar impunes blanqueos de ganancias de un delito anterior cuyo objeto era también patrimonial.

Por tanto, el primer problema es determinar el concepto de esos «bienes».

Los convenios internacionales diferencian entre «bien» y «producto».

Así los dos Convenios del Consejo de Europa relativas al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de productos del delito firmados en Estrasburgo en 1990 y en Varsovia en 2005 (ésta última referida también a la financiación del terrorismo) al definir el blanqueo (artículo 6 del Convenio de 1990 y artículo 9 del Convenio de Varsovia) se refieren a blanquear «bienes que son producto del delito anterior» («biens» y «produits» en la traducción francesa y «property» y «proceeds» en la traducción inglesa). Al ratificar España esos Convenios se recoge que el blanqueo se produce sobre «bienes» cuyo origen es un «producto» del delito.

La definición de bienes y productos en ambos textos está contenida en el artículo 1:

«A los efectos del presente Convenio:

- a) Por “producto” se entenderá todo provecho económico derivado de un delito. Podrá tratarse de bienes según la definición del párrafo b) del presente artículo,
- b) Por “bienes” se entenderán los bienes de cualquier naturaleza, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, y los documentos o instrumentos legales que demuestran algún título o participación en esos bienes».

«De la misma forma la Convención de Viena de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas dice en su artículo 1:

«P) por “producto” se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente

de la comisión de un delito típico de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

- Q) por “bienes” se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos».

Igualmente el artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Convención de Palermo) dice:

- «d) Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos
- e) Por “producto del delito” se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito.

Pues bien, en la legislación nacional el artículo 301 habla de “bienes cuyo origen es un delito”, luego de acuerdo con la literalidad del Código Penal puede suscitarse la controversia sobre si el bien objeto del delito antecedente y el bien objeto del blanqueo pueden ser idénticos.

Este aparente problema se reconduce, a entender que los bienes objeto del blanqueo son los “ganancias” obtenidas de esa previa actividad delictiva que constituyen el “producto” del delito antecedente y que en su naturaleza pueden ser “activos de cualquier naturaleza».

De esta forma en el tráfico de drogas se blanquean los beneficios de esa ilícita actividad, en los delitos patrimoniales se blanquean las «ganancias» obtenidas y en el caso de los delitos fiscales, se blanquea la cuota defraudada.

Por tanto son rechazables los argumentos de quienes niegan que el delito fiscal pueda ser antecedente del blanqueo, por los siguientes motivos:

- 1.º) En caso de delito fiscal como antecedente del blanqueo, el objeto del blanqueo es la ganancia procedente del delito fiscal, esto es, la cuota defraudada

No es bien objeto de blanqueo los rendimientos o base imponible que han motivado dicha cuota.

En definitiva es la cuota la que se puede lavar.

Es rechazable el argumento de que el blanqueo dimanante de un delito fiscal vulnera el principio «ne bis in idem», por cuanto, por un lado, la cuota defraudada es el resultado de la liquidación tributaria de un fraude al erario público, en tanto que el objeto del ulterior blanqueo es la ganancia obtenida de ese fraude, es decir la cuota tributaria.

Por otro lado, los comportamientos de uno y otro delito son diferentes y diversos son los bienes jurídicos protegidos. En el delito de blanqueo la doctrina mayoritaria sostiene que se afecta al orden económico, esto es «la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes» o bien «la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía». El sistema de economía de mercado está garantizado por los poderes públicos (art. 38 CE). La base de esta concepción económica se encuentra en la libre y leal competencia, por lo que el sistema económico regular se ve afectado por la afluencia de recursos económicos que se general al margen del propio sistema, con efectos sobre la financiación de las empresas, competencia desleal y consolidación de organizaciones que contaminan el orden económico y merman la credibilidad del mercado. Algún autor apunta que el bien jurídico protegido es la seguridad interior del Estado, pero entendido como preservación del orden público, sino antes bien como interés en la erradicación de ciertas formas de delincuencia, la delincuencia organizada. En particular, cuyos objetivos consisten en la obtención de cuantiosos beneficios que es necesario legitimar o reciclar como requisito indispensable para su disfrute. De manera que en la medida que se penalizan las conductas de blanqueo, se estaría combatiendo dicha clase de delincuencia en uno de sus componentes nucleares.

Realmente nos encontramos ante un delito pluriofensivo que afecta al orden socioeconómico y a la Administración de Justicia, cuya punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de política criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada.

En el delito fiscal en relación al bien jurídico la jurisprudencia habla de la íntima relación que guarda con la función que los tributos cumplen en un Estado Democrático de Derecho, subrayando que el incumplimiento de las prestaciones patrimoniales de carácter público está presente en el tipo del injusto de este delito.

De entre las diversas hipótesis que han marcado el bien jurídico protegido —fe pública, el deber de lealtad, el palmario, la función del tributo en el Estado de Derecho— es la Hacienda Pública el que prevalece, pero no desde una perspectiva exclusivamente patrimonial sino del interés del Estado y de la propia Hacienda Pública de que la carga tributaria se realice con los modos fijados en la Ley, se protege, en consecuencia, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público.

La STS 643/2005 de 19.5, tras valorar que algunos sectores doctrinales desvían la esencia de la lesión hacia un delito semejante a los patrimoniales cuyo sujeto pasivo es la Hacienda Pública, y aceptar que al final el perjuicio es económico, mantiene en línea de las concepciones más funcionales que la justificación de semejante delito y pena, radica en la inadmisibles vulneración de los principios de solidaridad tributaria inexcusables en una sociedad democrática, lo que conduce a un bien jurídico protegido basado en los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y los cargos públicos, por lo que cualquier fraude tributario supone un grave atentado contra ellos.

Consecuentemente se trata de conductas que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y de bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, por lo que la norma del delito penal no abarca la total antijuricidad del hecho.

Esta Sala, con las reservas que se apuntarán, se inclina por ésta última posición por las siguientes razones:

1.º) En primer lugar la norma administrativa de prevención del blanqueo de capitales, que es una transposición de la Directiva 60/2005 fue más allá de la redacción del texto europeo

al recoger específicamente la cuota defraudada como objeto del blanqueo y así el art. 1.2 de la Ley 10/2010 de 28.4, sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del terrorismo —en vigor desde el 30.04.2010— dice:

«a los efectos de esta Ley» se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, «con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública».

Es cierto que esta Ley no estaba en vigor cuando los hechos imputados al recurrente tuvieron lugar, pero la admisión de la cuota defraudada como objeto del blanqueo no se justifica solo por la Ley de Prevención, sino atendiendo a la pura aplicación del Código Penal.

En efecto en la redacción inicial del art. 301, vigente cuando sucedieron los hechos, se hablaba de delito «grave» como antecedente de un ulterior blanqueo, desde la reforma LO 15/2003 de 25.11, cualquier delito puede ser antecedente, y en virtud de la reforma LO. 5/2010 de 22.6, el párrafo 1.º del art. 301 utiliza la expresión «actividad criminal» en vez de delito, significándose en la doctrina que la razón de tal expresión es el criterio jurisprudencial de no ser necesaria una condena anterior, para sustentar su posterior blanqueo de capitales.

Por tanto, según la legislación penal española, un delito fiscal, en principio, no está excluido para poder ser delito precedente de un blanqueo, dada su consideración, en todo caso, de delito grave.

Retomando la Ley de Prevención, de acuerdo con esta, la cuota defraudada constituye un bien procedente de la actividad delictiva y, por lo tanto, objeto idóneo del blanqueo de capitales. En este sentido el Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de Ley, declaró expresamente que la cuota defraudada

a la hacienda Pública cuando constituye el producto de un delito fiscal, puede ser objeto de una operación de blanqueo, siempre que la cuota defraudada alcance el límite cuantitativo previsto en el tipo penal contra la Hacienda Pública —120.000 €—.

No obstante la interpretación que la doctrina ha hecho de la citada Ley tampoco ha sido uniforme:

Un sector entiende que el hecho de que el art. 1.2 de la Ley utilice la expresión «a los efectos de esta Ley...». se consideran las cuotas defraudadas a Hacienda como bienes procedentes de un delito, debe interpretarse como la clara intención del legislador de que únicamente a los efectos de la Ley de Prevención del Blanqueo y de su regulación administrativa y, por tanto, no a los efectos del Código Penal, puede considerarse que las cuotas defraudadas a la Hacienda Pública proceden de delitos, pero no tiene ninguna incidencia en el ámbito penal que seguiría dejando fuera al fraude fiscal como delito previo del blanqueo de capitales.

Otra posibilidad es considerar que constituye un criterio de interpretación de los tipos penales relativos al blanqueo de capitales de los arts. 301 y ss CP Se trataría, por lo tanto, de una especie de interpretación autentica que permitiría la persecución conjunta del delito fiscal y del blanqueo de capitales. Se estaría así configurando el tipo del art. 301 como una especie de norma penal en blanco, cuyo elemento típico bienes que «tienen su origen» (n.º 1) o «proceden» (n.º 2) de algún delito debe interpretarse por remisión a la normativa administrativa, en este caso la Ley de 2010.

Interpretación que tampoco resulta convincente por su dudosa constitucionalidad. Primero porque la propia literalidad del art. 301 CP carece de una remisión normativa expresa a normativa extrapenal alguna. Segundo, por las dudas que surgirían de cara a su compatibilidad con la reserva de Ley orgánica propia de la materia penal, que resulta necesaria en este ámbito al prever los tipos del blanqueo de capitales penas de prisión.

Resulta por ello, razonable entender que la intención del legislador, no manifestada, no es

establecer *ex novo* que el fraude fiscal es delito previo del blanqueo, sino simplemente despejar las posibles dudas que hay en la doctrina a la hora de interpretar la legislación penal vigente que admite cualquier actividad delictiva como previa al blanqueo.

## 2.º) El Derecho Comparado

Un análisis de la situación jurídica en otros países permite constatar que en algunos tribunales ya se ha pronunciado a favor de admitir que el fraude fiscal constituya delito previo del blanqueo.

a) Francia. El delito fiscal constituye delito previo del blanqueo de capitales. El CP art. 324.1 no se pronuncia expresamente sobre la cuestión aquí analizada, sino que admite como delito previo cualquier crimen o delito. Ha sido Sala de lo Penal del Tribunal Supremo francés (Cour de cassation), mediante sentencia de 20 de febrero de 2008, la que se ha pronunciado al respecto, admitiendo el autoblanqueo y que el delito fiscal sea delito previo del blanqueo de capitales.

b) Bélgica. El Tribunal Supremo en sentencia de 22 de octubre de 2003, confirmó la opinión de que el impago de impuestos genera una ventaja patrimonial de carácter delictivo idónea para constituir objeto material del delito de blanqueo de capitales castigado en el artículo 505 CP que penaliza el blanqueo, y admite que el delito fiscal es delito previo del blanqueo de capitales. Pero introduce la prohibición legal (inmunidad) de proceder penalmente cuando se trate del blanqueo de bienes obtenidos del fraude fiscal ordinario.

c) Alemania. Se castiga el blanqueo de capitales procedentes de un delito fiscal, pero con unas características especiales. Se excluye al autor del delito previo del círculo de posibles sujetos activos del delito de blanqueo, y en el apartado 3 del n.º 1 del párrafo 261 StGB hace expresa referencia a la sanción del blanqueo de capitales procedentes de delitos fiscales, disponiendo que constituyen delito previo del blanqueo de capitales las infracciones previstas en los párrafos 373 (contrabando realizado de forma profesional) y, cuando el autor actúe de forma profesional, 374 (receptación fiscal de mercancías) del Código tributario, también en

ambos casos en relación con el párrafo 12, apartado 1, de la Ley sobre la puesta en práctica de las organizaciones comunes de mercado. La norma penal alemana concreta más la cuestión, y advierte en el último párrafo del n.º 1 del párrafo 261 StGB que, el primer párrafo se aplicará en los casos de defraudación fiscal cometidos profesionalmente o de forma organizada (en banda), según el párrafo 370 del Código tributario, respecto a los gastos ahorrados por la defraudación fiscal y las compensaciones y devoluciones de impuestos obtenidas indebidamente, así como en los casos del segundo inciso del párrafo 3, también respecto de los bienes por los que se hayan defraudado impuestos.

Por tanto, los bienes procedentes de un delito fiscal son idóneos para el blanqueo de capitales. El fundamento, de acuerdo con el legislador alemán, reside en la apreciación de que, normalmente las ganancias de las actividades criminales organizadas no tributan. De esta manera, el fraude fiscal aumenta el poder financiero de la delincuencia organizada y, por lo tanto, incrementa extraordinariamente su peligro. El legislador pretende así asegurarse de que resultan abarcados los bienes que, si bien no derivan ni proceden del propio delito fiscal, sin embargo se encuentran en una clara vinculación con el delito previo

d) Italia. La doctrina se encuentra dividida, pero la Sección 6.ª de la Sala de lo Penal del Tribunal de casación, sentencia 4563/2009 de 26.11, se ha pronunciado en el sentido de que el delito de blanqueo previsto en el art. 648 bis CP no contiene un listado de los delitos, sino que todos los delitos dolosos constituyen infracción previa del blanqueo. Por ello, delito previo del blanqueo pueden serlo no solo delitos funcionalmente orientados a la creación de capitales ilícitos (como la corrupción, los delitos societarios o quiebras), sino también delitos que según la versión más rigurosa y tradicionalmente acogida del fenómeno, le eran extraños, como por ejemplo los delitos fiscales.

e) Portugal. El delito de blanqueamiento se encuentra en el art. 368.1 CP, introducido por Ley 11/2004 de 27.3, y entre los delitos previos a los que alude (siguiendo el sistema de listado) está el fraude fiscal.

3.º) La cuota tributaria puede ser objeto material del delito de blanqueo

Conforme al art. 305 CP, la elusión del pago de tributos (mediante una defraudación) constituye la conducta típica que genera la obligación tributaria, que tiene por objeto el pago de la cuota tributaria. Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que según el artículo 58.1 LGT está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta. Es decir, el bien que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria, que es una cantidad de dinero que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de blanqueo de capitales. Se trata, con todo, de una cantidad de dinero que no ingresa en el patrimonio del autor del delito fiscal, sino que ya se encuentra en él porque constituye una parte del mismo, pero ello no impide considerar que la cuota tributaria procede del delito fiscal.

El Código Penal, de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia (arts. 3.1 a/b) de la Convención de Viena y art. 9 Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y de la financiación del terrorismo, hechos en Varsovia el 16.5.2005, considera objeto material del delito de blanqueo los bienes que tengan su origen (art. 301.1) o «procedan» de un delito grave en la actualidad de una actividad delictiva (art. 301.2). Ambas expresiones alusivas al origen o procedencia de los bienes son equivalentes desde un punto de vista semántico. La procedencia implica que los bienes han de tener su origen en un delito grave (el término «procedencia» se define en el diccionario de la RAE, como origen, principio de donde nace o se deriva una cosa. Están originados en un delito grave los bienes que tienen su «causa» en ella.

Ahora bien será necesario elaborar criterios que permitan concretar con precisión cuando un bien, en este caso la cuota tributaria, tiene su causa en una actividad delictiva previa, el delito fiscal.

La conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo causal, en el momento

en que esto sea así, se dice que los bienes están «contaminados». Las teorías desarrolladas por la ciencia jurídico-penal para afirmar la existencia de una relación a la causalidad entre un comportamiento y un resultado nos sirven para determinar qué bienes están conectados causalmente con una actividad delictiva previa, y así se puede afirmar que un bien procede de una actividad delictiva previa cuando, suprimiendo mentalmente tal actividad previa, el bien desaparecería en su concreta configuración que incluye todo lo relacionado con la existencia, composición material, valor o titularidad económica del bien. En sentido negativo, no existirá nexo causal si la actividad previa no constituye una condición de la situación patrimonial actual o la existencia del bien. Una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia, composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia.

Existe también conexión causal y, por lo tanto, contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva —en este caso el delito grave (delito fiscal)— el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquel delito. Los autores que niegan que el delito fiscal puede ser delito procedente del blanqueo señalan que la relación causal con la actividad delictiva precisa que el autor obtenga algo que no tenía antes del delito y que éste produzca un incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes, pero es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas) —argumenta el sector doctrinal favorable—, el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo. Y ello viene avalado por la propia descripción del art. 305 CP, que cuantifica la cantidad de dinero que constituye la cuota defraudada en más de 120.000 euros, que son los que incrementan el patrimonio del defraudador. Este dinero no estaría en su patrimonio si no hubiera defraudado a la Hacienda Pública y tiene, por lo tanto, su origen y procedencia en el delito fiscal.

El delito fiscal del art. 305 CP genera efectivamente un ahorro de gastos (la deuda tributaria),

pero traduce dicho ahorro en una cantidad de dinero, esto es, otorga relevancia penal a los gastos ahorrados, en este caso, a la cuota tributaria defraudada, que debe superar los 120.000 euros. Esta cuantía, es el bien derivado del delito y, por lo tanto, es idónea para ser objeto material del delito de blanqueo. Que se encuentre ya en poder del defraudador no tiene ninguna importancia a efectos del blanqueo de capitales. Así también en las insolvencias punibles los bienes ya están en el patrimonio del deudor, y ello impide considerar que constituyen bienes que proceden de un delito, idóneos por lo tanto para ser blanqueados. El art. 257 n.º 1 CP castiga a quien se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, bienes, por lo tanto, expresamente mencionados en el tipo penal y que resultarán contaminados al menos en la cuantía de las deudas que tenga con aquellos. Y también se encuentran los bienes en poder del delincuente (aunque no le pertenezcan) en la apropiación indebida, en la que el sujeto activo los ha recibido antes de apropiárselos, y ello no impide considerarlos bienes idóneos para el blanqueo por constituir el objeto del delito.

En definitiva, la cuota defraudada constituye un bien en el sentido del art. 301 CP, que constituye simultáneamente un perjuicio para la Hacienda Pública y un beneficio para el defraudador (para algún autor el incremento del patrimonio del defraudador por su actividad delictiva implica la disminución del patrimonio del erario público). Y además supone el beneficio o provecho económico derivado del delito susceptible de ser considerado bien idóneo del delito de blanqueo de capitales. Por lo tanto, las conductas típicas descritas en el art. 301 CP pueden recaer sobre la cuota tributaria.

El problema, no es tanto el origen o la procedencia delictiva de los bienes, cuanto la dificultad de concretarlos e individualizarlos en el patrimonio del contribuyente, por cuanto en principio no sería admisible la teoría de que todo el patrimonio del contribuyente queda contaminado.

Siendo así, hemos de partir de que el momento de contaminación de los bienes integrantes de la cuota tributaria defraudada se produce cuando vencen los plazos administrativos establecidos para declararlos a la Administración tributaria.

Hasta este momento, existe un período de temporal durante el que no es posible determinar si existe o no delito fiscal, y por ello, todo acto realizado sobre tal dinero no puede ser considerado delito de blanqueo de capitales, porque los bienes no tienen —todavía— carácter delictivo.

Una vez concretada la cuota tributaria que cuantifica la obligación tributaria económicamente valorable de la que responde el defraudador, habrá que diferenciar en su patrimonio los bienes que la integran, pues si no se puede individualizar la cuota tributaria en su patrimonio, difícilmente se puede realizar la conducta típica del delito de blanqueo, al no existir objeto material.

El blanqueo de capitales exige la concreción de un objeto específico o una pluralidad de bienes igualmente determinados que proceden de una actividad delictiva, lo que no resulta fácil cuando se trata de dinero, bien éste fungible por excelencia.

La posibilidad de que el fraude fiscal constituye delito previo del blanqueo requiere que durante la investigación se pueda identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota tributaria. En algunos casos sí será posible acreditar de manera segura que la conducta de blanqueo recae sobre bienes que forman parte de la cuota tributaria.

1. Una posibilidad es que la acción típica del delito de blanqueo de capitales recaiga sobre una parte del patrimonio del defraudador que obligatoriamente incluya todo o parte de la cuota tributaria. Ello sucederá cuando la acción de blanqueo se realiza sobre la totalidad del patrimonio del autor del delito previo, o al menos sobre una proporción tan elevada de su patrimonio que supere la parte lícita y comprenda una parte del valor de la cuota tributaria impagada. En estos casos puede establecerse con certeza que los bienes obtenidos del delito fiscal se encuentran total o parcialmente en el objeto sobre el que recae la acción típica del delito de blanqueo.

2. Otra posibilidad es que se consiga identificar la cuantía constitutiva de la base liquidable sobre la cual no se han pagado impuestos. La cuota tributaria se determina normalmente aplicando el tipo de gravamen a la base liquidable.

(art. 56 LGT), y que el tipo de gravamen es la cifra, coeficiente o porcentaje que se aplica a la base liquidable para obtener como resultado la cuota íntegra (art. 55 LGT). Por lo tanto, dado que la cuota tributaria es un porcentaje de la base liquidable, es razonable entender que la masa patrimonial integrada por la base liquidable contiene una parte contaminada. No está contaminada toda la base liquidable, sino solo la parte constitutiva de la cuota tributaria. Por tanto habrá delito de blanqueo si se transfiere la totalidad de la base imponible, porque una parte está contaminada, o una cuantía de dinero que obligatoriamente incluya una parte de la cuota tributaria.

En el caso presente, tal como se ha señalado en el motivo segundo, el importe de la cuantía defraudada en el delito fiscal ascendió a 9.259.373 coronas suecas (más de 1.000.000 euros), y el total blanqueado 765.744,25 euros, rechazando la sentencia que estas cantidades invertidas en España procediesen de ingresos obtenidos de la sociedad sueca. Siendo así la inferencia de que su origen estaba en la cuota tributaria defraudada es lógica y racional, dado que la conexión entre los beneficios generados por el delito fiscal y la actividad de blanqueo se deduce razonablemente, de la simultaneidad temporal entre los periodos en que se concretan el impago de los impuestos societarios y las de las operaciones de blanqueo efectuadas por el matrimonio en España, unido a que la mayor parte de la cantidad defraudada es precisamente la blanqueada y el propio sistema de canalización del dinero con sociedades interpuestas son elementos indiciarios suficientes para entender acreditada su vinculación con el previo delito fiscal y por ello, el ilícito carácter del dinero.

**Trigésimo octavo.**—El motivo sexto al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 74 en relación con el art. 301 CP. Se cuestiona la continuidad delictiva y se sostiene que en todo caso, se trataría de un solo delito de blanqueo a sancionar con pena menor.

El motivo coincidente con el motivo décimo segundo del recurso interpuesto del Sr. Benedicto Héctor debe ser estimado por las mismas razones allí expuestas, debiendo solo recordarse que el concepto de unidad natural de

acción parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valoradas como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica (SSTS 775/2005 de 15.6, 935/2006 de 2.10), y en el caso concreto existe esa unidad de acción en las concretas conductas llevadas a cabo por el matrimonio Voutilainen para el blanqueo, por cuanto el dinero blanqueado proviene de un mismo y único hecho delictivo —delito fiscal en Suecia— sin que exista ninguna otra actividad delictiva, sin que se cometa un delito de blanqueo por cada transferencia bancaria u operación realizada en España, al ser evidente que existirá un único acto de voluntad de blanquear el dinero obtenido en Suecia de forma delictiva y que todos los actos singulares están vinculados espacial y temporalmente por lo que no es dable apreciar la continuidad delictiva.

**Trigésimo noveno.**—Renunciado el motivo séptimo, el octavo se formaliza por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, y art. 852 LECrim, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de motivación, art. 24 CE, en cuanto a la pena de multa impuesta, dado que se impone al recurrente —y a su mujer— una multa a cada uno por valor de 1.378.339,65 €, que se obtiene multiplicando por 1,8 la cuantía que se entiende blanqueada. Multiplicación que se realiza sin la motivación suficiente (pág. 515-516 de la sentencia), cuando el tipo penal aplicable permite la imposición de la pena del tanto al triple de la cantidad blanqueada y no existiendo agravantes ni atenuantes es de aplicación el art. 66.6 CP y tener en cuenta «las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho», sin que la sentencia haga mención a nada de ello.

El motivo se desestima.

Como la jurisprudencia tiene establecido —SSTS 661/2012 de 3.7, 460/2012 de 29.5, 95/2012 de 16.2, entre las más recientes— el derecho a la obtención a la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia, exige una explicación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en este material con-

cretada en las sentencias del TC 21/2008, de 3-1, 91/2009, de 20-4.

«... Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 CE., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE —conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional— resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo; 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003 de 10 de Febrero; 170/2004, de 18 de Octubre; 76/2007, de 16 de Abril).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003, de 10 de Febrero; 148/2005, de 6 de Junio; 76/2007, de 16 de Abril)».

«... El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión...» (STC 20/2003, de 10-2; 136/2003 de 30-6; 170/2004, de 18-10; 76/2007, de 16-4) y que éstas no sean incoherentes con los ele-

mentos objetivos y subjetivos cuya valoración exigen los preceptos legales relativos a la individualización de la pena (STS 148/2005, de 6-6; 76/2007, de 16-4).

También ha de señalarse que aunque la necesidad de motivación del art. 120.3 CE, alcanza en todo caso a la pena concreta impuesta, no puede establecerse la misma exigencia de la motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto, que no precisa justificación o motivación alguna, STC. 57/2003 de 24.2, que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena. En la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la corriente infracción de Ley (STS 1478/2001 de 20.7).

Por ello este debe de razonar en la sentencia sobre la pena concreta que se impone adquire especial relieve cuando el órgano judicial se aparta de modo notable del mínimo legalmente previsto, de modo que cuando tal se hace sin argumentación alguna al respecto, o cuando la existente viola las reglas de la razonabilidad, o no existe explicación o justificación alguna sobre las razones que ha tenido en cuenta el Tribunal para imponer esa pena que supera la mínima que legalmente puede ser impuesta y no hay datos en la sentencia recurrida de los que pudiera deducirse esa elevación de penas, esto es, cuando el Tribunal de casación no puede inferir de los hechos probados, en relación con la normativa y jurisprudencia aplicable a ellos, que las penas impuestas no vulneran el principio de proporcionalidad, este Tribunal es quien tiene el deber de suplir este precepto procesal con sus propios razonamientos, y ante aquella ausencia de datos la pena no debería ser otra que la mínima dentro del mínimo legal (SSTS 7.3.2007, 2.6.2004, 16.4.2001, 19.4.99).

En esta dirección el nuevo art. 72 CP reformado por LO. 15/2003, con entrada en vigor el 1.10.2004, ha introducido en el Texto punitivo la necesidad de motivación, señalando que los Jueces y Tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y ex-

tensión concreta de la impuesta. Se trata pues, dice la STS 1099/2004 de 7.10, de un ejercicio de discrecionalidad reglada que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de Ley (art. 849 LECrim.), pero su inexistencia no determina la nulidad de la sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente».

En definitiva la jurisprudencia ha declarado la posibilidad de subsanar la falta u omisión de motivación, resolviendo directamente la cuestión, cuando se trata de la individualización de la pena, presionando de esta forma el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, siempre y cuando las circunstancias a tener en cuenta están expresas en la propia resolución de que se trate (SSTS 31.3.2000, 21.1.2003, 30.6.2004, 10.7.2006).

Bien entendido, que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS 27-9-2006) que el TC interpretando los arts. 24 y 120 CE ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (STS 5/87, 152/87, 174/87) no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, y en todo caso puede esta Sala casacional completar esa motivación insuficiente y hacer las valoraciones adecuadas para la concreta fijación de la pena, si en la sentencia de instancia aparecen los elementos necesarios para tal individualización.

En el caso analizado la sentencia impugnada, fundamento derecho trigésimo texto (pág. 515 a 516), analiza la cuantía de las multas a imponer por los delitos de blanqueo de capitales y considera que si bien «es coherente seguir el criterio de la mitad superior para determinar sus respectivos importes, de conformidad con lo previsto en el art. 52 CP, dicha pena no ha de seguir necesariamente esa regla, y es por ello que sin perjuicio de aplicar en este caso aquel criterio, si

debemos atender al límite que marca la petición concreta del Ministerio Fiscal sin que podamos justificar por razón de error, una cuantía más elevada, como sucedería en el caso de que en los delitos de blanqueo impusiéramos el duplo que daría lugar a una multa de 1.531.488,5 E, para cada uno de los integrantes del matrimonio Voutilainen, más grave, pues que la interesada por el Ministerio Fiscal —1.500.000 €—. En consecuencia, estimamos adecuada la resultante de la multiplicación de los respectivos importes por 1,8...», resultando así la multa de 1.378.339,65 € impuesta al recurrente.

Cuantía que en todo caso, debería ser mantenida, si se tiene en cuenta que era preceptiva, al tratarse de un delito continuado, la imposición de la pena en su mitad superior —duplo al triplo— y que el art. 52 para determinar la cuantía en el caso de multa proporcional, previene que se considere no solo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho sino principalmente la situación económica del culpable, que en el caso del recurrente su disponibilidad y potencial económico resulta notorio a la vista de la cuantía de sus ingresos y capital blanqueado.

RECURSO INTERPUESTO POR  
AMANDA INOCENCIA

**Cuadragésimo.**—El motivo segundo (se renuncia al motivo primero) reproduce el motivo segundo del recurso de D. Teófilo Urbano relativo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, añadiendo, como especialidad que no se ha producido prueba alguna de cargo que permita sostener el elemento subjetivo del injusto —conocimiento de la ilicitud del dinero invertido por su parte—, y ni siquiera en el relato de hechos se menciona que tuviera conocimiento del origen delictivo de los fondos que manejaba el matrimonio.

El motivo ha de ser desestimado.

En primer lugar, respecto a las acciones concretas realizadas por Amanda Inocencia, y la conexión entre los fondos que ella y su marido invirtieron en España y las actividades delictivas por las que éste último había sido condenado en Suecia, nos remitimos a las consideraciones ya realizadas cuando examinamos el motivo del

recurso centrado en la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia de Teófilo Urbano., que damos íntegramente por reproducidas.

Como allí explicamos, el importe de los citados fondos excede en mucho de la capacidad económica que ellos mismos reconocen que tenían a la fecha de los hechos.

Precisamente, lo elevadísimo de ese importe, su ingreso en efectivo, en su mayoría, en cuentas bancarias de las que Amanda Inocencia era su titular, después que, como ella misma reconoció, lo hubiera traído a España en coronas suecas, y su canalización a través de las distintas sociedades que hemos señalado, en las que participaron ella y su marido, bastan para inferir que la primera conocía que el citado dinero procedía de las actividades ilícitas de éste.

En ningún momento ha manifestado la recurrente, lo que sería por otro lado, poco probable, que no conociera que éste hubiera sido sometido a un proceso penal en su país, y condenado por ello.

Por otro lado, ciertamente la sentencia no declara expresamente en sus hechos probados que Amanda Inocencia conociera el origen ilícito de los ya reiterados fondos, pero el citado conocimiento está implícito en dicho *factum*, cuando declara expresamente que trajo en coronas suecas gran parte del dinero procedente de los hechos que habían motivado la condena de su marido, y lo ingresó en las cuentas bancarias de las que era titular en las distintas entidades allí descritas.

En definitiva, tampoco se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de esta recurrente, por lo que procede la desestimación del motivo.

Respecto a los motivos tercero, cuarto, quinto y séptimo al limitarse a reproducir los motivos cuarto, quinto, sexto y octavo del recurso de D. Teófilo Urbano, deben seguir su misma suerte.

RECURSO INTERPUESTO  
POR EL MINISTERIO FISCAL

**Cuadragésimo primero.**—El motivo primero al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida del art. 301.1, párrafo 1.º y 2 y

74 (delito continuado de blanqueo de capitales) del CP, según redacción dada por LO 10/95 de 23.11, vigente a la fecha de los hechos, en relación a Benedicto Héctor, absuelto por los hechos del apartado cuarto (Caso Voutilainen) de los hechos probados de la sentencia, que describen, con nitidez, sucesivos actos de transmisión, comisión y ocultación de bienes procedentes del delito grave, realizados por Benedicto Héctor y sus clientes Teófilo Urbano y Amanda Inocencia, la esposa de éste.

La sentencia condena al matrimonio Teófilo Urbano Amanda Inocencia por delitos continuados de blanqueo de capitales y aunque condena a Benedicto Héctor como autor de un delito continuado de blanqueo (por los hechos del apartado segundo, caso Hambli), le absuelve por los hechos del caso Voutilainen, porque no concurre el elemento subjetivo del injusto, que Benedicto Héctor conociera el ilícito origen de los bienes de Teófilo Urbano y Amanda Inocencia introducidos en el tráfico de las operaciones de blanqueo que describen los hechos.

Estima el Ministerio Fiscal que los hechos fijan elementos objetivos suficientes de los que naturalmente se deduce que Benedicto Héctor conocía la procedencia ilícita de los bienes de sus clientes —el matrimonio Teófilo Urbano Amanda Inocencia— por lo que entiende incorrecta la inferencia de la Audiencia y pretende sea correcta en esta vía casacional. Así señala las operaciones, realizadas con la intervención profesional del Sr. Benedicto Héctor consistentes en la constitución de una sociedad patrimonial en España —en el año 1995, coincidentes con los hechos que dieron lugar a la condena de Teófilo Urbano—, para canalizar los ingresos de cantidades de dinero, siendo importantes, por su marcada significación incriminatoria las siguientes:

En primer lugar, la ampliación de la sociedad patrimonial española (en abril 1998, fecha próxima a la sentencia condenatoria del tribunal de Estocolmo) que determinó que Amanda Inocencia fuera titular del 88% del capital social, y a continuación, la cesión de las participaciones sociales de Amanda Inocencia a la sociedad opaca de Delaware (Zerona Corporation) proporcionada por Benedicto Héctor, autoriza-

do en la cuenta corriente de la sociedad opaca —escritura de cesión formalizada en junio de 1998, muy próxima a la sentencia de condena de Teofilo Urbano en el mes de octubre del mismo año—. Dos operaciones, que según el Ministerio Fiscal, inequívocamente, de modo progresivo ocultan la vinculación real del capital social con su origen ilícito (Teofilo Urbano condenado por delito fiscal).

El motivo se desestima.

1) Con carácter previo debemos recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la revocación de las sentencias penales absolutorias en el caso de nueva valoración de pruebas.

En este sentido la STS 236/2012 de 22.3, hemos traído a colación la STC 135/2011 de 12.9 que recordando la doctrina de dicho tribunal iniciada en la S. 167/2002, de 18-9; y reiterada en numerosas posteriores sentencias (las últimas 21/2009, de 26.1; 108/2009, de 11.5; 118/2009 de 18.5; 214/2009, de 30.11; 30/2010, de 17.5) y sirviéndose en su exposición de la STC 1/2010 de 11-1, precisa: «nuestra doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pronunciamiento absolutorio, que se inicia en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FF.JJ. 9 a 11), y ha sido reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre las más recientes SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2; 24/2009, de 26 de enero, FJ 2; y 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3), señala que “el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción”. En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Habiéndose enfatizado que

el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 170/2005, de 20 de junio, FJ 2, 164/2007, de 2 julio, FJ 2, y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 5). De acuerdo con esa misma jurisprudencia la constatación por las indicadas razones de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) determina también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2; 360/2006, de 18 de diciembre, FF.JJ. 3 y 4)». En este sentido, la reciente STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, nos recuerda que «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59)». Respecto de esta misma cuestión, en las SSTC 120/2009, de 18 de mayo (FFJJ 3 y 6), y 2/2010, de 11 de enero, (FJ 3), a

la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, hemos dicho que «cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso Jan —Å ke Andersson c. Suecia, § 28; 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32—). En este sentido el Tribunal ha declarado también en su Sentencia de 27 de junio de 2000 —caso Constantinescu c. Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59— que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de julio de 2000 —caso Tierce y otros c. San Marino, §§ 94, 95 y 96—, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación. Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 16 de

diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31) de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales. En consecuencia serán las resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso sometido a revisión constitucional y los hechos sobre los que se proyectó el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios los que condicionarán la perspectiva con la que haya de abordarse el enjuiciamiento constitucional y el resultado mismo de tal enjuiciamiento, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas» (STC 196/2007, de 11 de septiembre). En efecto, tempranamente pusimos ya de manifiesto en la STC 170/2002, de 30 de septiembre (RTC 2002\170) (F. 15) la doctrina sentada por la STC 167/2002, de 18 de septiembre (RTC 2002\167) no es aplicable cuando, a partir los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el tribunal pueda decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH 29 de octubre de 1991 (TEDH 1991\46), caso Jan-Ake Andersson c. Suecia, aprecia que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación en la apelación en los supuestos en que «no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos», por lo que no hay violación del art. 6.1 del Convenio (RCL 1999\1190) (en el mismo sentido, SSTEDH de 29 de octubre de 1991 [TEDH 1991/45], caso Fejde c. Suecia; de 5 de diciembre de 2002 [2002\72], caso Hoppe c. Alemania; y de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González e. España, § 36).

En segundo lugar, no en todo control sobre la actividad probatoria desarrollada en la primera instancia se proyecta la garantía de inmedia-

ción. Decidir si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida, si ha sido legalmente practicada, si ha racionalmente valorada y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia, constituyen posibles pronunciamientos derivados del recurso de apelación ajenos al canon de inmediación a que nos venimos refiriendo. Más aún, el referido test no se proyecta sobre la valoración de cualesquiera medios de prueba sino sólo sobre las que venimos denominando pruebas de carácter personal.

En efecto, no será de aplicación cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de prueba documental, tal como, en este sentido, pone de manifiesto la STC 40/2004, de 22 de marzo (RTC 2004\40) (F. 5) cuando afirma que «existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal (en el mismo sentido, SSTC 198/2002, de 26 de octubre [2002\198], F. 5; 230/2002, de 9 de diciembre [2002\230], F. 8; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, 3; 80/2003, de 10 de marzo [2003\80 AUTO], F. 1) como consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el juez a quo cuando procedió a su valoración.

En relación con la prueba pericial atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC 143/2005, de 6 de junio [RTC 2005\143], F. 6), esto es, cuando el tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que lo documenta (STC. 75/2006 de 13.3). No así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio, con el fin de explicar, aclarar y ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba (SSTC. 10/2004, de 9.2; 360/2006 de 18.12; y 21/2009 de 26.1).

Por lo que se refiere a la valoración de pruebas indiciarias, hemos declarado que cuando el órgano de apelación se limita a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que resultan acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación. Si bien, también hemos reiterado que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando, sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano a quo» sin celebrar nueva vista, ni haber procedido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas (SSTC 127/2010, de 29.11, 36/2008 de 25.2, 24/2009 de 26.1).

En las SSTC 15/2007 y 54/2009 de 23.2, se precisa que «es preciso enfatizar que, incluso cuando la credibilidad del testimonio se pondera por el órgano judicial ad quem a partir de la concurrencia de elementos objetivos, será necesaria la garantía de inmediación si con ello se revisa la valoración de tal prueba efectuada en primera instancia. Ello es así porque de la consideración crítica sobre los argumentos utilizados por el órgano a quo para concluir que el testimonio no ofrecía el grado de credibilidad necesario para fundar la condena, no se infiere directamente la veracidad del mismo, sino que para ello es preciso efectuar una valoración específicamente dirigida a afirmar o negar dicha credibilidad, y esta segunda fase del enjuiciamiento habrá de verse necesariamente apoyada sobre elementos de juicio necesitados de la inmediación... Expresado en otros términos, que las razones por las que un Juez considera que la declaración de un testigo no ostenta credibilidad sean ilógicas o irrazonables no implica que tal declaración sea veraz, de igual modo que considerar como irrazonables o ilógicas las razones que avalan un veredicto de inocencia no puede dar lugar a una atribución de culpabilidad. En suma, para la valoración de la credibilidad de un testimonio será precisa siempre la concurrencia de la inmediación, so pena de vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el art. 24.2 CE, como de hecho acontece en el presente caso».

Además esta doctrina ha sido matizada en otras sentencias como las 142/2011 de 26.9 y 126/2012 de 18.6, en el sentido de que la naturaleza de otras pruebas, singularmente la documental, permite su valoración en fase de recurso, sin que sea precisa la reproducción del debate oral, por lo que la condena por el Tribunal Superior basada en tal medio de prueba, sin celebración de vista pública, no infringiría aquel derecho (por todas, SSTC 40/2004, de 22.3; 214/2009, de 30.11; 46/2011 de 11-4) pero dicha sentencia 145/2011 contiene una importante advertencia sobre la necesidad de que por el órgano de apelación debió efectuarse la audiencia de los acusados como exigencia del derecho de defensa (art. 24.2 CE). Así concluyó: «... por la Audiencia Provincial para alcanzar la convicción condenatoria puede calificarse como estrictamente documental. Ahora bien, en la STC 184/2009, de 7 de septiembre, se enfatizó la trascendencia que, desde la perspectiva del derecho de defensa pueden alcanzar aquellas declaraciones. En el mismo sentido, en la reciente STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 2, se afirma que cuando en el juicio de apelación el debate no sea estrictamente jurídico, esto es, cuando en el mismo se ventilen cuestiones de hecho que afecten a la declaración de inocencia o culpabilidad, la posibilidad de comparecencia del acusado en el mismo es una expresión del derecho de defensa, de manera que ha de darse a éste la oportunidad de que pueda exponer, ante el Tribunal encargado de revisar la decisión impugnada, su personal versión acerca de su participación en los hechos que se le imputan, lo que ha de concretarse en su citación para ser oído. [Pues bien, en el supuesto que aquí se examina, si bien los recurrentes no invocan en su escrito de demanda formalmente el derecho de defensa (art. 24.2 CE), sí hacen explícita mención a la circunstancia de que no fueron oídos por el órgano de apelación que, en el juicio de inferencia que realizó, concluyó que aquéllos participaron en una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos. No tratándose, por tanto, de una cuestión de estricta calificación jurídica en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto —al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se

reputaron simulados— la Audiencia Provincial debió citar al juicio de apelación a quienes, habiendo negado su culpabilidad —dado que refutaron la finalidad simulatoria en la instancia— resultaron a la postre condenados para que, de estimarlo oportuno, ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos. Es decir, el órgano de apelación debió conceder la oportunidad a los acusados de ser oídos a fin de que, apreciando de forma directa sus explicaciones, pudiera formar adecuadamente su convicción]. Constatada así la infracción del derecho de defensa (art. 24.2 CE) en su concreción relativa a la posibilidad de ser oído cuando se debaten cuestiones de hecho y de Derecho por el Tribunal que dictó el pronunciamiento condenatorio, ha de otorgarse el amparo solicitado sin que sea necesario, en consecuencia, continuar con el análisis del resto de los motivos alegados por los demandantes».

Por último conviene destacar la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22-11-2011, caso Caadena Calero contra España que reitera la doctrina de dicho tribunal, en relación con el alcance de celebrar una vista y examinar con intermediación determinadas pruebas en aquellos casos en los que se procede a condenar al acusado en segunda instancia o en casación, tras una sentencia absolutoria.

En este caso el TEDH se pronuncia específicamente sobre el alcance de dicha obligación en casación, realizado las siguientes consideraciones:

«46 (...) el tribunal Supremo, para llegar a nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de este último, en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una voluntad fraudulenta (dolo eventual) en relación con las personas afectadas. Ahora bien, el TS concluyó sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos.

En opinión del tribunal, el TS se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pro-

nunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. A este respecto, es obligado constatar que, cuando la inferencia de este tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual) no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado en relación a los hechos que se le imputan». A partir de este razonamiento, la sentencia concluye que ha existido una violación del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

«49. Como consecuencia, el tribunal considera que las cuestiones que debía examinar el tribunal Supremo, requerían la valoración directa del testimonio del acusado o incluso del de otros testigos (ver *Botten c. Noruega* 19.2.96; *Ekabatani c. Suecia* precitada y los asuntos españoles arriba mencionados).

50. En definitiva, el tribunal recuerda que se celebró una vista oral ante el Tribunal Supremo, durante la cual aunque el representante del acusado tuvo ocasión de exponer sus alegaciones, entre ellas, las relativas a la valoración jurídica de los hechos del caso, el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho que, sin embargo, era determinante para la valoración de su culpabilidad».

Doctrina que sería aplicable al presente supuesto.

2) En efecto el conocimiento del origen de los bienes blanqueados es un elemento del tipo, que siendo de carácter subjetivo, debe acreditarse de modo inferencial. La jurisprudencia ha exigido que conste en la sentencia de modo expreso el razonamiento efectuado por el Tribunal que finaliza en la afirmación de la existencia de ese elemento subjetivo (STS 216/2006 de 2.3). Conocimiento que ha de ser anterior o simultáneo a la realización de los actos de blanqueo, mientras que el dolo subsiguiente sólo daría lugar a responsabilidad administrativa. Este conocimiento se caracteriza, como un elemento subjetivo del injusto (STD. 1118/2009 de 25.10) que normalmente pueden fijarse mediante un proceso de inducción, que no implican

presunción, sino su acreditación con arreglo a las reglas de la lógica a partir de unos hechos acreditados, llamados doctrinalmente juicios de inferencia, que resultan de los hechos externos y son susceptibles de impugnación cuando su conclusión no resulte lógica o sea contraria a las normas de la ciencia o de la experiencia (STS 1372/2009 de 28.12).

Ahora bien la sentencia hoy recurrida niega que el Sr. Benedicto Héctor tuviera conocimiento de los hechos que motivaron la condena del Sr. Teofilo Urbano y así afirma: «*En 1995 el acusado y su esposa, la también acusada Amanda Inocencia, acudieron al despacho de Benedicto Héctor, quien no consta tuviese conocimiento de los hechos que motivarían la condena de aquél, con la finalidad de transformar la sociedad suiza en otra española*» (Pág. 36 sentencia).

Y en relación a los ingresos en las cuentas bancarias de los clientes destaca: «*Obligado es afirmar que ninguna responsabilidad cabe en cuanto a este particular atribuir a DVA pues es obvio que, una vez el dinero en una cuenta de la que solo disponía el matrimonio, nunca podría haber dado lugar a sospechar siquiera que su origen fuese legal*» (Pág. 263).

Siendo así la pretensión del Ministerio Fiscal no puede prosperar, pues la simple coincidencia temporal entre la ampliación de capital de la entidad española Rebeca Estates SL, y la cesión de participaciones a favor de Zarona Corporation, que tuvieron lugar en el año 1998 antes de la sentencia condenatoria de Teofilo Urbano por delito fiscal, sin que existiese ocultación alguna de escrituras públicas y acceso al Registro Mercantil, y el hecho de que el Sr. Benedicto Héctor participara y prestara asesoramiento legal en las operaciones, en concreto en la tenencia de inmuebles a través de una sociedad de responsabilidad limitada española que estuviera participada una sociedad extranjera, practica sobre la que la sentencia (Pág. 413 se pronuncia en los siguientes términos:» *Hay que recordar que, como ya se dijo, es un hecho admitido que el mero uso de estas sociedades instrumentales no ha sido objeto de reproche y que de manera contraria, en todos los casos en que no se halló antecedente alguno, en el sentido aquí empleado por los investigadores, se procedió a liberar*

*los fondos invertidos sin que, por lo demás, se conozca que haya habido actuación alguna de la AEAT.*», no es suficiente para poder inferir el conocimiento de que el dinero invertido procedía de un delito grave, pues el asesoramiento se llevó a cabo de forma semejante a otros supuestos, como la propia sentencia reconoce, a través de la estructura Delaware, y la constitución de la sociedad española Rebeca Estates tuvo lugar el 21.12.1995, aportándose inmuebles a la entidad Aqua Terra, que el matrimonio Teofilo Urbano Amanda Inocencia habían adquirido antes de los hechos que determinaron la condena por delito fiscal, y los ingresos en la cuenta bancaria de aquella sociedad de julio-agosto 2006 utilizados para la compra de inmuebles, anteriores a la condena por dicho delito, por lo que la conclusión de la Sala de instancia no puede entenderse incurra en arbitrariedad e irrazonabilidad o parta de premisas inexistentes o patentemente erróneas, con un desarrollo argumental que incurra en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no puedan considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas.

**Cuadragésimo segundo.**—El motivo segundo al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida del art. 301.1 párrafo 1.º, y 2 y 74 (delito continuado de blanqueo de capitales) del Código Penal, según redacción dada por LO 10/95 de 23.11, vigente en la fecha de los hechos, en relación a Benedicto Héctor, absuelto por los hechos del apartado undécimo (caso Rouvinen) de los hechos probados de la sentencia.

La sentencia le absuelve porque no concurre el elemento subjetivo del injusto, esto es, que Benedicto Héctor, conociera el ilícito origen de los bienes de Calixto Ramon, introducidos en el tráfico con las operaciones que describen los hechos, y el Ministerio Fiscal estima que tal inferencia es incorrecta.

El Ministerio Fiscal parte de los hechos probados en relación con Benedicto Héctor y el caso Rouvinen.

En el apartado undécimo (Caso Rouvinen) se declara probado que Calixto Ramon «fue condenado por el Juzgado de 1ª Instancia de Savonlinna, Finlandia, el 17 de mayo de 2005 confirmada en su mayor parte por el Tribunal

de Apelación de Finlandia del Este el 30-11-06 y posteriormente por el Tribunal Supremo de aquel país en 2007, Los delitos imputados finalmente fueron un delito contable —por hechos sucedidos entre 13-1, 2-91 y 15-4-95— y fraude fiscal grave —por hechos cometidos entre 13-2-91 y 31-10-93— y la pena impuesta de 2 años de prisión.

A continuación, se afirma que era titular de una sociedad gibraltareña (Kalex Interprises LDT) entidad que era propietaria de dos apartamentos y un aparcamiento (adquiridos en el 89y 90, antes de los hechos de condena). Y que contrató los servicios de Benedicto Héctor para transformar la sociedad gibraltareña en una española y el día 26 de diciembre de 1996 se adoptaron los siguientes acuerdos sociales: el traslado de domicilio a España, redenominación de la sociedad que pasaría a llamarse — Kalex Interprises SL—. Con aportación de los inmuebles anteriores y el nombramientos de administradores a Benedicto Héctor y Beatriz Daniela.

Los acuerdos fueron inscritos en el Registro el 23 de junio de 98, y tres semanas después, por escritura de 23 de junio de 98, KALLEX INTERPRISES SL transmitió las participaciones a dos sociedades de Delaware (GRISWALDIS CORPORATION y UGMARIA CORPORATION), proporcionadas por Benedicto Héctor. La empleada del despacho Beatriz Daniela, intervino en representación de KALLEX y Benedicto Héctor, en representación de las sociedades opacas GIUSWALDIS COR. Y UGMARIA COR. (beneficiario un hijo de ROVINEN). Seguidamente dicen los hechos expresamente que «Se desconoce la finalidad de esta cesión de participaciones en tanto quien figuraba como propietaria de los inmueble era Kalex hasta el punto de que Calixto Ramon aparecía como inquilino de los apartamentos de Puerto Banús abonando, mensualmente una renta de 900 euros al mes con las que nutría las cuentas de Kalex, cuyo único objeto era la detentación de dichas fincas». Inmediatamente añaden los hechos que una de las cuentas de Kalex»registró entradas de divisas desde Reino Unido por importe de 6.000.000 ptas. en 1997. Además se ingresaba en ella la venta que pagaba Calixto Ramón».

A continuación en el *factum* se recoge «No consta que Benedicto Héctor ni Beatriz Daniela conocieran las supuestas actividades delictivas de Calixto Ramon ni tuviesen posibilidad de saber que el dinero empleado en las descritas operaciones podía proceder de ellas».

El motivo cuestiona el fundamento decimonoveno de la sentencia que justifica la exclusión del elemento subjetivo del supuesto porque la transmisión de las participaciones a las sociedades opacas no tenía como fin ocultar la titularidad porque no se inscribió en el registro; no puede descartarse la tesis de Calixto Ramon (que tuviera la intención de facilitar el traspaso de las propiedades al heredero, su hijo). En la Pág. 387, describe los documentos hallados en el despacho de Benedicto Héctor (fax entregado por la Policía a Calixto Ramón, copia de la comparecencia de éste y carta de agradecimiento de Calixto Ramón Benedicto Héctor —folio 254 y ss. del archivador 86-1), y admite que Benedicto Héctor asesoró a Calixto Ramón cuando fue citado para declarar por la policía de Finlandia, pero a continuación expresa que no es suficiente para que Benedicto Héctor conociera la actividad delictiva de su cliente.

Por el contrario el Ministerio Fiscal estima que la inferencia no es correcta al tener los actos formalizados a través del despacho del Sr. Benedicto Héctor una marcada significación inculpativa. Así Benedicto Héctor proporciona dos sociedades opacas mediante las que se oculta la titularidad real de los partícipes; se produce una cesión de participaciones a las sociedades opacas, se formaliza un anómalo contrato de «auto-arrendamiento» por el que Calixto Ramón abona una renta mensual que se ingresa en una cuenta de la sociedad Kallex, en la misma que se produce un ingreso de 6.000.000 ptas., cuando esta sociedad patrimonial no desarrolla actividad productiva alguna, a lo que se debe añadir que Benedicto Héctor asesoró a su cliente cuando fue citado y compareció a declarar ante la policía y que, coetáneamente, estaba proporcionando sociedades opacas similares a otro cliente Alberto Dionisio), la lógica y común experiencia impone inferir que Benedicto Héctor conocía o, al menos se representaba con alta probabilidad la procedencia ilícita de los fondos.

El motivo se desestima.

Dando por reproducida la argumentación expuesta en el motivo precedente, la conclusión de la Sala de instancia en orden a la no concurrencia del elemento subjetivo del delito de blanqueo, en el sentido de que «no consta que Benedicto Héctor ni Beatriz Daniela conociesen las actividades delictivas de Calixto Ramón ni tuviesen posibilidad de saber que el dinero empleado en las descritas operaciones (...) podía proceder de ellas», debe ser mantenida en esta sede casacional.

En efecto la revisión en sede casacional de los juicios de inferencia a que se haya llegado el tribunal de instancia puede efectuarse desde el respeto al *factum*, en tres casos:

- a) Siempre que el recurrente en casación ofrezca datos y elementos suficientes para destruir la conclusión alcanzada en la instancia, y sustituirla por la que se postula.
- b) Cuando el juicio de inferencia sea contrario a las reglas de la lógica, máximas de experiencia o principios científicos y
- c) Cuando no dependan de la inmediación que sí tuvo el Tribunal sentenciador, pero de la que carece esta Sala de casación, y aún en este caso siempre que no exista una motivación razonable, ya que la inmediación no puede convertirse en una coartada para no motivar.

En el caso presente no se detecta una conexión entre la conducta de asesoramiento del recurrente y el ingreso en la cuenta de la sociedad de esas 6.000.000 ptas. que se dicen blanqueados y en cuya transferencia el Sr. Benedicto Héctor no tuvo ninguna intervención, por lo que no puede presumirse que conociera su procedencia ilícita.

Respecto a los documentos encontrados en el despacho del Sr. Benedicto Héctor solo ponen de manifiesto que éste supo que su cliente, Calixto Ramón, había sido citado a declarar ante la Policía de Marbella pero omite el Ministerio Fiscal que tales documentos son del año 2002 y como destaca la sentencia recurrida (pág. 385), no ponen de manifiesto en qué concepto fue citado a declarar el Sr. Millán Gregorio, pareciendo más lógico que fuera como testigo al no com-

parecer asistido de abogado y además el testigo agente del CNP n.º (...) señaló, y así lo afirma la sentencia (Pág. 385) que cuando declaró el Sr. Millán Gregorio manifestó que el Sr. Benedicto Héctor no sabía nada de su delito. Y en todo caso, el conocimiento que el Sr. Benedicto Héctor pudiera haber adquirido en el año 2002 de que el Sr. Millán Gregorio había sido citado para declarar ante la Policía en Marbella, no revelaría el conocimiento de los problemas penales de éste, dado que la conducta de blanqueo en que el Ministerio Fiscal pretende basar la condena que interesa sucedió en el año 1997.

Por último el hecho de firmarse un contrato de arrendamiento entre la sociedad titular del inmueble y el Sr. Millán Gregorio y que este realizara ingresos mediante transferencias desde sus cuentas personales, para el abono de los gastos del inmueble, carece de relevancia, dado que la propia sentencia reconoce que «es una circunstancia acreditada que nadie de CVA estaba autorizado en cuentas personales de Calixto Ramón» (pág. 390).

**Cuadragésimo tercero.**—El motivo tercero al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida del art. 392 en relación con los arts. 390.1.1 y 3 y 74 (delito continuado de falsedad en documento oficial) del CP en relación a Benedicto Héctor.

Se estima que la inferencia de la Sala que le absuelve por no resultar acreditado el elemento subjetivo del injusto, no es correcta.

En síntesis, la sentencia atribuye a Benedicto Héctor asesor fiscal de ciertas sociedades, la inclusión de datos no veraces, consistentes en los números de CIF o NIF, de las sociedades o de las personas físicas, partícipes de las sociedades obligadas, en las declaraciones de impuestos, que efectuaban mediante programa informático, sistema que transmitía los datos inveraces a la base de datos de la Agencia Tributaria, lo que determinaba la ocultación de la verdadera identidad de los partícipes de las distintas sociedades a la Administración Tributaria.

A continuación, los hechos relacionan los casos de 10 sociedades en que consignaron el número de NIF de Benedicto Héctor o de Beatriz Daniela en lugar del correspondiente a los parti-

culares, partícipes de las sociedades obligadas, y los de 131 sociedades en que consignaron el CIF de Florentina Corporation en lugar del correspondiente a la auténtica sociedad partícipe.

Al final del apartado de hechos probados, la sentencia afirma «no consta que esta conducta hubiese tenido por finalidad introducir de propósito datos falsos en las bases de datos de la AET. Tampoco que de ellas se pudiera derivar o se hubiese derivado ventaja alguna respecto a Benedicto Héctor, Adela Zaida y/o DVA ni que por tal razón se hubiese seguido actividad inspectora alguna respecto a dichos acusados y/o DVA.

No se ha acreditado que alguna de las personas físicas o jurídicas cuyos documentos de identidad no tuviesen acceso a las bases de datos de la AEAT tuviesen relación con actividades ilícitas susceptibles de generar ganancias».

Se estima que la inferencia de la Audiencia no es acertada. El elemento subjetivo del injusto, el denominado dolo de autor, se agota con la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. En el delito de falsedad en documento, el dolo de autor consiste en conocer que se realiza una alteración esencial de la verdad en un documento.

El Ministerio Fiscal pretende que la base de datos de la Agencia Tributaria tiene el carácter de documento oficial, recuerda los elementos objetivos del delito de falsedad y afirma su concurrencia en el caso presente:

En primer lugar «la mutatio veritates» o alteración de uno de los elementos que integran la materialidad del documento, en este caso el NIF, en el caso de las personas físicas y el CIF en el de las personas jurídicas, que son el dato a través del que la administración financiera identifica al contribuyente y ejerce las facultades de control, por lo que si en la declaración de impuestos de sociedades se incluye el dato de identificación no verdadero de los partícipes societarios se está impidiendo su identificación.

La alteración a la verdad se ha producido de manera idónea para engañar. Los datos de identificación falsos, introducidos a través de la declaración de impuestos, realizada on line, acceden automáticamente, a la base de datos de la

Agencia Tributaria, programa, específicamente diseñado para ejercer el deber de control, mediante el cruce de datos.

El documento ingresa en el tráfico jurídico y produce los efectos perturbadores propios, en la medida que impide la correcta identificación de los partícipes de las sociedades obligadas.

Además se señala que el *factum* describe un supuesto de autoría mediata. El acusado Benedicto Héctor, Abogado, titular y responsable del despacho dedicado a asesoría fiscal de sociedades, tiene el dominio funcional del hecho. Así en los hechos probados se dice que: «*una vez se producía la impresión del documento, se corregía el dato en el papel tachando el NIF y/o CIF que no correspondía al socio y, firmada la declaración por el administrador, era presentada a la AEAT*».

Y por último destaca el recurso que el Sr. Benedicto Héctor tenía dolo de autor, al tratarse de un profesional en materia de tributación de sociedades que, conociendo la realidad y trascendencia de la alteración de datos y el funcionamiento del sistema de declaración del impuesto «on line», materializa consciente y voluntariamente las alteraciones, de modo reiterado y sistemático, en las declaraciones impositivas de múltiples sociedades.

1. Ciertamente la extensión de la categoría de documento a los digitales no ofrece duda a partir de la LECivil 2000. El art. 135.5 establece que cuando los tribunales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos se pueden utilizar siempre que quede garantizada la autenticidad. El art. 230 LOPJ, ratifica esta tendencia al establecer que «los documentos emitidos por los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, cualquiera que sea su soporte, gozaran de la validez y eficacia de un documento original, cualquiera que sea su soporte». Añade que gozarán de validez y eficacia de un documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

El soporte papel ha sido superado por las nuevas tecnologías de la documentación e información. Cualquier sistema que permita incorporar ideas,

declaraciones, informes o datos susceptibles de ser reproducidos en su momento, suple con ventajas al tradicional documento escrito, siempre que existan instrumentos técnicos que permitan acreditar la fiabilidad y seguridad de los impresos en el soporte magnético. Se trata de una realidad social que el derecho no puede desconocer. El documento electrónico imprime en las «neuronas tecnológicas», de forma indeleble, aquello que se ha querido transmitir por el que maneja los hilos que transmiten las ideas, pensamientos o realidades de los que se quiere que quede constancia. Su autenticidad es tan firme que supera la realidad que puede visualizarse en un documento escrito. El documento electrónico adquiere, según sus formas de materializarse, la posibilidad de adquirir las categorías tradicionales de documentos privados, oficiales o públicos, según los elementos técnicos que se incorporen para su uso y materialización. La Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información consagra la validez del contacto electrónico lo que dota a los resortes informáticos de la misma validez que los soportes tradicionales (STS 1066/2009 de 4.11).

2. Efectuada esta precisión previa, el motivo deviene improsperable.

El Ministerio Fiscal no respeta en su totalidad el relato fáctico por cuanto las declaraciones tributarias no se hacen on line ni se transmiten los datos de forma directa y automática a Hacienda, lo que la sentencia con relación a estos delitos, por lo que el recurrente ha sido absuelto, declara probado en el HECHO PROBADO DÉCIMO OCTAVO (páginas 90-94), es lo siguiente:

«Entre las labores que realizaban en el despacho de Benedicto Héctor, estaba la de confeccionar las declaraciones del impuesto de sociedades y presentarlas en la AEAT, lo que correspondía concretamente a la acusada Adela Zaida.

Adela Zaida utilizaba a tal fin el programa de ayuda suministrado por la AEAT, programa informático al que se incorporaban los datos por medio de su escritura en “campos” determinados y que, al imprimir la declaración, generaba, además del documento en papel que sería firmado y presentado, un código susceptible de ser leído por medios informáticos en el que se contenían los datos originariamente introducidos.

Se ha acreditado que, por razón no exactamente determinada, en los apartados correspondientes al NIF de personas físicas partícipes de algunas sociedades se utilizaron los correspondientes a Benedicto Héctor y a Beatriz Daniela conociendo ambos tal circunstancia.

Además, en otros casos en que los partícipes eran sociedades Delaware, se usó el CIF de Fiorentina Corporation, lo que también era sabido por Benedicto Héctor.

En ambos supuestos, una vez se producía la impresión del documento, se corregía el dato en el papel tachando el NIF y/o CIF que no correspondía al socio y, firmada la declaración por el administrador, era presentada a la AEAT, que no comprobaba el documento impreso, sino que se limitaba a la captura de los datos por medio de la lectura por medios electrónicos del código que aparecía en su cabecera.

De ese modo los datos no correctos pasaron a las bases de datos de la AEAT».

Consecuentemente lo que se presentaba materialmente a Hacienda eran los impresos en papel y en estos ya se habían corregido los datos incorrectos previamente escritos. De ahí que la sentencia declare en el mismo hecho probado 18 in fine, lo siguiente: *«No consta que esta conducta hubiese tenido por finalidad introducir de propósito datos falsos en las bases de datos de la AEAT. Tampoco que de ellas se pudiera derivar o se hubiese derivado ventaja alguna respecto a Benedicto Héctor, Adela Zaida y/o DVA ni que por tal razón se hubiese seguido actividad inspectora alguna respecto a dichos acusados y/o a DVA.*

*No se ha acreditado que alguna de las personas físicas o jurídicas cuyos documentos de identidad no tuvieron acceso a las bases de datos de la AEAT tuviesen relación con actividades ilícitas susceptibles de generar ganancias».*

Pronunciamiento correcto tal como la Sala destaca en el fundamento jurídico 26 (pág. 466) pues si desde el punto de vista jurídico es discutible que hubiese de prevalecer el documento generado electrónicamente sobre el que era firmado, postura no avalada sino por la propia opinión de la AEAT, desde el punto de vista fáctico la tesis de la acusación tropieza con

la imposibilidad de establecer cual podría ser la ventaja derivada de este modo de proceder, antes bien, el hecho de que Benedicto Héctor y Beatriz Daniela aparecieran como partícipes de sociedades de las que no eran socios representa lo contrario, así como la de no poder afirmar que fuese la ocultación la finalidad perseguida.

Y no podemos olvidar que mediante el delito de falsedad —hemos dicho en SSTS 655/2010 de 13.7 y 73/2010 de 10.2— se protegen las funciones atribuidas a los documentos en el tráfico jurídico, incluyendo, por lo tanto, las relativas a la confianza en la efectividad de aquellas. La jurisprudencia y la doctrina han citado como funciones del documento la función de perpetuación (fija la manifestación de voluntad de alguien), la función probatoria (permite probarla) y la función de garantía (permite identificar al autor de la declaración de voluntad), (STS núm. 1297/2002, de 11 de julio; STS 40/2003, de 17 de enero; STS n.º 1403/2003, de 29 de octubre). El Código Penal se refiere a estas funciones de una forma muy amplia en el artículo 26, al mencionar la eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. Tales funciones pueden verse afectadas cuando se simula la intervención de quien no la ha tenido en la confección o emisión del documento. En este sentido, la jurisprudencia ha exigido como elemento del delito de falsedad que «la “mutatio veritatis” recaiga sobre elementos capitales o esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas, con lo que se excluyen de la consideración del delito los mudamientos de la verdad inocuos o intrascendentes para la finalidad del documento».

En este sentido esta Sala ha mantenido (SSTS 252/2010 de 16.3, 651/2007 de 13.7), que el delito de falsedad documental lo que trata de evitar es que tengan acceso a la vida civil y mercantil elementos probatorios falaces que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas, todo ello en razón de la necesidad de proteger la fe y la seguridad del tráfico jurídico. Pero, también, ha precisado (SSTS de 26-9-02; 8-11-99) que es necesario que la *mutatio veritatis* recaiga sobre extremos esenciales del documento, en entidad suficiente

para incidir negativamente en el tráfico jurídico con virtualidad para modificar los efectos normales de las relaciones jurídicas, pues si la inveracidad afecta sólo a extremos inocuos o intranscendentes, la conducta será atípica, y, por tanto, no resultará sancionada. En definitiva, sólo cifrándolo en el tráfico jurídico es posible captar plenamente el sentido de este tipo de delitos falsarios, pues sólo en la medida en que un documento entra en ese tráfico o está destinado al mismo, su adulteración cobra relevancia penal. Por ello, esta Sala tiene declarado que no se comete el delito de falsificación documental «cuando, no obstante concurrir el elemento objetivo típico, se aprecie en la conducta del agente una finalidad que resulte ser inocua o de nula potencialidad lesiva».

Añadiendo la STS 509/2012 de 27.6, que la falsedad documental requiere la concurrencia de dos elementos: una imitación de la verdad y además, que la falsificación se efectúe de tal modo que sea capaz de engañar, porque una alteración de la verdad que lo sea de modo manifiesto y evidente, de forma tal que cualquiera que se acerca al objeto falsificado pueda percatarse de ello sin esfuerzo alguno, carece de aptitud para incidir en el tráfico jurídico al que ese objeto se refiere, de manera que cuando se trata de falsedad documental si la alteración la puede conocer la persona a la que va dirigida por tratarse de algo burdo y ostensible, no existirá el delito (STS 2-11-2011). Es decir que no sean necesarios ningún otro tipo de examen, reconocimiento o verificación porque la falsedad aparece por sí misma de manera evidente.

Las SSTS 687/2006, de 7.6; 1224/2006, de 7.12 y 398/2009 de 11.4 insisten en que es cierto que una alteración de un documento formalmente típico puede no resultar antijurídica si es claramente perceptible por su carácter burdo, en cuanto no supone ningún riesgo ni daño efectivo para el bien jurídico protegido. Para ello es preciso que se trate de una falsificación fácilmente perceptible por cualquiera.

En nuestro caso, tal como señala la sentencia de instancia, fundamento jurídico trigésimo cuarto, nos encontramos ante una situación similar únicamente modificada por la circuns-

tancia de que la especial funcionalidad del documento derivada del programa informático con el que era confeccionado impidió a los funcionarios de la AEAT detectar la manipulación, impedimento no causado ni relacionado siquiera con la conducta del autor de la mendacidad, sino por el carácter práctico del uso de dispositivos electrónicos para incorporar los datos a la base de que dispone la AEAT y la renuncia, por la misma razón, a la comparación entre lo declarado en el papel y el contenido del archivo generado por el referido programa informático.

3. A mayor abundamiento el Sr. Benedicto Héctor no tuvo intervención directa en estos hechos, pues tal como la propia sentencia admite era la empleada del despacho Adela Zaida la que «redactaba el modelo 201 y fue quien materialmente hizo los cambios, borrando con tipex los números que aparecían en el papel (pág. 468), la tesis del Ministerio Fiscal propugnando aplicar la figura de la autoría mediata no puede aceptarse. Como se ha dicho el autor mediato tiene también el dominio del hecho, aunque a través del dominio de la voluntad de otro, llamado instrumento, que es el que realiza el tipo en forma inmediata. Esta autoría se dará en los siguientes supuestos: a) cuando el instrumento obra sin dolo, es decir con error de tipo; b) cuando obre coaccionado, debiendo apreciarse aquí la intensidad de la coacción para estimarse si hay autoría mediata o inducción; c) cuando el instrumento sea imputable, salvo que éste haya conservado el dominio del hecho, en cuyo caso se tratará más bien de un supuesto de inducción; d) cuando el instrumento obra con error de prohibición, en cuyo caso aquél, al no conocer la prohibición, no domina su voluntad sino tan sólo su acción, lo que es aprovechado por el autor mediato; y e) cuando el instrumento actúa dentro de un aparato de poder, pues aunque aquel será plenamente responsable como autor inmediato, lo cierto es que el que da la orden tiene la posibilidad de reemplazar en cualquier momento al ejecutor y por consiguiente, domina su voluntad.

En el caso del delito de falsedad no es necesario intervenir de modo directo en la confección del documento falso, sino que basta con hacer ela-

borar a otro el documento falso o aprovecharse de un documento falsificado por otro. Si además, esto estaba previamente pactado y respondía a un reparto de papeles en el conjunto de la actividad desplegada atrae también hacia sí la responsabilidad penal por el delito de falsedad (SSTS 2522/2001 de 24.1.2002, 1102\2005 de 5.10, 116\2008 de 21.2).

Pero en el supuesto concreto en ningún apartado del relato fáctico se establece que el Sr. Benedicto Héctor contribuyera al hecho con una conducta susceptible de calificarse como autoría individual, mediata o coautoría. Solo se recoge que la Sra. Adela Zaida utilizó en ocasiones el CIF correspondiente al Sr. Benedicto Héctor para rellenar los datos en el programa informático y que esto era conocido por el Sr. Benedicto Héctor, pero en todas las formas de participación rige el principio que la doctrina y la práctica judicial denomina de «accesoriedad media o limitada», conforme al cual se requiere que el hecho principia sea típicamente antijurídico —aunque su autor no sea culpable por falta de dolo o concurre en él, una causa de impunidad como el error de prohibición—, y en el caso presente en esta vía casacional el Ministerio Fiscal no ha formulado acusación respecto a la autoría material Sra. Adela Zaida.

Por último el dato destacado por el Ministerio Fiscal de ser el Sr. Benedicto Héctor quien como administrador firmaba la declaración antes de ser presentada, como, con acierto destaca la defensa del Sr. Benedicto Héctor en su escrito impugnando el motivo, no respeta los hechos probados el apartado de la sentencia que transcribe el Ministerio Fiscal no se refiere a nadie, tan solo señala lo siguiente: firmada la declaración por el administrador era presentada a la AEAT (pág. 91). La Sentencia no se refiere en ningún momento a Benedicto Héctor como pretende el Ministerio Fiscal. Aunque el

hecho en todo caso sería irrelevante, pues precisamente lo que se firmaba era el formulario impreso en papel con los datos correctos Así, dice la Sentencia: «En buena lógica si lo que se firma es el papel, es lo incorporado a éste lo que se asume» (pág. 470).

Además, para que puedan valorarse los hechos en su justa medida es preciso destacar que, en contra de la tesis sostenida por la acusación y como reconoce la Sentencia, no se trataba de introducir datos falsos en las bases de datos de la AEAT (pág. 94). En efecto, junto al CIF o NIF aparecía el nombre de los socios redactado de forma correcta, de forma que no se producía ninguna ocultación La AEAT es además concedora del dato en cuestión, porque el CIF se le solicita precisamente a través del formulario 036 al que se acompaña una copia de la escritura de constitución de la sociedad, en la que constan los partícipes. La AEAT, pese a poder advertir la discrepancia, nunca lo manifestó ni abrió ningún expediente al respecto. El dato, por tanto, carecía de toda relevancia.

En conclusión, ni existe intervención objetiva en estos hechos por parte del Sr. Benedicto Héctor pues se trataba de una labor que estaba encomendada en el despacho a la Sra. Adela Zaida, ni tampoco concurre, desde un punto de vista subjetivo, el denominado dolo falsario Como se ha expuesto, el Ministerio Fiscal no respeta los hechos probados. La sentencia de instancia ha llegado a la convicción correcta, se trata de una conducta intrascendente desde un punto de vista jurídico-penal.

**Cuadragésimo cuarto.**—Estimándose parcialmente los recursos interpuestos por Benedicto Héctor, Teofilo Urbano y Alberto Dionisio, se declaran de oficio las costas al igual que las causadas en el recurso del Ministerio Fiscal. Desestimándose el recurso de Rafaela Luisa, se le imponen las costas, art. 901 LECrim.

**Sentencia 984/2012, Sala Segunda del TS, de 10 de diciembre**

---

Ponente: **Dona José Manuel Maza Martín**

Resumen: **Agresión sexual continuada**

Recurso de Casación: **n.º 10607/2012**

Artículos: **74, 179 y 180 Código Penal**

**Agresión sexual continuada. Se analiza la jurisprudencia relativa a la apreciación de delito continuado en los delitos contra la libertad sexual y, pese a reconocer que es más fácil admitirlo en los abusos que en las agresiones sexuales, se admite, en el caso enjuiciado, una agresión sexual continuada.**

---

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

---

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Segundo.**—(...) No obstante, y al amparo de la indudable «voluntad impugnativa» que rige la actitud del recurrente al impugnar la condena de que ha sido objeto, a pesar de no plantearse en el Recurso esta cuestión de manera expresa, hemos de pasar a considerar la posibilidad de aplicación al presente supuesto de la continuidad delictiva contemplada en el artículo 74 del Código Penal, dadas las características, personales, temporales y de materialidad comisiva concurrentes en él.

En efecto, aunque dicho precepto es tenido en cuenta de forma muy excepcional cuando de agresiones a la libertad sexual de carácter violento se trata, no debe olvidarse la existencia de precedentes en este sentido dentro de la doctrina jurisprudencial.

De hecho, si bien la posibilidad del delito continuado en el caso de los delitos contra la libertad sexual no deja de ser una «excepción a la excepción», como se ha repetido en diversas ocasiones, ante la previsión a este respecto, contenida en el apartado 3 de dicho artículo 74, que permite dicha construcción de continuidad en los casos de «infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales», a pesar de la previa exclusión de tal instituto cuando se trate de ofensas a «bienes eminentemente personales» y de igual modo una serie de Resoluciones de esta Sala han excluido de la mentada posibilidad las agresiones sexuales, remitiéndola tan sólo a las conductas no intimidatorias ni violentas, es de-

cir, a los meros abusos, lo cierto es que, también nos encontramos con pronunciamientos que, de modo puntual, admiten la extensión de ese artículo 74 a las agresiones sexuales.

En concreto las SsTS de 17 de Julio y 18 de Diciembre de 1991, 22 de Octubre de 1992, 2 de Febrero de 1998, 23 de Diciembre de 1999, 23 de Febrero de 2002 o, la mucho más reciente, de 18 de Junio de 2012, de una u otra forma constituyen claro ejemplo de ello.

Si indagamos en todas esas Resoluciones, de ambos sentidos, el por qué de semejante discriminación entre las agresiones sexuales y los abusos de cara a la posible aplicación del delito continuado, cuando la literalidad del artículo 74, en su referencia genérica a las infracciones contra la libertad e indemnidad sexuales no establece diferencia de trato alguna entre ellas, llegamos a la conclusión de que semejante criterio no se apoya, en realidad, en una base ontológica propia de la esencia de cada forma de ataque al bien jurídico protegido, la libertad e indemnidad sexuales, igual en ambos supuestos, sino más bien a consecuencias de orden probatorio y de fijación de los hechos que se relacionan con la mayor facilidad de individualización de las agresiones, con su concreto y específico contenido intimidatorio o violento, frente a la más difusa para una secuencia de abusos sexuales a lo largo del tiempo, lo que lleva a esta Sala a concluir razonando lo impropio que resulta castigar individualmente una serie indeterminada de actos delictivos sucedidos a lo largo del tiempo

como dos, tres o más delitos insuficientemente concretados, obligando la lógica «pro reo», en estas ocasiones, a concluir en la existencia de un único delito continuado de abuso sexual.

En tanto que aquella mayor facilidad para la individualización de las agresiones permite identificar el número de ilícitos y proceder a su castigo como tales entidades delictivas independientes.

Pero, como se dice en la STS de 18 de Junio de 2007, referida a un caso de abusos pero utilizando argumentos perfectamente extrapolables al que aquí nos ocupa, tal solución puede conducir a situaciones de grave injusticia comparativa pues «... si la interpretación de las normas debe estar presidida por la racionalidad y recto criterio, que excluya la sinrazón y el absurdo, se incurriría en esos errores al agrupar en un único delito continuado los supuestos en los que durante casi dos años y medio se mantuvieran de forma muy reiterada relaciones sexuales ilegítimas y negarlo cuando se ha hecho esporádicamente en dos ocasiones, lo que significaría tanto como decirle en este caso al penado que se le condena por dos delitos, con mayor pena, porque han sido sólo dos las acciones delictivas y que para conseguir una condena por un único delito continuado tendría que haber repetido la conducta criminal muchas más veces con suficiente cercanía temporal entre ellas».

De modo que podemos afirmar que resulta erróneo entender que exista un criterio absoluto, no previsto además en la norma, que excluya en todas las ocasiones la posibilidad de construir una continuidad delictiva cuando de agresiones sexuales se trata, al igual que esa construcción no puede tampoco depender del grado de individualización o no de tales conductas de modo exclusivo, por las erróneas e injustas consecuencias que hemos visto que pueden producirse.

Por tanto, si el tipo de delito sexual de que se trate, agresión o abuso, no ha de ser determinante por sí sólo y de manera absoluta para la presencia o no del delito continuado, máxime cuando las penas respectivas de tales ilícitos ya marcan suficientemente, a la hora de aplicar la regla de determinación de la pena del artículo 74, la diferente gravedad de cada injusto, y tampoco lo será, con carácter determinante, la mayor o menor concreción de los hechos, se

hace preciso establecer cuáles serían requisitos válidos para la aplicación de dicha continuidad delictiva.

Y así, hay que recordar que la propia literalidad del precepto de referencia alude a la hipótesis de la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que «... infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza...» y que se lleven a cabo «... en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión...», lo que en el terreno de la delincuencia sexual se interpreta como «... una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes» (STS de 18 de Junio de 2007).

De modo que puede sostenerse que son tres los requisitos o exigencias imprescindibles para poder hablar de la existencia de un delito continuado, en los delitos contra la libertad sexual como los que aquí nos ocupan, a saber:

- a) uno de carácter personal, en concreto el que la víctima ha de ser siempre la misma persona, pues la «excepción a la excepción» que para esta clase de infracciones rige, expresamente requiere, a tenor del apartado 3, párrafo 1.º «in fine», del artículo 74 que la «ofensa» afecte «... al mismo sujeto pasivo», tras la reforma operada por la LO 1572003, vigente al tiempo de los hechos que aquí se enjuician.
- b) otro requisito circunstancial, que hace referencia no sólo al dolo y plan de ejecución unitarios y a la identidad entre los diferentes tipos penales infringidos sino también a la semejanza comisiva en cuanto a las circunstancias de lugar, ocasión, etc. que las caractericen.
- c) y un tercero de naturaleza temporal, de modo que no se produzcan importantes cesuras o soluciones de continuidad dilatadas entre los distintos hechos, o grupos de ellos, que habrán de integrar la continuidad delictiva.

Dicho todo lo cual, en el presente supuesto comprobamos cómo se cumplen tales requisitos, habida cuenta de que la víctima de los dos delitos es la misma persona, éstos se cometieron con

una diferencia temporal de un mes aproximadamente entre ambos (fecha no concretada de Noviembre de 2010 y otra de Diciembre de ese mismo año antes de Navidades) y sus circunstancias, lugar, ocasión, mecánica comisiva, etc. fueron de todo punto semejantes, como se desprende claramente del «factum» de la recurrida. Por lo que resulta de plena aplicación el artículo 74 del Código Penal, conformando los dos de-

litos cometidos por el recurrente un delito continuado y no dos infracciones independientes como entendió la Sala de instancia en su día.

Razones de las que se deriva la procedencia de dictar la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se acojan las consecuencias sancionadoras correspondientes a la conclusión expuesta en orden a la correcta calificación jurídica de los hechos enjuiciados.

### **Sentencia 1072/2012, Sala Segunda del TS, de 11 de diciembre**

---

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Cadena de custodia**

Recurso de Casación: **n.º 767/2012**

Artículos: **334 y 359 LECrim**

**Delito contra la salud pública: con motivo de la impugnación por la defensa de la cadena de custodia, se detiene la Sala sobre los requisitos y documentación que deben acompañarla y en las consecuencias derivadas de su inobservancia, con referencia expresa a las previsiones de *lege ferenda* que se han manejado para mejorar la limitada regulación procesal actual.**

### **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

---

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Cuarto.**—En un último motivo Víctor Manuel invocando el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE impugna la cadena de custodia de la sustancia estupefaciente: no se han incorporado documentos que acrediten el camino seguido por la droga desde su interceptación en Frankfurt. Además, habiéndose efectuado la apertura del paquete el 26 de marzo, el conocimiento por parte de la autoridad alemana de su contenido revela que se produjo una previa manipulación que no ha sido documentada. El paquete tuvo que ser abierto con anterioridad. Sólo de esa forma se podía conocer el contenido real de los botes, etiquetados como si se tratase de vinagre. No se cuestiona la licitud de esa manipulación —que no ofrece duda—, sino su documentación y por tanto la quiebra de la cadena de custodia, lo que supondría una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Niega la Sala de instancia en un detallado y minucioso análisis de toda la secuencia seguida

por los paquetes (segundo fundamento de derecho) que se haya producido ruptura de la cadena de custodia. Ningún complemento necesita esa reflexión.

Tampoco existe motivo alguno para dudar de la actuación de las autoridades alemanas, ni para presumir o sospechar que se produjese en aquél país una manipulación de los paquetes. No hay el más mínimo indicio de ello, ni se alcanzaría a adivinar, por mucho que sea el empeño imaginativo que se invierta en esa tarea, qué razones habría para ello.

La regularidad de la cadena de custodia (STS 506/2012, de 11 de junio) es ciertamente un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción ocupado. Se asegura de esa forma que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido contaminación. El decaído proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 contenía una sintética regulación de esa materia (arts. 357 a 360), hoy inexistente, al menos en esa visión integrada, en nuestra Legislación procesal, sin perjuicio de

algunas inequívocas referencias (vid. art. 334 LECrim, entre otros). Con el valor puramente doctrinal que cabe atribuir a ese texto, se establecía por vía de principio la obligación de cuantos se relacionan con las fuentes de prueba de garantizar su inalterabilidad, o dejar constancia de las eventuales modificaciones que hayan podido producirse como consecuencia de su depósito, recogida, inspección, análisis o depósito. Disposiciones de rango reglamentario estarían llamadas a regular un procedimiento de gestión de muestras, cuyos hitos básicos, que habrían de documentarse, se reflejaban legalmente: dejar constancia de las circunstancias del hallazgo, personas y lugares que hayan tenido a su cargo la muestra, tiempo y motivo de los sucesivos trasposos, así como detalle de las técnicas que hayan podido aplicarse y el estado inicial y final de las muestras (art. 359). Obviamente tales especificaciones operarían a nivel de la legislación procesal interna, sin poder ser impuestas a otros países que cuentan con su propia regulación.

Sin necesidad de tan específicas disposiciones a nivel legal es exigible también hoy asegurar y documentar la regularidad de la cadena para garantizar la autenticidad de la fuente de prueba. Cuando se comprueban deficiencias en la secuencia que despiertan dudas razonables,

habrá que prescindir de esa fuente de prueba, no porque el incumplimiento de alguno de esos medios legales de garantía convierta en nula la prueba, sino porque su autenticidad queda cuestionada. No se pueden confundir los dos planos. Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad. Habrá que sopesar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta de alguno de los pasos...) es capaz de despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. Ese es el alcance que se atribuía a la regularidad de la cadena de custodia en la normativa proyectada aludida: «El cumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia determinará la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral... El quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba» (art. 360). No es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad.

No existiendo aquí el más mínimo indicio que induzca a suponer que la sustancia ocupada no permaneció intacta y es justamente la enviada de Paraguay y detectada en Frankfurt, ha de desestimarse la queja del recurrente.

### Sentencia 1022/2012, Sala Segunda del TS, de 19 de diciembre

Ponente: **Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Resumen: **Autoría. Problema de la calificación jurídica del «cerebro» del crimen**

Recurso de Casación: **n.º 10615/2012**

Artículos: **16, 28, 147 y 242 Código Penal**

**Autoría. Aunque desde el punto de vista de la pena aplicable resulta indiferente, se plantea el problema de la correcta calificación jurídica del «cerebro» de un crimen: si como coautor, autor mediato o inductor.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Séptimo.**—(...)

5. Plantea el recurrente que no puede ser considerado autor, ya que su aportación no se

produjo en la fase ejecutiva, sino en la de preparación.

El Código Penal define a los autores como aquellos que realizan el hecho, pareciendo optar por la teoría objetivo formal, según la cual sería au-

tor el que ejecuta el verbo típico en cada caso. Sin embargo, no solo se refiere a quien lo realiza por sí solo, sino también a quien lo hace conjuntamente [con otro u otros] y al que lo hace por medio de otro del que se sirve como instrumento. Reconoce así, como modalidades de la autoría, la coautoría, (conjuntamente con otros), y la autoría mediata, (por medio de otro del que se sirve como instrumento). De esta forma, el Código está reconociendo que no solo es autor quien ejecuta el verbo típico, sino que también pueden serlo otros que intervienen en el hecho delictivo sin ejecutarlo. Pues el autor mediato no lo hace en ningún caso. Y la ausencia de ejecución personal del verbo típico no impide establecer la coautoría respecto de todos los que intervienen en determinadas condiciones en la ejecución del hecho.

Desde la perspectiva de la dominante teoría del dominio del hecho, es autor quien ostenta ese dominio, y se distingue el dominio formal del autor directo, el dominio de la voluntad del autor mediato y el codominio funcional, propio de la coautoría.

Además, el Código dispone que serán considerados autores (por lo tanto, que no lo son), los cooperadores necesarios y los inductores, para los que establece la misma pena que para los autores. Identifica a los primeros como los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo, y a los segundos como los que cooperan a la ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Conviene recordar que la modificación del título no supone infracción del principio acusatorio si se mantienen sustancialmente los mismos hechos en la acusación y en la sentencia, pues tal como se decía en la STS n.º 1260/2001, «... ni el comportamiento declarado probado es distinto del imputado por la acusación, ni la diferencia en la calificación jurídica de ese comportamiento supone una mayor gravedad en la autoría o la participación criminal».

6. En los casos en los que, además de los ejecutores directos y materiales de los hechos, existe otra, u otras personas, que organizan el hecho delictivo pero no participan directamente en la ejecución, la doctrina y la jurisprudencia han buscado fórmulas que permitan establecer

con nitidez su responsabilidad por el hecho ejecutado dentro de los planes elaborados, aunque las conclusiones no sean unánimes. La cuestión admite numerosos matices, pues pueden distinguirse básicamente los casos de organizaciones delictivas fuertemente jerarquizadas, (STS n.º 708/2010) incluso dotadas de un sistema efectivo de represalias para el disidente; aquellos otros en los que uno o varios asumen la dirección que es aceptada por los demás; o aquellos otros en los que el acuerdo entre los distintos intervinientes discurre por otros cauces, como ocurre cuando uno o varios proponen a otros la ejecución de un hecho, a cambio o no de una retribución; o cuando varios, al mismo nivel, sin subordinación entre ellos, acuerdan la ejecución de un hecho.

7. Inicialmente, quien hace surgir en otro la voluntad, hasta entonces inexistente, de realizar un concreto hecho delictivo, es un inductor. Así en la STS n.º 503/2008 se recordaba que esta Sala ha entendido, «... (STS n.º 421/2003, de 10 de abril) que la inducción constituye materialmente una forma de participación de singular relevancia que tiene como sustento el influjo psíquico, logrado de diversas formas posibles, que el inductor despliega sobre otras personas (autores materiales) al objeto de que ejecuten un delito concreto y en relación también con una víctima concreta, lo que la distingue de la provocación del artículo 18 CP». O bien, como se afirma en la STS n.º 539/2003, de 30 de abril, «la inducción es una forma de participación en un delito ajeno, que consiste en suscitar en otro, dolosamente, la resolución de cometer el acto punible», recordando más adelante que, siguiendo la constante jurisprudencia de esta Sala, «la inducción ha de ser: a) anterior al hecho punible puesto que es su causa, b) directa, es decir, ejercida sobre una persona determinada y encaminada a la comisión de un delito también determinado, c) eficaz o con entidad suficiente para mover la voluntad del inducido a la realización del hecho perseguido, d) dolosa en el doble sentido de que conscientemente se quiere tanto inducir como que se comete el delito a que se induce y e) productora de su específico resultado porque el inducido haya, por lo menos, dado comienzo a la ejecución del delito».

En la STS n.º 1111/2005 se afirmaba que «La inducción es un supuesto de complicidad psíquica que, por su intensidad, sirve para determinar la voluntad del autor o autores materiales en la ejecución del delito inducido», aplicando el concepto a quienes habían planificado la ejecución del hecho, aceptando el supuesto de empleo del precio como sustento de dicho influjo psíquico en la STS n.º 421/2003.

Es generalmente irrelevante si el inductor obtiene beneficios, o la clase de éstos, en su caso.

8. En otras sentencias, sin embargo, (STS n.º 1179/1998), esta Sala entendió que «... el “cerebro” del golpe, es decir quién planifica, organiza, prepara, dirige a distancia, gestiona el aprovechamiento del botín y se beneficia de un atraco, no es un cómplice, sino un coautor», argumentando previamente, y refiriéndose a la imputación como cómplice, que «... esta participación de naturaleza secundaria o inferior no puede atribuirse a quien es definido en la sentencia de instancia como “el auténtico cerebro del grupo”, quien no solamente planea y organiza un atraco complejo, sino que participa de modo determinante en la selección de la víctima, así como del momento y lugar para su realización, interviene de modo activo en las necesarias labores previas de preparación y vigilancia, desempeña un papel principal en el establecimiento de las conexiones necesarias para el aprovechamiento posterior del botín y, en definitiva, se integra de modo decisivo en la organización, preparación y aprovechamiento de la acción delictiva conjuntamente planeada, interviniendo de modo relevante “en la conversión en dinero de lo robado, con el consiguiente beneficio”, todo ello con independencia de que se haya acreditado o no su intervención material en los actos ejecutivos que integran el núcleo del tipo». Y de la misma forma en la STS n.º 2052/2001, en la que se afirmó que en las «... aportaciones que integran la coautoría deben ser incluidos determinados actos anteriores y coetáneos que no son por sí mismos típicos pero que forman parte de la cadena causal y tienen carácter decisivo, como los de quien planea la ejecución del delito y dirige a distancia su comisión».

De forma que, cuando el influjo psíquico no es la única participación de sujeto, sino que además

desempeña ese papel principal de dirección, en la preparación y en las particularidades de la ejecución, aunque no intervenga materialmente en ésta, su participación debe calificarse como la propia de un coautor. Pues, como se decía en la STS n.º 52/1993, «La inducción viene caracterizada porque el inductor hace surgir en otra u otras personas la idea de cometer un delito, pero con toda obviedad quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, porque de lo contrario, como dice la doctrina científica, el inductor sería verdadero autor».

La jurisprudencia sobre la coautoría ha señalado, además, (STS n.º 708/2010, FJ 15.º), que «Cuando existen varios intervinientes, la doctrina del dominio del hecho conduce a afirmar que solo son autores los que lo ostentan. De esta forma, las aportaciones esenciales realizadas en la fase de preparación darían lugar a una cooperación necesaria, pues desde el momento de la aportación el dominio del hecho corresponde a los ejecutores directos. Serán entonces coautores, o autores con otros, quienes aporten en la fase de ejecución algo esencial, de manera que si lo retiraran, la comisión del hecho resultaría imposible». Igualmente, se ha dicho (STS n.º 1180/2010) que «... la coautoría por condominio funcional del hecho requiere, en primer lugar, según un asentado criterio doctrinal, un mutuo acuerdo encauzado a la realización conjunta del hecho delictivo, ya sea en un momento previo a la ejecución o durante el curso de ésta (elemento subjetivo). A este requisito ha de sumarse otro imprescindible de carácter objetivo: la aportación de una parte esencial en la realización del plan durante la fase ejecutiva, sin que sea preciso que los actos realizados aparezcan descritos formalmente en el tipo penal».

Precisándose en la STS n.º 809/2010, en este mismo sentido, que «No es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos que integran el elemento central del tipo, pues cabe una división del trabajo, sobre todos en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación lo sitúe en posición de disponer del codominio funcional del hecho».

Por lo tanto, para calificar como coautor, por codominio funcional, a quien planifica es preciso que, además, controle mediante su direc-

ción o de alguna otra forma, la misma ejecución del hecho.

9. Sin embargo, estas teorías presentan el inconveniente de equiparar al organizador con el ejecutor, sin distinguir de una forma clara y suficiente a quien, en realidad, es el máximo responsable del hecho criminal, como dominador del hecho mediante el dominio de la voluntad del ejecutor directo, aun cuando sea un dominio aceptado por el propio ejecutor. Algún sector doctrinal entiende que caben distintos niveles o intensidades en el dominio del hecho, de forma que no solo lo tendría quien lo ejecuta materialmente, sino también el planificador que organiza y ordena, aunque en la ejecución propiamente dicha permanezca en la distancia, en la medida en que de alguna forma controla a los ejecutores y a sus actos pudiendo incluso evitarlos decretando su cese.

Cuando quien planifica, organiza y prepara el hecho criminal, controla su ejecución mediante el dominio de la voluntad del ejecutor material, la doctrina ha discutido si la calificación más correcta sería la de autoría mediata. Es cierto que tradicionalmente se ha admitido solo este dominio, propio de esa clase de autoría cuando la expresión del Código Penal (se sirven como instrumento) se pueda aplicar en todo su significado literal, es decir, en los casos de autor directo incapaz de culpabilidad, cuando actúe con error, o cuando exista coacción sobre el mismo (STS n.º 44/2008), excluyendo los casos de ejecutor responsable penalmente que decide la ejecución de forma voluntaria.

Pero doctrinalmente se han admitido al menos dos supuestos distintos. El caso del llamado hombre de atrás y los supuestos de aparatos organizados de poder. En el primero, quien planifica, organiza y ordena la ejecución tiene un dominio psíquico sobre la voluntad del ejecutor material, aunque exista en la medida en la que éste mismo lo acepta, determinándose a su través la forma y el momento de llevar a cabo el hecho, de modo que el ejecutor también responde penalmente, pues mantiene intactas sus capacidades de comprender la ilicitud del hecho o de ajustar su conducta a esa comprensión. Sería aplicable a los casos de organizaciones o grupos delictivos no dotados

de normas rígidas y coactivas de organización interna, y con las necesarias precisiones también a los casos de organizaciones de tipo empresarial, y permitiría distinguir, sin perjuicio de su equiparación penológica, la posición de los que organizan, planifican, preparan y ordenan, pero no intervienen directamente en la ejecución, de aquellos otros que se limitan a ejecutar, aunque libre y voluntariamente, lo que los primeros han dispuesto. Podría incluso existir, según los casos, una cierta situación de coacción, pero solo traducida de forma que al ejecutor le resulte de mayor interés aceptar lo que se le manda que oponerse a ello, sin perder su libertad de decisión.

En el caso de los aparatos organizados de poder, la autoría mediata se traduce en el dominio de la organización, caracterizada por la fungibilidad de los ejecutores. Al tiempo, al menos teóricamente, en la existencia de normas de comportamiento que incluso prevén represalias contra quien no cumpla lo que se le ordena. En alguna ocasión se ha llegado a plantear si la orden de quien domina organizaciones de esta clase supone ya el principio de la ejecución, en la medida en que sin ella no sería posible concebir su comienzo (STS n.º 708/2010).

10. De todo lo expuesto se desprende que, dados los hechos probados, la condena del recurrente como autor está justificada, sea cual fuere la tesis aceptada sobre las distintas clases de autoría y los casos a los que sería de aplicación. Pues en aquellos se declara probado que el recurrente decidió junto con el coacusado Pedro Antonio, apoderarse del dinero que supuestamente tendría escondido en su domicilio Ceferino, en su creencia, procedente del narcotráfico; decidieron asimismo contratar a las personas que ejecutarían materialmente los hechos; les dieron instrucciones y procedieron a pagar sus servicios a los mencionados, a pesar del resultado negativo del asalto. De ello se desprende la posición del recurrente como organizador del hecho criminal junto con Pedro Antonio, lo que, según la doctrina que se aplique, permitiría calificar su conducta como la propia de un inductor, de un coautor o de un autor mediato, con las mismas consecuencias penológicas establecidas en la sentencia impugnada.

Sin perjuicio de que se entienda que su actuación es la característica del hombre de atrás, del autor detrás del autor, que controla de alguna forma la ejecución de los hechos, mediante un

dominio psíquico de la voluntad aceptado por el dominado, pudiendo ordenar su modalidad e incluso impidiendo que se llevara a cabo. Por lo tanto, se trataría de un caso de autoría mediata.

## Sentencia 1016/2012, Sala Segunda del TS, de 20 de diciembre

Ponente: **Don Francisco Monterde Ferrer**

Resumen: **Validez probatoria de la declaración testifical de la víctima menor en la instrucción**

Recurso de Casación: **n.º 788/2011**

Artículos: **229 LOPJ, 325 y 707 LECrim**

**Delito de abusos sexuales. Validez probatoria de la declaración de la víctima menor de edad prestada en fase de instrucción e introducida y valorada en el juicio oral mediante el visionado de su reproducción videográfica.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El primer motivo se articula por quebrantamiento de forma, al amparo del art 850.1 LECr, por denegación de diligencia de prueba.

1. Se alega que la defensa en su escrito de calificación provisional (f.º 104 y ss) interesó la práctica de prueba testifical de la menor Modesta, efectuándose su declaración, para evitar su victimación secundaria, a través de videoconferencia, y por medio de psicólogos, para salvaguardar los derechos de la menor y del acusado. La sala de instancia por auto de 21-7-2011, denegó la solicitud (f.º 114 y ss.), entendiendo imprescindible la intermediación del tribunal; y tras conocer el informe pericial psicológico de 13-3-2009, elaborado por los psicólogos del EAT (f.º 147 y ss.), desaconsejando la comparecencia de la menor en el juicio oral, resolvió admitir la testifical de la menor acordando su práctica sin confrontación visual con el procesado. Sin embargo, de forma inopinada y sorpresiva, una vez iniciada la vista del juicio oral en 17-1-2012 y ante la incomparecencia, no explicada de la menor se decidió por la sala diferir la práctica de la testifical a un posterior informe que elaborasen los psicólogos. Dos días después (f.º 199) se extendió diligencia de conversación telefónica con la madre de la niña

indicando que se encontraba muy afectada y en tratamiento médico. En autos obra informe elaborado por psicóloga (f.º 200) reconociendo en ella sintomatología ansiosa, recomendado que no volviera a prestar declaración y si fuera completamente necesario recomendando que se realizara a solas con el psicólogo o a solas con el juez, como en la ocasión anterior. A pesar de ello, la sala en 17-2-2012 dictó auto acordando no citar a la menor para que declarase en el juicio, ante lo que la defensa del acusado formuló su protesta, por no encontrar debidamente justificada la decisión, y ser contraria al principio de contradicción vigente en la fase de juicio oral, y contrario a al principio de intangibilidad de la resoluciones judiciales firmes. Por todo ello se solicita con la estimación del motivo, la retroacción de las actuaciones al momento de admisión de la prueba.

(...)

3. Ciertamente, en nuestro caso, el relato de lo verdaderamente acontecido se corresponde con la descripción efectuada por el recurrente. Lo que ocurre es que no podemos coincidir con el análisis y conclusión a que llega el mismo, aunque haya que proclamar, que la doctrina general, a efectos de práctica de prueba testifical en el juicio oral, sigue siendo la de su desarrollo presencial ante el órgano encargado del enjui-

ciamiento, garantizando una intermediación directa y completa por parte de sus miembros. Y ello aunque el testigo o víctima fuere un menor y hubiere depuesto ante el Juez de Instrucción.

La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que es desarrollo tanto del art. 39.4 CE como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2, como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, «la supremacía del interés del menor» y «la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal», disponiendo en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección «se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor». Y en el art. 17 de la misma LO se contiene el mandato a cuyo tenor «en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, (...) la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra».

Por su parte, el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, precisa que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

Realmente, no puede aceptarse —como a veces se sostiene— que al amparo de aquella normativa tuitiva resulte innecesaria la comparecencia de la víctima, dada su edad, y que existan siempre otros medios de prueba de entidad suficiente, no sólo para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, sino para fundamentar una sentencia condenatoria. Los principios de protección del menor víctima han sido ya recibidos en nuestro ordenamiento jurídico, de modo

que sea compatible su testimonio directo con la preservación de su privacidad, y disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en cuanto a la revictimación o victimación secundaria, que todo proceso lleva consigo.

Así, la LO 19/94, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales establece ya una serie de medidas entre las que se cuenta (art. 2.b) la utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

La Ley 35/95, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, prescribe (art. 15.3) que en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

Y el mismo texto añade que (art. 15.5) el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal.

Por su parte, el párrafo segundo del art. 707 de la LECr. (introducido por la LO 14/99 de 9 de junio) prescribe que cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.

En esta línea, el art. 229 de la LOPJ (tras la reforma producida por la LO 19/2003, de 24 de diciembre), después de proclamar en su núm. 2 que «las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el juez o tribunal, con presencia e intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley», admite en su párrafo 3 que estas actuaciones se realicen «a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del

sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre las personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal».

Y, finalmente, el art. 325 de la LECr. (redacción de la LO 13/03, de 24 de octubre) admite que «el Juez de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquéllos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la LOPJ».

Debe tenerse en cuenta que la propia interpretación que realiza el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su sentencia de 16 de junio de 2005 «caso Pupino», sobre los arts. 2, 3 y 8 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal si recomienda la declaración de los niños «fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta», de ningún modo excluye la realización de aquella con la intervención de los magistrados encargados del enjuiciamiento en la fase de juicio oral.

Por todo ello ha de ponerse el acento en que, con la misma habilidad, cautelas y medios con los que pueda llevarse a cabo la exploración-entrevista en la fase de instrucción como prueba anticipada, puede y debe realizarse la prueba ante el Tribunal de instancia, conforme a las previsiones de los arts 325 LECr, 707 LECr y 229 LOPJ, evitándose, naturalmente, la victimación secundaria o revictimación del compareciente.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, sólo, excepcionalmente, cuando se den las circunstancias (concurrentes, por cierto, en nuestro caso) de acentuada minoría de edad del testigo-víctima, comprobación por el propio Tribunal (con los asesoramientos pertinentes en su caso) de la

realidad y corrección técnica de la exploración y de su grabación en soporte audiovisual, fácilmente reproducible en la vista, y de que se han salvaguardado los principios de intermediación, contradicción y defensa, podrá tenerse la exploración por realizada, y surtir los efectos probatorios que correspondan, sin necesidad de su repetición en el juicio oral. (En este sentido vide nuestra STS de 14-3-2006, n.º 332/2006).

4. En esta línea, la sentencia de instancia, en su fundamento de derecho primero, resalta que: «En los escritos de calificación, el Ministerio Fiscal solicitó como prueba a practicar en el plenario la reproducción videográfica de la exploración de la menor. La defensa solicitó su declaración a través de videoconferencia. El Tribunal acordó en el auto de admisión de pruebas de fecha 21-7-2012 que la declaración de la menor se hiciera como complemento tras la visualización del CD grabado como prueba preconstituida, sin confrontación con el acusado y acompañada mediante las psicólogas del organismo público EAP Penal. El día del juicio celebrado en fecha 17-1-2012 se practicaron todas las pruebas —incluida la preconstituida—, a excepción de la testifical de los padres de la menor, los cuales no comparecieron junto con la menor Modesta de doce años de edad. El Ministerio Fiscal y la defensa solicitaron la suspensión, con solicitud por el primero de que se citase nuevamente a los padres como testigos y la defensa para que se citase a la menor. El Tribunal acordó según consta en acta que previo a acordar la citación de esta última se realizara un informe por un psicólogo/a del Equipo de Asesoramiento Técnico Penal —especializado en menores— y adscrito al Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya (EAT) para que evaluara y presentara informe acerca de si su declaración le podría acarrear graves perjuicios en su salud psíquica y, en base al informe acordar lo precedente.

Consta por diligencia del Secretario judicial del día 19-1-2012 que puesto en comunicación telefónica con la madre manifestó que no había comparecido con su hija al estar muy afectada por los hechos y en tratamiento psicológico en el Hospital Clínico desde hace cuatro años remitiendo copia del informe de la psicóloga clínica

(f. del rollo de Sala), el cual se trasladó a las partes procesales y al EAT.

Por informe de fecha 15-2-2012 el EAT, con firma de una de las psicólogas que compareció al juicio como perito, considera totalmente desaconsejable una nueva declaración de la menor, al tratarse de una persona con una vulnerabilidad de base debido a un trastorno de ansiedad iniciado a los tres años y diagnosticado como “trastorno obsesivo compulsivo” de la que viene siendo tratada de forma especializada ocasionándole déficits importantes para afrontar situaciones conflictivas como las derivadas de los hechos objeto de este procedimiento que le han ocasionado pensamientos invasivos con recuerdos emocionales negativos de las situaciones vividas con su abuelo y que su nueva rememoración afectarían a su salud mental. El Tribunal acordó por Auto motivado en fecha 17-2-2012 no citar a la menor para declarar el día de la continuación del juicio por ser perjudicial para su salud mental, en base a los criterios legales y jurisprudenciales que se contienen en dicha resolución».

Y, añade el tribunal de instancia que la declaración de la menor —como prueba preconstituida— «se realizó con todas las garantías legales exigibles: ante el Juez Instructor, el Secretario judicial, el Ministerio Fiscal, el letrado del acusado y dos psicólogas del EAT a través de las cuales se formularon las preguntas a la menor. Consta el Acta del Secretario judicial dando fe de los asistentes en dicha declaración en los f. 63 y 64».

Y tal como manifiesta la sentencia recurrida, nuestra jurisprudencia admite la reproducción audiovideográfica del testimonio del menor llevado a cabo en la fase de instrucción, con todas las garantías ya señaladas, apoyándose para ello en la normativa internacional, aceptada por España, que autoriza la ausencia del menor en el proceso penal en casos de delitos contra su libertad sexual, sin que ello suponga «per se» una vulneración del art. 14 PIDCP o del art. 6.3.d) CEDH, en lo relativo al derecho de todo imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él. Esta línea inspiradora encuentra su refrendo en la Convención de Derechos del Niño, aprobada por Naciones

Unidas el 20/11/1989 y en vigor en España desde 05/01/1991 (art. 96.1 CE), así como en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15/03/2001 (arts. 8 y 15), posición que a su vez viene avalada por nuestro art. 39.4 CE: «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Incorporando así dicha normativa internacional a nuestro ordenamiento procesal, la más moderna jurisprudencia (SSTS n.º 173/2010, 1251/2009, 1033/2009, 96/2009, 694/2007, 151/2007, ó 429/2002) opta por una ampliación de la idea de «imposibilidad» de testificar en el juicio oral de los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECrim (procedimientos ordinario, abreviado y urgente, respectivamente), de conformidad con lo cual, junto a los obstáculos materiales para la realización del testimonio, habrán de ser incluidos también aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de producir con dicho testimonio en sede de enjuiciamiento graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, de forma que, en estos casos, nada impide incluir entre los casos de imposibilidad aquéllos que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegido por la ley. De hecho, tal valor ha sido incorporado a nuestro Derecho positivo a través de la LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo art. 11.2 menciona como principios rectores de la actuación de los poderes públicos «la supremacía del interés del menor» [apartado a)] y «la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal» [apartado d)], a lo que se añade en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección «se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor». Es más, en su art. 17, la propia Ley Orgánica contempla el mandato de que:

«en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social

en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia». Como nos recuerda la STS n.º 96/2009, antes citada, el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que: «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés supremo del niño».

Se constata así, que la prueba propuesta si bien era posible, no era imprescindible ni necesaria,

ni menos conveniente para el menor. Y lo cierto es que habiendo tenido acceso a la grabación todas las partes, mediante su visionado (f.º 182 del acta de la Vista), y comparecido en la Vista las peritos que en ella intervinieron (f.º 181), se sometieron a las preguntas de todas las partes, incluida la defensa del acusado, y que junto con la declaración en ella prestada por la menor, el tribunal pudo evaluar lo indicado por la niña y los referidos peritos, sin que se haya constatado que el ahora recurrente hubiere sufrido indefensión material alguna.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

### Sentencia 1049/2012, Sala Segunda del TS, de 21 de diciembre

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Procedimiento abreviado: discordancia entre el auto de transformación y el de apertura del juicio oral**

Recurso de Casación: **n.º 1749/2012**

Artículos: **789 y 793 LECrim**

Tras recordar la importancia que tiene la delimitación objetiva y subjetiva de los términos de la imputación en el auto de transformación en procedimiento abreviado, se analiza un supuesto de discordancia no justificada entre el contenido de este auto y el de apertura del juicio oral que excluyó de manera indebida dos de los delitos por los que se había formulado acusación.

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

3. De lo expuesto puede deducirse que el objeto del presente recurso no es otro que resolver si la decisión de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada, por la que se cerró la puerta al enjuiciamiento de dos de los delitos por los que se había formulado acusación —falsedad y estafa—, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación particular.

Y la respuesta ha de ser afirmativa.

La relevancia del auto por el que el Juez de instrucción acuerda la delimitación objetiva y subjetiva del hecho investigado, no necesita ser argumentada. De forma expresa lo exige el art. 779.1, apartado 4, de la LECrim. En él se señala

que «si el hecho constituyera delito, comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, (...) contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan».

Este precepto encierra una de las claves de nuestro sistema penal, en la medida en que residencia en el Juez de instrucción el control, tanto de la fase de investigación, excluyendo imputaciones infundadas (art. 779.1.4), como de la fase intermedia, garantizando que el juicio oral no va a incluir en su ámbito otros hechos que aquellos que han sido objeto de acusación y defensa (art. 783). De ahí la importancia de que su entendimiento se libere de concepciones rutinarias y burocratizadas que, por más arraigo que

encuentren en la práctica del foro, no hacen sino distanciar el proceso de sus principios legitimadores, con la consiguiente desnaturalización de las señas definitorias de un sistema que reside en el Juez de instrucción la efectiva garantía frente a imputaciones injustificadas.

A su importancia práctica se refería la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2003, 7 de abril, en la cual exigía «... una especial vigilancia por parte del Ministerio Público, cuando se le notifique la resolución prevista en el art. 779.1.4.<sup>a</sup> LECrim, a la que de ninguna manera cabe considerar como de mero trámite. Si el Fiscal observa que no incluye determinados hechos o determinadas personas respecto de las cuales considera que debe formular acusación, deberá recurrir el auto».

En el presente caso, ni el Fiscal ni la acusación particular recurrieron el lacónico y censurable auto de fecha 3 de septiembre de 2010, mediante el que el Juez instructor, desatendiendo el mandato asociado a su especial función garantista, se limitó a una mención genérica al delito de alzamiento de bienes, sin narrar los hechos cuya fundabilidad asumía y silenciando además la referencia a los delitos de falsedad y estafa, sobre los que se había vertebrado la querrella entablada y en torno a cuya acreditación habían girado las diligencias practicadas en la fase de instrucción.

Sin embargo, esa lamentable omisión del auto de transformación, no fue obstáculo para que en la resolución por la que se acordaba la apertura del juicio oral, el Juez de instrucción diera vía libre al enjuiciamiento por los hechos por los que se formulaba acusación por el Fiscal y la parte perjudicada, acogiendo la corrección, al menos provisional, de la calificación de aquellos como integrantes de los delitos de falsedad, estafa y alzamiento de bienes.

Es indudable que esa discrepancia entre una y otra resolución puede encerrar una potencial fuente de indefensión para la parte acusada. La falta de cualquier reclamación o reserva en tal sentido, en el momento en el que fue evacuado el escrito de defensa, parece excluir cualquier desconocimiento del alcance de los hechos por los que se acusa y de la provisional calificación jurídica de los mismos. Ese silencio ya ha sido

objeto de tratamiento por la jurisprudencia de esta Sala. (...)

En consecuencia, esta Sala ha aceptado la posibilidad de un enjuiciamiento ajustado a los parámetros constitucionales definitorios del proceso justo sin indefensión, en casos en los que el auto de apertura del juicio oral no contiene una mención expresa de los hechos que delimitan el objeto del proceso. Para ello resultará indispensable que el conocimiento por el encausado del alcance objetivo y subjetivo de la imputación quede fuera de cualquier duda. Y esto es lo que se evidencia en el caso que nos ocupa, en el que la defensa pudo evacuar su escrito de oposición y proponer prueba, sin alegación alguna referida a una hipotética indefensión generada por el desconocimiento de aquello que realmente se le atribuía. Este silencio, claro es, no excluye la posibilidad de una alegación ulterior, debidamente fundada y apoyada en razones que no pudieran haberse hecho valer con anterioridad, en el turno de intervenciones previsto en el art. 786.2 de la LECrim.

4. Pero el incumplimiento del deber impuesto en el art. 779.1.4 de la LECrim también puede generar indefensión a la parte activa del proceso. Quien ha formulado una querrella por unos hechos que han sido objeto de investigación, ha instado la práctica de una serie de diligencias de investigación encaminadas a fijar su alcance, ha obtenido una resolución transformadora del procedimiento en el que se acepta la calificación jurídica de los mismos —falsedad, estafa y alzamiento de bienes—, ha narrado en su escrito de conclusiones los hechos sobre los que se construye la acusación y ha logrado la apertura del juicio oral, no puede ver arbitrariamente seccionada su pretensión acusatoria por una resolución que, sin otro apoyo que una interpretación descontextualizada de la resolución dictada por el instructor, cierra las puertas del juicio oral.

En consecuencia, no habiéndose invocado indefensión por la representación legal del imputado en el momento en que fue constatada la vulneración del mandato impuesto al instructor por el art. 779.1.4 de la LECrim, y careciendo de toda justificación la exclusión implícita de hechos ya provisionalmente calificados por las acusaciones, la resolución dictada por la Sección Primera

de la Audiencia Provincial de Granada quebrantó de forma manifiesta el contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva, generando una indefensión constitucionalmente proscrita.

Procede, por tanto, la estimación del tercero de los motivos, con la consiguiente declaración de nulidad de la resolución recurrida.

### Sentencia 1034/2012, Sala Segunda del TS, de 26 de diciembre

Ponente: **Don Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Competencia objetiva**

Recurso de Casación: **n.º 1476/2012**

Artículos: **24 CE, 248, 249 y 250 Código Penal, 14, 782, 783 y 788 LECrim**

**Fijación de oficio por la Audiencia del órgano competente para el enjuiciamiento que prejuzga la calificación de los hechos.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**—El Ministerio fiscal opone un único motivo contra el Auto de la Audiencia provincial de Álava, Sección Segunda, que declara, de oficio, la competencia del Juzgado de lo Penal para el enjuiciamiento y fallo de unos hechos calificados por la acusación como constitutivos de un delito de estafa agravada de los arts 248, 249 y 250.1.1 del Código penal. En la argumentación de la resolución se expresa que la competencia es una cuestión de orden público respecto a la que el tribunal debe analizar la razonabilidad de su competencia, afirmando que ha constatado que la calificación de los hechos es «notoriamente errónea o irrazonable» en el supuesto en el que la acusación pública ha calificado los hechos en el delito de estafa agravada por su realización sobre un objeto, como la vivienda, especialmente protegido en el Código penal, presupuesto de la agravación que entiende la Sala no concurre en el hecho y que al determinar la competencia ante la Audiencia provincial debe ser apartado de la calificación de los hechos, por errónea e irrazonable, y remitir las actuaciones al órgano que considera competente, el juzgado de lo penal. Frente a esa resolución el Ministerio fiscal plantea una oposición en la que discute la aplicación del derecho realizada, concretamente, los arts., 14 y 782 de la Ley procesal y 24 de la Constitución al afectar al derecho al

juez predeterminado por la ley. El motivo será estimado. Las normas reguladoras del procedimiento abreviado señalan que corresponde al juez de instrucción la determinación del órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa (art. 783.2 Lecrim) y éste lo hará en función de los escritos de acusación que le han sido presentados por las partes acusadoras, acordando, si procede, la apertura del juicio oral y la determinación del órgano judicial competente. Esta regla de determinación de la competencia sólo prevé una situación de excepcionalidad, la del art. 788.5 de la misma ley, para el supuesto de que practicada la prueba y elaboradas las conclusiones definitivas de los hechos se planteen una calificación por delito respecto al que el Juzgado de lo penal no tenga competencia, en cuyo caso el juez de lo penal se declarará incompetente y remitirá las actuaciones a la Audiencia a la que corresponda el enjuiciamiento. Fuera de este supuesto, abierto el juicio oral, corresponde el enjuiciamiento al órgano judicial al que el juez de instrucción, de acuerdo con los escritos de acusación, determine en aplicación del art.14 de la Ley procesal penal. El amparo procesal que encuentra el tribunal de instancia, arts. 52 y 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 759 de la Ley de enjuiciamiento criminal, no permiten la decisión del tribunal de instancia, pues las nulidades y las previsiones

de competencia no son de aplicación al supuesto de autos. La argumentación sobre la calificación errónea e irrazonable que advierte el tribunal de instancia no hace sino prejuzgar una calificación de los hechos que el tribunal no puede realizar porque no ha practicado la prueba que sobre los hechos le propone la acusación. Es una resolución que prejuzga el enjuiciamiento de los hechos y, por lo tanto, incorrecta, pues el enjuiciamiento presupone la celebración del enjuiciamiento, alegaciones y prueba sobre los

hechos de la acusación. Abierto el juicio oral, este sólo puede acabar, mediante sentencia que juzgue los hechos y esta debe ser dictada por el órgano judicial competente conforme a las reglas de determinación de la competencia, arts. 783 y art. 14 de la Ley procesal penal, atendiendo el juez de instrucción a la calificación de la acusación por delito que será necesario para determinar la competencia del órgano de enjuiciar, (En este sentido SSTS 1336/2011, de 12 de diciembre, 1351/2011, de 12 de diciembre)

### **Sentencia 1032/2013, Sala Segunda del TS, de 30 de diciembre de 2012**

---

Ponente: **Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

Resumen: **Conducción sin permiso**

Recurso de Revisión: **n.º 20304/2012**

Artículo: **384 Código Penal**

**Delitos contra la seguridad vial. Conducción sin permiso. Se aclara el alcance de la previsión contenida en el n.º 2 del art. 384 CP, en el sentido de que habrá sólo infracción administrativa y no delito si el permiso de conducir obtenido en el extranjero no ha sido aún homologado.**

### **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

---

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

2. (...)

b) Aunque no se oculta que subsisten aisladas opiniones divergentes, es tesis ampliamente compartida y asumida por la Fiscalía Especial de seguridad vial que en el delito del último inciso del art. 384 (conducir sin haber obtenido nunca el permiso o licencia), la expresión legal exige que pueda afirmarse con taxatividad que el autor jamás ha obtenido el permiso de conducir. Por eso ha de excluirse del radio de acción del nuevo tipo penal a quien posee permiso extranjero y también a aquellas personas cuyo permiso ha caducado. Tanto aquellos correspondientes a otros países de la U.E. pero que no alcanzan validez en España por falta de reconocimientos médicos o finalización del período de vigencia de conformidad con el art. 24 del Reglamento General de Conductores, como permisos de países no comunitarios del art. 30 del citado Reglamento. El fundamento exegético

para la exclusión es que el art. 384 del Código Penal habla de la obtención, no de la validez en nuestro derecho del permiso con el que se conduce. No se distingue si el permiso o licencia se ha obtenido dentro o fuera del territorio nacional. La taxativa expresión «nunca» y el examen de la tramitación parlamentaria refuerzan esta interpretación. La redacción final del nuevo tipo penal tiene su origen en la enmienda número 16 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) en la que expresamente se aludía a no «haber obtenido nunca un permiso o licencia de conducción, expedido por autoridad pública de cualquier país». Si bien en el Dictamen emitido por la Comisión de Justicia sobre la Proposición de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de Seguridad Vial se contempló en la redacción del precepto el requisito de que el permiso o licencia fuera «vigente y válido para conducir en España», tal exigencia

fue rechazada, quedando finalmente redactado el nuevo artículo en los términos expuestos. En estos supuestos es precisa la constancia de la autenticidad y validez del permiso o licencia extranjeros conforme a la legislación del país emisor (art. 30.4 p 2 RGCo) que debe haberse cumplido rigurosamente. Nada invita a pensar que en el caso ahora examinado puedan cuestionarse tales presupuestos. La ausencia de homologación supondría una infracción meramente administrativa y no el delito por el que fue condenado Bernabé. Una interpretación teleológica abunda en esa exégesis. El nuevo tipo responde a la idea de preservar el bien jurídico protegido, la seguridad vial, de todos aquellos que se aventuran a conducir un vehículo de motor sin haber obtenido un permiso, precisamente por el plus de peligrosidad que entraña para el resto de los usuarios de las vías públicas la conducción de vehículos por quienes no hayan acreditado una mínima aptitud para su manejo. Se protege, así pues, no tanto el control por parte de la Administración Española de las habilitaciones

para conducir, como el bien jurídico «seguridad vial» que sólo se puede presumir puesto en peligro cuando quien pilota el vehículo de motor no ha demostrado nunca las capacidades mínimas para realizar tal actividad. Que haya quedado habilitado en otro país cuando tal habilitación es susceptible de ser reconocida por el Estado Español excluye esa presunción legal de peligro.

c) En definitiva, pues, conducir un vehículo a motor con una licencia de conducción no homologada en España o caducada constituye una infracción administrativa grave, pero no un delito contra la seguridad vial del art. 384.2 del CP. Por tanto la presentación de documentación que no se conoció en el juicio y que acredita la previa obtención de una licencia para conducir vehículos de motor en un país extranjero, supone la aportación de datos nuevos que podrían acreditar la inocencia del condenado y permiten abrir el cauce del art. 954.4 de la LECrim (vid. sentencias 977/2010, de 8 de noviembre ó 982/2010, de 5 de noviembre).

### Sentencia 1078/2012, Sala Segunda del TS, de 3 de enero de 2013

Ponente: **Don Antonio del Moral García**

Resumen: **Doctrina Parot**

Recurso de Casación: n.º **10807/2012**

Artículos: **76 Código Penal y 988 LECrim**

**Doctrina Parot.** Se resume la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que aunque confirma la denominada «doctrina Parot», matiza su alcance allí donde se trate de modificar una resolución firme. Por otra parte, se exponen las razones para no modificar aquella doctrina pese al pronunciamiento contrario, en primera instancia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### Cuarto.—(...)

El TC al resolver múltiples recursos de amparo interpuestos contra sentencias de esta Sala Segunda aplicando la conocida como doctrina *Parot*, ha distinguido diversos supuestos: a) aquellos en que no se había agotado la vía ju-

risdiccional previa por no haberse intentado una nulidad (por todos ATC 179/2010, de 29 de noviembre) o el recurso de casación (sentencias ya mencionadas) y en los que ha declarado la inadmisibilidad del recurso; b) aquellos en los que, entrando a conocer del fondo, ha respaldado la constitucionalidad de la interpretación propugnada en la STS 197/2006, de 28 de febrero; y

c) un último grupo en los que estima el recurso de amparo en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto la aplicación de esa doctrina en el caso concreto suponía la variación de una resolución judicial previa firme que se habría pronunciado en un sentido diferente, lo que no podía enmendarse por no existir cauce legal.

Ignorar la existencia de una previa decisión judicial asumiendo otra forma de cómputo supondría lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva, que cobija en su proteico contenido el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales.

Existe una larga serie de sentencias que desarrollan igual argumentación. La primera es la STC 39/2012, de 29 de marzo.

Tras descartar la lesión de otros derechos fundamentales y reproducir sintetizada la prolija doctrina sobre el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, y su engarce en el derecho a la tutela judicial efectiva, se constata que existía un Auto judicial previo que incorporaba el tradicional criterio de cómputo lo que abocaba a la estimación del recurso de amparo: *«Ahora bien, según se expuso anteriormente, la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme se proyecta al examen de las cuestiones que guardan con ella una relación de estricta dependencia, extendiéndose a aquellos extremos que constituyen su ratio decidendi y a los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan determinantes o decisivos para la decisión adoptada. En el presente caso, puede afirmarse que el Auto de 28 de mayo de 1997 no sólo resuelve acerca de cuál es la ley aplicable ante la sucesión normativa generada por la entrada en vigor del nuevo Código penal, sino que al adoptar su decisión sobre la base de un determinado criterio de cómputo de las redenciones que resulta determinante para considerar más favorable el Código anterior (hasta el punto de que la aplicación del otro criterio posteriormente utilizado obligaría a modificar el sentido del fallo de esta resolución), está conformando la realidad jurídica relativa a la ejecución de la pena privativa de libertad y creando una situación jurídica consolidada no sólo respecto de la ley aplicable, sino también res-*

*pecto del criterio de cómputo de las redenciones que sustenta su decisión. Un criterio conforme al cual ha venido ejecutándose la pena y cuya existencia no puede ser ignorada por el propio órgano judicial en decisiones posteriores, como las recurridas en amparo, sin hacer desaparecer la eficacia de su anterior resolución. En definitiva, aun siendo distinto su objeto, existe una estricta relación de dependencia entre lo resuelto por el citado Auto y las resoluciones recurridas en amparo, que impedía a éstas ignorar la realidad jurídica conformada por aquél en cuanto al criterio de cómputo de las redenciones, lo que nos conduce a afirmar que estas resoluciones desconocen la eficacia de lo resuelto con carácter firme e intangible por el Auto de 28 de mayo de 1997, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).*

*Nada obsta a lo anterior el hecho de que el cambio de criterio de la Audiencia Nacional en marzo de 2006 frente a su anterior decisión firme adoptada en 1997, se funde en la aplicación de un nuevo criterio interpretativo sentado por el Tribunal Supremo pocas semanas antes, pues los cambios de criterio jurisprudencial no pueden poner en cuestión la firmeza de la resolución anterior; ni justificar el desconocimiento de su eficacia y la vulneración del derecho a la intangibilidad de la realidad jurídica conformada por ella (STC 219/2000, de 18 de septiembre, FFJJ 6 y 7), lo que debió haber sido tenido en cuenta por el órgano judicial a la hora de determinar el alcance, en el caso concreto, del citado cambio de criterio jurisprudencial».*

La STC 57/2012 sostiene idéntico criterio.

Retornando el asunto sometido al examen casacional, el problema se centra en determinar si el auto de 27 de noviembre de 1996 que rechazaba la acomodación de la condena a los preceptos del Código Penal de 1995 fijaba ya un criterio de cómputo de las redenciones asumido de forma clara y nítida por el órgano judicial. Si fuese así, habría que dar la razón al recurrente en sintonía con la jurisprudencia constitucional aludida, por cuanto no cabría una variación de esos parámetros a los que ya vendría abocada a ajustarse la ejecución.

Pero falta la base. Tal auto, como razona atinadamente el Tribunal *a quo*, no se pronunciaba

sobre esa cuestión —punto de partida para el descuento de los días redimidos— entre otras cosas porque la decisión a adoptar no requería ninguna decisión al respecto. Las condenas estaban construidas todas sobre la legislación anterior. Su acumulación había determinado un máximo de treinta años de cumplimiento. En trance de decidir si el Código penal de 1995 podría ser más beneficioso y por tanto obligar a la revisión de la condena de conformidad con el régimen transitorio específico, la ley Orgánica 10/1995 se refería a la aplicación retroactiva y consiguiente revisión de la condena cuando la nueva ley fuese más favorable (disposición transitoria Segunda de la citada Ley Orgánica). El principio general es la aplicación de la Ley vigente en el momento de los hechos. Tal axioma cede solo cuando la norma posterior resulte más beneficiosa (disposición transitoria 1.ª y art. 2.2 CP). Desde esa premisa se entiende que no hubiese cuestión sobre la no aplicación del nuevo Código Penal a los hechos ya enjuiciados, con independencia de cuál fuese el criterio adoptado en relación al cómputo de los beneficios de la redención de penas por el trabajo que desaparecían de nuestro régimen penal. Si el máximo de cumplimiento eran treinta años, y con el Código Penal de 1995 el tope de estancia en la prisión también alcanzaba ese máximo (art. 76.1.b del CP en su redacción originaria en relación con el art. 572.1.1.º) es claro que no procedía la aplicación retroactiva del CP 1995 sin necesidad de plantearse el tiempo real de cumplimiento a la vista de la posibilidad de acogerse al sistema de redención de penas. Nada se dijo en aquel auto y por tanto el criterio no estaba asumido ni explícita ni implícitamente. El razonamiento del quinto de los fundamentos de derecho del Auto atacado en casación ha de merecer pleno respaldo.

Algunos asuntos muy similares, si no idénticos, han sido objeto de examen por el Tribunal Constitucional. No escapa esa realidad al Tribunal *a quo* que menciona en concreto la STC 41/2012, de 29 de marzo

La más reciente STC 108/2012, de 21 de mayo analiza un supuesto simétrico en lo esencial. La transcripción de algunos pasajes de la misma, aunque sean extensos, compensa pues en ella se

analiza no solo esta cuestión, sino que se recoge el cuerpo doctrinal sobre esta materia construido por el TC que sirve de contestación no sólo a éste sino también a los demás motivos del recurso en cuanto alegan violación de derechos fundamentales o tienen componentes de relevancia constitucional. Dice tal sentencia:

*«El Pleno de este Tribunal, en la STC 49/2012, de 29 de marzo, se ha pronunciado ya sobre las cuestiones planteadas en el presente recurso de amparo, el cual se dirige contra el Auto de 21 de enero de 2010 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que desestimó el recurso de casación formulado contra el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2009 que acordó acumular las condenas impuestas al demandante y fijó en una duración de treinta años de privación de libertad el tiempo total de cumplimiento de todas las penas privativas de libertad impuestas, con indicación de que el cumplimiento de las penas será sucesivo, aplicándose los beneficios y reducciones que procedan respecto a cada una de las penas que esté cumpliendo.*

*En la demanda de amparo se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la legalidad de las infracciones y sanciones (art. 25.1 y 2 CE), a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), con la argumentación que ha quedado expuesta en los antecedentes de esta resolución.*

*El Ministerio Fiscal apoya la estimación del recurso presentado, por entender que la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial fijado en la Sentencia 197/2006 del Tribunal Supremo supone la vulneración de los derechos fundamentales consagrados en los arts. 24.1, 25.1 y 17.1 CE, por afectar a situaciones ya reconocidas por resoluciones firmes.*

*2. Como queda reflejado en los antecedentes, el recurrente denuncia en el motivo primero de su demanda la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión consagrado en el art. 24.1 CE en relación con el art. 17 CE, por cuanto se modifica la interpretación y los derechos que se derivaban del Auto*

de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2004 que había devenido firme y de obligado cumplimiento en sus propios términos al no haber sido recurrido por ninguna de las partes, lo que a continuación se relaciona con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

El Ministerio Fiscal comparte el razonamiento del recurrente por entender que el Auto mediante el que la Sala acordó acumular las diversas condenas impuestas al penado y fijar un límite máximo de cumplimiento, estableció las pautas para la ejecución de la condena, habiéndose visto modificado posteriormente con las resoluciones impugnadas en amparo, vulnerándose así el derecho del demandante a la intangibilidad de las resoluciones judiciales, que tiene engarce con el principio de legalidad ( art. 25.1 CE) en relación con la prohibición de retroactividad de las normas penales perjudiciales para el reo (art. 9.3 CE). A estas dos vulneraciones, a juicio del Ministerio Fiscal, debe conectarse y adicionarse la consecuencia inexcusable de ellas, la vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), por cuanto en vez de obtener en la fecha prevista el licenciamiento definitivo lo sería en fecha muy posterior como consecuencia de esa nueva y desfavorable interpretación de la normativa en juego que las resoluciones judiciales efectuaron en contra del reo...

(...) De forma reiterada hemos establecido que “la intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme fuera de los casos legalmente establecidos es... un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el art. 24.1 CE, de tal suerte que ésta es también desconocida cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto” (SSTC 58/2000, de 25 de febrero, FJ 5; 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2; y 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4).

Tal efecto puede producirse no sólo en los supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada, sino también cuando se desconoce lo resuelto por una sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar simultáneamente el mencionado efecto de cosa juzgada. Así se afirma, entre otras, en las SSTC 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 200/2003, de 10 de noviembre, FJ 2; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; y 231/2006, de 17 de julio, FJ 2. En tal sentido hemos dicho en las resoluciones citadas que “no se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma determinada que no puede desconocerse por otros órganos judiciales (y menos aún si se trata del mismo órgano judicial) sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla”.

Por otra parte, para perfilar desde la óptica del art. 24.1 CE el ámbito o contenido de lo verdaderamente resuelto por una resolución judicial “resulta imprescindible un análisis de las premisas fácticas y jurídicas que permitieron obtener una determinada conclusión”, pues lo juzgado viene configurado por el fallo y su fundamento determinante (STC 207/2000, de 24 de julio, FJ 2). Por ello, y como se desprende de la jurisprudencia citada, la intangibilidad de lo decidido en una sentencia firme no afecta sólo al contenido del fallo, sino que también se proyecta sobre aquellos pronunciamientos que constituyen ratio decidendi de la resolución, aunque no se trasladen al fallo (STC 15/2006, de 16 de enero, FJ 6) o sobre los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan determinantes para la decisión adoptada (STC 62/2010, de 18 de octubre, FJ 5). En definitiva, el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, consagrado en el art. 24.1 CE como una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva se proyecta sobre todas aquellas cuestiones que una resolución judicial firme haya resuelto, conformando así la realidad jurídica en un cierto sentido, pues dicha conformación

no puede ser ignorada o contradicha ni por el propio órgano judicial, ni por otros órganos judiciales en procesos conexos.

Por tanto, nuestro examen se limitará a analizar si la respuesta judicial obtenida por el recurrente en las resoluciones judiciales que son objeto del presente recurso de amparo, al aplicar el nuevo criterio de cómputo de las redenciones a las penas impuestas, ha supuesto, como afirman el demandante y el Ministerio Fiscal, la revisión de un juicio efectuado en esta causa con anterioridad que conllevara la fijación de un criterio distinto y más favorable sobre la forma de computar las redenciones en caso de penas acumuladas con límite máximo de cumplimiento.

3. La respuesta a la anterior cuestión ha de ser negativa pues, como veremos, el análisis de las resoluciones judiciales aprobadas por el Tribunal sentenciador en el proceso de ejecución de las penas privativas de libertad impuestas al demandante muestra que, antes de dictar las resoluciones cuestionadas en amparo el Tribunal sentenciador no había realizado ningún juicio que conllevara la fijación de un criterio distinto y más favorable sobre la forma de computar las redenciones en caso de penas acumuladas con límite máximo de cumplimiento. Llegamos a dicha conclusión tras tomar en consideración los datos de la ejecutoria, tal y como han sido expuestos por el demandante y el Ministerio Fiscal, y hemos recogido en los antecedentes de esta resolución una vez constatados con las actuaciones recibidas.

En lo que nos interesa para analizar la queja, son datos relevantes los siguientes:

- a) El demandante fue condenado en virtud de seis Sentencias que se enumeran en los antecedentes de esta resolución a las penas que se detallan en sus respectivas partes dispositivas.
- b) Atendida la conexión de los distintos sumarios abiertos contra el recurrente, por Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2004 se acordó la acumulación de los mismo y se fijó en una duración de treinta años de privación de libertad el tiempo total de cumplimiento de todas las penas pri-

vativas de libertad impuestas en las causas expresadas.

- c) Posteriormente, por Auto de la misma Sección Tercera de 28 de julio de 2005 se acordó dejar sin efecto el Auto de 11 de noviembre de 2004, por entender que no se habían acumulado la totalidad de las sentencias condenatorias dictadas respecto del penado y que no se había reclamado con carácter previo a dictar el Auto la hoja histórico penal del Registro central de penados y rebeldes en relación al mismo, retro trayendo las actuaciones al momento procesal en que se omitió el trámite preceptivo establecido en el art. 988 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím).
- d) No hay ninguna otra resolución judicial relevante del Tribunal sentenciador en la ejecutoria hasta que, mediante Auto de 10 de febrero de 2009 se acordó acumular todas las Sentencias condenatorias dictadas respecto del recurrente y se fijó en una duración de treinta años de privación de libertad el tiempo total de cumplimiento de todas las penas privativas de libertad impuestas al demandante, con indicación de que el cumplimiento de las penas será sucesivo, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan respecto a cada una de las penas que esté cumpliendo siguiendo el criterio de la STS 197/2006, de 28 de febrero .

De ninguna de las resoluciones judiciales a las que aluden el recurrente y el Ministerio Fiscal puede derivarse, en el presente caso, el efecto de intangibilidad respecto al criterio de cómputo de las redenciones pretendido. Ninguna de ellas realiza pronunciamiento alguno sobre esta cuestión en el fallo, puesto que su objeto era otro, ni incorpora tal criterio como ratio decidendi o fundamento determinante del fallo. Así, por lo que respecta al Auto de 11 de noviembre de 2004 de acumulación de condenas y fijación del límite máximo de cumplimiento, que el demandante y el Ministerio Fiscal consideran intangible, debemos señalar que esta resolución se limita a hacer efectiva la previsión legal (art. 988 LECrím y art. 70.2 CP 1973). No existe en él referencia alguna a la redención de penas por el trabajo o al criterio de cómputo de la misma,

*ni puede concluirse que dicho criterio sea relevante en modo alguno en la decisión de acumulación en su día adoptada.*

*De lo expuesto cabe concluir que en el presente caso no existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (art. 24.1 CE), ni, en consecuencia, vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) por esta causa. En efecto, ni puede afirmarse la existencia de una resolución judicial firme e intangible de la que se derive la aplicación al caso de un criterio de cómputo de las redenciones de pena por trabajo distinto del aplicado por las resoluciones recurridas, ni que el recurrente tuviera una legítima expectativa concreta, derivada de la actuación previa de los órganos judiciales en la presente ejecutoria, de alcanzar su libertad en un momento distinto al que resulta de las resoluciones judiciales recurridas en amparo.*

4. *El recurrente denuncia en los motivos segundo, cuarto y quinto de su demanda la supuesta vulneración del principio de legalidad penal, desde la doble perspectiva de la ilegitimidad del nuevo criterio interpretativo y la aplicación retroactiva de una ley desfavorable (art. 25.1 CE). En relación con esta petición, hemos de destacar que no nos encontramos en el ámbito propio del derecho fundamental consagrado en art. 25.1 CE, que es el de la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7; 145/2005, de 6 de junio, FJ 4; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 4, entre otras muchas), sino en el de la ejecución de una pena privativa de libertad, en la que se cuestiona la forma de computar la redención de penas por el trabajo, sin que de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene afirmando que las cuestiones relativas a la ejecución*

*de la pena ya impuesta, en la medida en que no impliquen que la misma sea más grave que la prevista por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 7.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por más que sí pueden afectar al derecho a la libertad. En este sentido se pronuncia la STEDH de 10 de julio de 2003, caso Grava c. Italia (§ 51), en un supuesto referido a la condonación de la pena citando, mutatis mutandis, el caso Hogben c. Reino Unido, núm. 11653-1985, decisión de la Comisión de 3 marzo 1986, Decisiones e informes [DR] 46, págs. 231, 242, en materia de libertad condicional. Y más recientemente la STEDH de 15 de diciembre de 2009, caso Gurguchiani c. España (§ 31), afirma que “la Comisión al igual que el Tribunal han establecido en su jurisprudencia una distinción entre una medida que constituye en esencia una pena y una medida relativa a la ejecución o aplicación de la pena. En consecuencia, en tanto la naturaleza y el fin de la medida hacen referencia a la remisión de una pena o a un cambio en el sistema de libertad condicional, esta medida no forma parte integrante de la pena en el sentido del art. 7”.*

*También debe rechazarse la denunciada vulneración del derecho a la legalidad de las infracciones y sanciones (art. 25.1 CE) por aplicación retroactiva del art. 78 CP 1995, tanto en su redacción inicial como en la dada al mismo por la Ley Orgánica 7/2003. En dicho precepto el legislador estableció que para determinados supuestos de acumulación de penas el Juez o Tribunal sentenciador “podrá acordar que los beneficios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refiera a la totalidad de las penas impuestas” (art. 78.1 CP), criterio que deviene obligatorio cuando se trata de penas especialmente graves aunque, no obstante, se prevean algunas excepciones que deberá valorar el Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 78.2 y 3 del Código penal vigente).*

*Pues bien, ni las resoluciones recurridas, ni la doctrina del Tribunal Supremo invocada en ellas, aplican retroactivamente dicho precepto (que, por otra parte, no hace referencia a la*

redención de penas por trabajo, puesto que dicha posibilidad desaparece en el Código penal de 1995), sino la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que el recurrente fue condenado (arts. 70.2 y 100 CP 1973), si bien con una nueva interpretación de la misma que, ciertamente, viene a coincidir con el criterio de cómputo consagrado expresamente en el art. 78 CP 1995, pero que el Tribunal Supremo ha considerado era posible a la vista del tenor literal de los arts. 70.2 y 100 CP 1973 y el art. 988 LECrim. Por tanto, teniendo en cuenta el razonamiento de los órganos judiciales y los preceptos que se aplican, la queja carece de base fáctica, pues la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable tiene como presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de una norma penal a hechos cometidos previamente a su entrada en vigor (por todas, SSTC 21/1993, de 18 de enero, FJ 4; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 20/2003, de 20 de febrero, FJ 4; y 116/2007, de 21 de mayo, FJ 9), supuestos que no se da en el caso analizado.

Los cambios de criterio jurisprudencial y su conformidad con la Constitución sí pueden ser cuestionados desde otras perspectivas. Una de ellas, alegada en el motivo tercero de la demanda de amparo, tiene que ver con el contenido del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). Sin embargo, tampoco desde esta perspectiva puede apreciarse en el presente caso la vulneración denunciada. Como señala el Ministerio Fiscal, la resolución dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se limita a aplicar la doctrina sentada por otro órgano judicial, el Tribunal Supremo, máximo intérprete de la ley, justificando razonadamente el cambio de criterio sobre la forma de cómputo de las redenciones de penas por el trabajo en penas acumuladas, frente a otros supuestos resueltos con anterioridad. No puede apreciarse, por tanto, ni voluntarismo selectivo, ni apartamiento inmotivado del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional cuyas resoluciones se impugnan, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa según nuestra jurisprudencia (SSTC 74/2002, de 8 de abril, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 23; 117/2004, de 12 de julio, FJ 3; 76/2005, de 4 de abril, FJ

2; 27/2006, de 30 de enero, FJ 3; 96/2006, de 27 de marzo, FJ 4; y 2/2007, de 15 de enero, FJ 2).

De todo lo expuesto se colige también, por razones atinentes al principio de legalidad, que el demandante no ha sido privado de su libertad personal en supuestos distintos de los establecidos en la ley penal, lo que descarta la alegada vulneración del art. 17 CE ...

6. La misma suerte desestimatoria debe seguir la queja plasmada en el motivo de amparo octavo de la demanda, según la cual el nuevo criterio de cómputo de las redenciones que le ha sido aplicado deja sin efecto práctico las redenciones y la libertad condicional, lo cual vulneraría el art. 25.2 CE en cuanto prevé que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, por cuanto “niega el carácter incentivador y reinsertador de las redenciones al no tener ninguna plasmación como beneficio penitenciario”.

Como con acierto destaca el Ministerio Fiscal en este extremo, el art. 25.2 CE no expresa un derecho fundamental del ciudadano susceptible de ser invocado en amparo, sino más bien un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria con objeto de que configure las sanciones penales para que cumplan estos fines de reinserción establecidos en la Constitución, sin que se deriven derechos subjetivos del mismo (por todas, SSTC 88/1998, de 21 de abril, FJ 3; 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 3; 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4; ATC 279/2000, de 29 de noviembre, FJ 4). En tal sentido, es evidente que el nuevo criterio de cómputo de las redenciones dificulta objetivamente la posibilidad de reducir automáticamente el cumplimiento efectivo de la pena en determinados supuestos, singularmente aquellos en los que la duración de las penas acumuladas supera en mucho, aritméticamente, los límites máximos de cumplimiento legalmente establecidos. Pero tal criterio no impide que los penados puedan cumplir su condena con arreglo a las previsiones de la legislación penitenciaria vigente que, a través del sistema de individualización científica, la previsión de clasificación en diversos grados, los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, las comunicaciones personales,

*los regímenes de cumplimiento en semilibertad y la posibilidad de obtener la libertad condicional, incluso de forma anticipada, constituyen un elenco de medidas que favorecen y posibilitan la reeducación y reinserción social, si su conducta penitenciaria y su evolución muestra que se hallan en condiciones de hacer vida honrada en libertad».*

La larga cita merecía la pena pues se vienen a analizar las diferentes cuestiones suscitadas ante el TC de cuya doctrina en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE) esta Sala no puede si no hacerse eco (art. 5.1 LOPJ).

No estamos, pues, ante una rectificación de decisiones previas firmes, sino ante un acuerdo complementario de lo ya decidido. Hasta este momento no existía en la ejecutoria de la que dimana el presente recurso ningún pronunciamiento jurisdiccional que se hubiese decantado por uno u otro criterio de cómputo de las redenciones. Por eso no se puede hablar de variación de resoluciones firmes, ni de afectación del principio de seguridad jurídica (que no se ve afectado incidido más que en la medida en que lo es en cualquier ocasión en que se produce una modificación jurisprudencial: pero de ese principio constitucional no cabe inferir como consecuencia la inmutabilidad de la jurisprudencia), ni de aplicación arbitraria de la norma.

El órgano sentenciador es el competente para decidir sobre ese extremo que afecta al núcleo de la acumulación prevista en el art. 70 CP. Ni la jurisdicción de vigilancia penitenciaria tiene facultades sobre ese punto (su papel se limita a la aprobación de las redenciones); ni, por supuesto, las tiene la administración penitenciaria (que efectúa cálculos; no dicta resoluciones). Las expectativas que haya podido generar esa forma habitual, de efectuar el cómputo no pueden condicionar la decisión sobre un particular que atañe en exclusividad al órgano sentenciador (art. 17 de la Ley Orgánica General Penitenciaria). El Tribunal no había exteriorizado en ningún momento su criterio plasmándolo en una decisión: tanto el auto de acumulación de condenas como el que rechazaba el acoplamiento al CP 1995 dejaban esta cuestión sin prejuzgar (cosa diferente es que se pueda adivinar qué se hubiese decidido si en ese momento en que no se ha-

bía producido el giro jurisprudencial se plantea la cuestión: pero eso es inherente a todo cambio jurisprudencial; afectará a los asuntos pendientes y no a los ya resueltos). No hay ninguna decisión jurisdiccional firme dictada por órgano competente que esté contradicha por el auto ahora impugnado.

Tampoco las liquidaciones de condena tienen trascendencia a este respecto ni pueden considerarse «intangibles». La intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes viene proclamada el art. 118 de nuestra Constitución. Pero eso no afecta a cómputos de tiempo provisionales efectuados por la administración. Ello implica la continua modificación de resoluciones que aprueban liquidaciones de condenas y fechas de licenciamiento definitivo sin quebranto alguno de la seguridad jurídica. (ATC 274/1997, de 16 de julio). De ahí que la consolidación de la situación punitiva de un penado no se produzca hasta que se apruebe su licenciamiento definitivo.

El criterio establecido en las decisiones impugnadas no suponía una variación de una decisión judicial firme previa y el motivo ha de desestimarse.

**Quinto.**—De la STC que ha sido extensamente transcrita y que viene a reiterar una doctrina repetida en un nutrido grupo de resoluciones de tal Alto Tribunal se colige la procedencia de desestimar también los motivos cuarto y quinto ambos anclados en el art. 852 LECrim.

De un lado, se alega el principio de legalidad en relación con el principio de irretroactividad. Que el recurrente busque apoyo en el voto particular demuestra que la doctrina mayoritaria que es la que forma jurisprudencia y la que debe inspirar por mandato legal (art. 5.1 LOPJ) a esta Sala sostiene la tesis contraria a la postulada. Así queda patentizado con la extensa cita efectuada. La variación de la interpretación de una ley no supone su aplicación retroactiva. Existía una práctica extendida pero solo algunos aislados pronunciamientos expresos sobre esa norma discutida, cuya lectura permite legítima y racionalmente la tesis sustentada por la Audiencia acogiendo la doctrina (no inaugurada, pues había algún precedente, luego revocado) pero sí implantada de forma generalizada por la STS 197/2006.

La STEDH de 10 de julio de 2012 invocada está pendiente de firmeza y no es definitiva. El TC se ha pronunciado al respecto rechazando anticipar la eficacia, no directa además, de una sentencia que pende de un recurso (admitido a trámite y cuya vista según parece está señalada ya para una fecha próxima aunque no inmediata) y que contradice el criterio de los órganos jurisdiccionales nacionales. Ha denegado diversas peticiones de suspensión que buscaban apoyo en esa Sentencia. Solo si cristaliza tal decisión mediante su refrendo por la Sala de tal órgano internacional llamada a conocer del recurso habrá que arbitrar los mecanismos necesarios para adaptar las decisiones que hayan podido recaer antes. Y para eso será necesario interpretar flexiblemente ese principio de intangibilidad que el recurrente invocaba en el motivo anterior, lo que ciertamente está autorizado por la jurisprudencia del TC y de esta Sala pese a la ausencia todavía de una normativa interna que prevea y regule la eficacia de esas decisiones emanadas de órganos supranacionales sobre sentencias firmes en el ordenamiento interno. No es éste lugar adecuado para entrar a dialogar con los criterios de tal

sentencia no definitiva. La ratificación o apartamiento de sus criterios ha de debatirse en el marco procesal e institucional adecuado. Aquí nos corresponde otra tarea: decidir el recurso a la luz de la legislación vigente interpretada por el TC y esta Sala con criterios todavía no desmentidos definitivamente por ese Tribunal supranacional.

El motivo quinto y último es vicario de los anteriores. No puede haber afectación del derecho a la libertad del art. 17 CE, si se ha llegado antes a la conclusión de que tal privación de libertad se ajusta a parámetros legales. No tiene autonomía este motivo frente a los demás. Si alguno de los otros motivos había de prosperar, arrastraría también a éste. Si se concluye que la privación de libertad se acomoda a lo establecido por la ley y que por tanto es legítima se está respetando el art. 17 CE que se refiere a las privaciones de libertad fuera de los casos previstos por las leyes. Si la interpretación del artículo 70 es errónea, estaremos ante una privación de libertad indebida por derivación. Pero si es correcta no puede hablarse de violación del derecho a la libertad ni de infracción del art. 17 CE.

### Sentencia 19/2013, Sala Segunda del TS, de 9 de enero

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Abusos sexuales. Complicidad por omisión**

Recurso de Casación: **n.º 10694/2011**

Artículos: **12, 28, 29, 181, 182, 450 y 454 Código Penal**

**Abusos sexuales. Complicidad omisiva. Se resume la doctrina jurisprudencial relativa a la posibilidad de participar por omisión y los límites frente a la autoría de un delito de omisión del deber de impedir delitos y al encubrimiento.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

4. (...)

El tercero de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim denuncia infracción de ley, indebida aplicación de los arts. 11 y 29 del CP y correlativa inaplicación indebida de los arts. 452 y 454 del mismo CP Subsidiariamente se sostiene la errónea inaplicación del art. 450 del CP.

A juicio de la defensa, el hecho probado no permite afirmar que Adelaida fuera cómplice por omisión de un delito continuado de abusos sexuales, previsto y penado en el art. 182.1 y 2, en relación con el art. 180.1.4 del CP. Al declararse probado —se alega— que la recurrente tuvo conocimiento de los hechos que se describen entre su marido y su hijo menor con

posterioridad a que sucedieran, después de que Eusebio se los refiriera, es evidente que su actuación tuvo que ser la propia de una encubridora, con la consiguiente aplicación de la exención de pena prevista en el art. 454 del CP, al ser el autor del delito principal que aquella habría incurrido, su propio marido.

El motivo no puede ser acogido.

La admisión de una complicidad omisiva no está exenta de dificultades dogmáticas. La idea de que la posición de garante, una vez afirmada, obliga a impedir la comisión del delito, complica de forma visible la aceptación de una participación omisiva que no imponga en toda su plenitud el deber de actuar. Precisamente por ello, las tesis doctrinales que degradan la autoría hacia formas de complicidad cuando el responsable se limita a no dificultar la comisión del delito, encuentran un obstáculo en el significado mismo de la posición de garante que, conforme al art. 11 del CP, impone un deber de actuar para la evitación del resultado. O se es garante y el incumplimiento del deber de evitar el resultado hace nacer la autoría por omisión o no se es garante y, por tanto, no puede proclamarse una autoría omisiva. Si a ello se añade que nuestro sistema jurídico conoce específicos tipos de omisión para quienes eluden el deber de impedir determinados delitos (cfr. art. 450 CP), las dificultades anunciadas para fundamentar una complicidad por omisión con la cobertura del art. 11 del CP se hacen más evidentes.

Pese a todo, la jurisprudencia de esta Sala es unánime en la admisión de la complicidad por omisión, sin que falten resoluciones que advierten de la importancia de prevenir interpretaciones extensivas que erosionen la vigencia del principio de legalidad. Recuerda la STS 1480/1999, 13 de octubre que «la participación omisiva en un delito de resultado ha sido generalmente admitida por la doctrina, incluso con anterioridad a la promulgación del Código de 1995, cuyo art. 11 regula la comisión por omisión. La jurisprudencia a partir de la década de los ochenta (cfr. SSTs 18-3-1982; 26-1-1984; 31-1-1986; 13-12-1988; 22-11-1991; 24-10-1991; 6-4-1992 y 18-12-1996) también la ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico,

de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias. Más discutible resulta determinar si esa omisión del deber jurídico de actuar ha de ser subsumida en la autoría o en la participación, necesaria o no (...). La participación omisiva encuadrable en la complicidad parte de unos presupuestos: a) favorecimiento de la ejecución, que se integra como presupuesto objetivo; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante». Y la STS 755/1999, 11 de mayo, se refiere a la evolución jurisprudencial sobre la materia, «... admitiendo esta forma de participación sólo en aquellos casos en que el omitente se hallaba en posición de garante. [...] La solución es por supuesto correcta, aunque no sean desdénables sus eventuales incidencias negativas sobre el principio de legalidad si se adopta de manera indiscriminada».

La sentencia cuestionada se adscribe a la línea jurisprudencial transcrita y justifica la complicidad por omisión de Adelaida razonando en el FJ 3.º que «... la procesada conoció de los hechos después de que éstos habían iniciado, sin saberse cuanto tiempo antes, y tras esta toma de conocimiento no realizó ninguna actividad que pudiera ser mínimamente eficaz para ponerles coto, culminando su abulia con el solo dicho al menor de que no lo contara. Tal comportamiento supone el desprecio de los más elementales deberes (y derechos) que como ejerciente de la patria potestad prevé el art. 154 del Código Civil, fundamentalmente en lo que hace a los deberes de velar por el menor y procurarle una formación integral, entre la que no está, obviamente, el anticipo de una vida sexual prematura, y al eludir tan esenciales exigencias desatiende la posición de garante que le confiere la obligación legal antedicha, incardinando su comportamiento en el marco del art. 11 del Código Penal. Ahora bien, esa comisión por omisión no puede imputarse en el grado de equivalencia con la autoría, como cooperadora necesaria —autora material no lo fue— porque, entre otras razones, si cuando ella supo lo que le estaba ocurriendo a su hijo ésta ya venía siendo victimado no se

sabe cuántas veces antes por su padre, no era de esperar que la procesada hubiese actuado en esa época, toda vez que no era conocedora de la situación, siendo a raíz de su conocimiento de la ejecución delictiva cuando verdaderamente no interviene para evitar su reiteración».

Más allá del acierto de la Audiencia Provincial para calificar como complicidad lo que se sitúa en el ámbito más propio de la autoría por omisión, lo cierto es que los términos en que el motivo ha sido formalizado y los principios que informan el recurso de casación, que obviamente impiden la agravación de la condena del recurrente, nos obligan a centrarnos exclusiva-

mente en las razones que excluyen que el hecho probado recoja un acto de encubrimiento, como sostiene el recurrente. En efecto, tiene razón la defensa cuando alega que Adelaida conoció los abusos cuando éstos ya venían siendo cometidos por Luis Carlos con anterioridad. Esta idea la resalta el hecho probado y la fundamenta —como hemos apuntado *supra*— el órgano decisorio. Sin embargo, su conducta omisiva se prolongó en el tiempo mientras que el menor seguía siendo objeto de sevicias por parte de su padre adoptivo. Ella conoce y omite mientras el menor sigue siendo atacado en su indemnidad sexual. No existió, por tanto, encubrimiento.

### Sentencia 3/2013, Sala Segunda del TS, de 15 de enero

Ponente: **Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Resumen: **Prueba de indicios y de ADN**

Recurso de Casación: **n.º 10851/2012**

Artículos: **24 CE, 326, 363 y 741 LECrim**

**Apología del terrorismo: especial poder de acreditación como indicio apto para enervar la presunción de inocencia de restos de ADN del recurrente en objeto y lugar determinado.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **Primero.**—(...)

1. (...). La validez de la prueba de indicios, así como su capacidad para enervar la presunción de inocencia, ha sido reconocida reiteradamente tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional como por esta Sala.

La jurisprudencia exige que el razonamiento se apoye en elementos de hecho y, ordinariamente, que éstos sean varios, aunque es posible excepcionalmente un solo indicio especialmente significativo; que estén acreditados por prueba directa; que sean concomitantes al hecho principal; que se relacionen reforzándose entre sí, y que de su valoración conjunta fluya de modo natural la conclusión relativa a la existencia del hecho que se pretende acreditar, con respeto al recto criterio humano racional. Desde el punto de vista formal, es necesario que la sentencia

exprese con claridad y precisión el juicio de inferencia, cuya corrección puede ser controlada a través del recurso de casación.

Por otra parte, la razonabilidad del juicio de inferencia exige que no se opte por una ocurrencia fáctica basada en una inferencia débil, inconsistente o excesivamente abierta, (STS n.º 1090/2002, de 11 de junio).

2. En el caso, el Tribunal de instancia se ha basado especialmente en el resultado de la prueba de ADN, que en sí misma no es cuestionada en el motivo, en el que solo se pone en duda que como único indicio pueda justificar una sentencia condenatoria.

En primer lugar, el estado de la ciencia permite reconocer un gran efecto probatorio a las pruebas de ADN, en cuanto conducen a la identificación de la persona que dejó los restos que se analizan con un irrelevante margen de error.

Una vez identificada la persona, la cuestión es establecer si ello permite considerar probada su participación en el hecho.

A estos efectos, deben ser valorados, tal como se hace en la sentencia impugnada, aspectos circunstanciales que acompañan al hecho central, consistente en este caso en la aparición de los restos orgánicos del recurrente en una especie de capucha utilizada por uno de los autores. No se discute la relación entre la capucha y los hechos, pues existe un testigo que vio a los autores arrojar algo tras la tapia del colegio donde luego fue recogido por la policía. Por otro lado, el propio recurrente reconoció poseer una camiseta de las mismas características.

Los restos de ADN fueron buscados, intencionadamente, y encontrados en el lugar que coincidiría con la boca del usuario de la capucha confeccionada con el trozo de manga de la camiseta. Y en ese lugar, solamente aparecieron restos de ADN del recurrente. Es decir, en el caso, no solo se afirma que en la capucha, en el lugar que correspondería a la boca del usuario, aparecieron restos de ADN del recurrente, sino que además se afirma que no aparecieron los de ninguna otra persona, identificada o no. Dato que autoriza a excluir, de forma muy cercana a la certeza absoluta, el uso de la capucha

por otros, dadas las escasísimas posibilidades de que no hubiera quedado restos orgánicos, si alguien la hubiera utilizado para cometer el hecho y huir a la carrera como hicieron los autores, según resulta de la sentencia.

Por otra parte, según se recoge en la sentencia, el recurrente es una persona vinculada al entorno terrorista, tal como se desprende de los objetos encontrados en la entrada y registro efectuado en su domicilio y que aparecen relacionados en el fundamento jurídico tercero de la sentencia impugnada. Es claro que este dato, por sí solo, nada demuestra en cuanto a su participación en los hechos, pero no permite considerar al recurrente como una persona completamente ajena a comportamientos y actitudes de esta clase, lo cual, de producirse, habría podido debilitar el poder demostrativo del indicio.

En consecuencia, puede afirmarse que, en el caso, el indicio consistente en la aparición de restos de ADN del acusado, y solo del acusado, en la zona correspondiente a la boca de la capucha utilizada por uno de los autores para ocultar su identidad al cometer el hecho, tiene un significativo y especial poder de acreditación, por lo que el Tribunal de instancia entendió correctamente que la prueba disponible permitía considerar enervada la presunción de inocencia.

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

**Sentencia 178/2012, AP Ávila, de 3 de septiembre**

Ponente: **Doña María José Rodríguez Dupla**

Resumen: **Faltas. Vejaciones injustas**

Recurso de Apelación: **n.º 110/2012**

Artículos: **48, 50, 52, 620 y 638 Código Penal**

**Falta de vejaciones injustas: Llamadas reiteradas desde teléfono oculto en horas de descanso. Identificación judicial del número. Intención de causar molestias. Presunción de que las llamadas se realizan por el titular de la línea. Condena.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—Partiendo de que el concepto legal de vejación injusta puede abarcar múltiples conductas, distintas de las amenazas, coacciones o injurias, y así lo demuestra su inclusión independiente en el artículo 620 del Código Penal como uno de los comportamientos dignos de reproche penal, entendemos subsumibles las conductas de leve maltrato o humillación psicológi-

ca, aptas para generar una molestia u opresión moral, o sufrimiento, al receptor, y en tal categoría sin duda entran las insistentes llamadas telefónicas, recabando la atención del destinatario sin otro fin que importunar o atosigar, máxime realizadas durante la noche, como algunas en el caso de autos, pues constituye tal proceder un instrumento idóneo para causar desasosiego y mortificación a cualquier persona.

**Sentencia 384/2012, AP Orense, de 19 de octubre**

Ponente: **Don Manuel Cid Manzano**

Resumen: **Falta de amenazas. Revisión de hechos probados en apelación**

Recurso de Apelación: **n.º 758/2012**

Artículos: **5 LOPJ, 620 Código Penal, 741 y 790 LECrim**

**Falta de amenazas: Absolución. Imposibilidad de revisión en segunda instancia de hechos probados basados en prueba de carácter personal.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—En suma, tanto en los supuestos en que el recurso de apelación discrepe de las

premisas fácticas en que se apoya la resolución apelada (invocando errónea valoración probatoria) como en aquellos en que únicamente se objete la calificación jurídica (asumiendo «ad

integrum» los hechos declarados probados), la ausencia de previsión legal en el desarrollo de la vista que pudiere celebrarse en segunda instancia comporta que la observancia obligada a la doctrina constitucional sentada (art.

5.1 LOPJ) impida revisar tanto la valoración de la prueba como la aplicación de la norma sustantiva por comprometerse, de otro modo, el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

### **Sentencia 135/2012, AP Pontevedra, de 24 de octubre**

---

Ponente: **Doña María Cristina Navares Villar**

Resumen: **Falta de lesiones. Presunción de inocencia. *In dubio pro reo***

Recurso de Apelación: **n.º 595/2012**

Artículos: **617 Código Penal, 741 y 976 LECrim**

**Falta de lesiones: Recurso de apelación. Valoración de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo* en el análisis de la prueba por la Audiencia Provincial.**

### **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

---

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Tercero.**—Dicho principio, como recuerda la STS de 27 de abril de 1998, EDJ 1998/2376, interpretado a la luz del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que resuelve un mandato: el de no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza; el Tribunal no tiene obligación de dudar ni de compartir las dudas que abriguen las partes, pero sí tiene obligación de no declarar probado un hecho del que dependa un juicio de

culpabilidad si no ha superado las dudas que inicialmente tuviese sobre él. Ello implica, en definitiva, que si tras haber agotado todos los medios probatorios disponibles y procedimentalmente admisibles que puedan emplearse en base al deber de esclarecimiento que incumbe al Juez, no llega a aclararse el supuesto de hecho lo suficiente como para convencer al Tribunal de la concurrencia de los presupuestos negativo y positivos del juicio de imputación, el proceso penal debe concluirse, por razones de seguridad jurídica, con una declaración negativa de culpabilidad.

### **Sentencia 270/2012, AP Palma de Mallorca, de 25 de octubre**

---

Ponente: **Don Diego Jesús Gómez-Reino Delgado**

Resumen: **Maltrato en el ámbito familiar. Dilaciones indebidas**

Recurso de Apelación: **n.º 387/2012**

Artículos: **21 y 153 Código Penal, 714, 717 y 741 LECrim**

**Violencia doméstica: Condena. Atenuante de dilaciones indebidas. Estudio del valor probatorio de la declaración de la víctima corroborada por otras pruebas. Necesidad de fundamentación de los hechos probados para destruir la presunción de inocencia.**

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...)

Lo fundamental, en suma, es no solo que la prueba se haya prestado en el acto del plenario a presencia del Juez y de las demás partes y sometida a contradicción, si no que el Juzgador efectúe una valoración y ponderación del testimonio vertido por el testigo de cargo de la que obtenga y explícite el juicio de culpabilidad de manera que, de una parte, permita conocer a cualquier espectador externo y por supuesto al propio acusado declarado culpable cuales son los motivos por los que considera que dicha declaración es veraz y tiene virtualidad para extraer un pronunciamiento de condena y, de otra parte, faculte a un Tribunal de apelación para revisar dicha conclusión.

Por tanto, cuando en el recurso de apelación se cuestiona la infracción de la presunción de inocencia el control del Tribunal superior no puede limitarse a la mera constatación formal de la existencia de la declaración inculpativa y la regularidad de su obtención por su práctica en el juicio oral bajo los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y, en su caso, publicidad, sino que ha de comprobar también la racionalidad de la convicción expresada en la motivación de la sentencia.

El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada «en el juicio». El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizado tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control. Para facilitar la motivación de la prueba, en su contenido racional, la Jurisprudencia del TS ha suministrado criterios de valoración referidos en la persistencia en la declaración, la ausencia de incredibilidad subjetiva y verosimilitud con sus respectivas notas ampliamente desarrolladas en nuestra jurisprudencia.

**Sentencia 133/2012, AP Salamanca, de 25 de octubre**

Ponente: **Don Ángel Salvador Carabias Gracia**

Resumen: **Quebrantamiento de pena de localización permanente**

Recurso de Apelación: **n.º 157/2012**

Artículos: **37 y 468 Código Penal y 741 LECrim**

**Quebrantamiento de condena: Incumplimiento de localización permanente al no ser encontrado en varios ocasiones el condenado en el lugar indicado para el cumplimiento. La localización permanente se considera pena privativa de libertad y su vulneración determina pena de prisión y no de multa.**

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—(...) El segundo y último motivo del recurso se refiere a que la Jueza de instancia ha

aplicado indebidamente el tipo agravado del artículo 468 del Código Penal ya que ha estimado que ha quebrantado una pena privativa de liber-

tad cuando la pena de localización permanente no tiene tal carácter. El artículo 35 del Código Penal establece que la localización permanente es una pena privativa de libertad. Algunas sentencias han estimado que no lo es por la peculiaridad del cumplimiento pero la mayoría se inclina por estimar que es pena privativa de libertad. Así sentencia de A.P. Madrid sección 7.<sup>a</sup> de 28-11-2011, Huelva sección 1.<sup>a</sup> de 17-2-2012 y en relación a la pena de arresto domiciliario de

antes de la supresión de esta pena el T.S. en sentencia de 24-9-2001 la había considerado como privativa de libertad, localización permanente que ha sustituido a la suprimida pena de arresto domiciliario. Por ello y estando cumpliendo dicha pena aunque sea en el domicilio estamos en presencia de una pena privativa de libertad y por ello en caso de quebrantamiento ha de aplicarse este subtipo como ha hecho la sentencia de instancia.

### **Sentencia 490/2012, AP Tarragona, de 25 de octubre**

---

Ponente: **Don Ángel Martínez Sáez**

Resumen: **Lesiones causadas en accidente de tráfico. Imprudencia**

Recurso de Apelación: **n.º 787/2012**

Artículos: **109, 117 y 621 Código Penal**

**Falta de lesiones causadas por imprudencia: Conductora que no respeta stop. Para determinar el tiempo de curación se atiende al alta laboral sobre informe del médico forense, puesto que la perjudicada realizaba un trabajo que le obliga a permanecer de pie toda la jornada. Aplicación automática del factor de corrección en las secuelas.**

### **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

---

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **Primero.—(...)**

Podemos constatar perfectamente que por la Juzgadora se razona en el fundamento de derecho primero los días que la Sra. Sandra precisó para la curación de las lesiones. Por la Juzgadora analizando la discusión sobre si los días de curación son los indicados por el Médico Forense en la cuantía de 83 días o bien son 159 días tal como mantiene el perito Sr. Imanol se decanta por este último, considerando que los 83 días que indica el Médico Forense, y que supondrían la curación el día 26 de noviembre, tan solo refleja una situación favorable de la lesionada en dicha fecha, pero no por estar en esa situación favorable que este ya curada de sus lesiones y que por lo tanto pueda estar de pie tantas horas como sean precisas para ejercer su profesión de peluquera. La Juzgadora antepone la fecha de alta laboral, por considerar que la misma representa un dato objetivo en el sentido de encon-

trarse capacitada para realizar sus funciones y no antes. La Juzgadora da pues una mayor credibilidad al informe del perito Don Imanol de la Fuente, que no al informe del médico forense, pese a que este último sea un informe imparcial a diferencia como es lógico del perito de parte. Por otra parte manifestar que si realmente se hubiera considerado por la Médico Forense que a finales de noviembre ya se encontraba la Sra. Sandra en situación de alta, no tiene sentido alguno que la hubiera vuelto a citar para enero de 2012 dado que no se citan a aquellas personas que ya están dadas de alta. Consta por otra parte sustentar la fecha de alta en noviembre del 2011 dado que en el propio acto de la vista del juicio por parte de la médico forense se modifica los días de baja sobre su carácter de si son impeditivos o no impeditivos. En base a todo ese análisis consideramos que se tiene que mantener el criterio de la Juzgadora y considerar que el período de curación de las lesiones de la Sra. Sandra se extendió hasta un total de 159 días.

**Sentencia 74/2012, AP Toledo, de 25 de octubre**

Ponente: **Don Urbano Suárez Sánchez**

Resumen: **Delito contra la Hacienda Pública. Falta de acreditación del fraude fiscal**

Recurso de Apelación: **n.º 59/2012**

Artículos: **24 y 120 CE, 26 y 305 Código Penal, 456, 478 y 710 LECrim**

**Delito contra la Hacienda Pública: Absolución. Falta de acreditación del fraude fiscal. La documentación de contrastación de declaraciones por la Agencia Tributaria no es prueba pericial, porque solo incluye datos y no valoraciones. No procede celebrar vista en la segunda instancia para práctica de prueba que ya se llevó a cabo en la primera. La falta de motivación de sentencia debe ser el primer argumento del recurso, porque su estimación implica nulidad.**

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.—(...)**

Pues bien, no existe en el art. 790,3 de la L.E.Cr., que se cita por el Abogado del Estado, posibilidad de establecer una segunda vista oral para oír en declaración a quien fue oído en primera instancia, por lo que esta fuera por completo de toda posibilidad que el acusado vuelva a declarar, como se ha dicho no estamos ante un segundo juicio en el que el Tribunal haya de volver a valorar todas la prueba sino que ha de examinar si la valoración realizada es correcta o no; el recurso de apelación es un recurso ordinario pleno, en cuanto que permite una revisión de los hechos y del derecho aplicado, pero limitado en cuanto a las vías que se tienen para llevar a cabo es valoración.

Con referencia a la pericial tampoco se daría, si es que fuera posible, la necesidad ya que lo que la sentencia de instancia cuestiona no es que el informe emitido sea erróneo sino que no es un informe pericial y por tanto como no existe, salvo la manifestación de la Sra. Isabel, una constancia por otros medios de la cuota defraudada no puede llegar a la convicción de que se haya cometido delito; *a sensu contrario*, si esta Sala estima que sí es un informe pericial puede valorarlo, como se ha indicado con la parcial transcripción que de la sentencia del Tribunal Constitucional se ha realizado.

En cualquier caso se ha de reiterar que la petición de celebración de una vista oral carece de toda previsión legal, con lo que estaría abocada al fracaso una petición semejante.

**Sentencia 1025/2012, AP Barcelona, de 29 de octubre**

Ponente: **Don Emilio Soler Calucho**

Resumen: **Tráfico de drogas. Subtipo atenuado**

Procedimiento: **n.º 24/2012**

Artículos: **20, 21, 28, 66 y 368 Código Penal**

**Delito contra la salud pública: Tráfico de drogas que causa grave daños a la salud (cocaína) en escasa cantidad. Aplicación de subtipo atenuado. Estudio de la valoración de la drogodependencia como eximente, eximente incompleta, atenuante, o no apreciación.**

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

---

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—Por lo que se refiere a las excepciones invocadas por la defensa en el acto del juicio, respecto de la concurrencia de la atenuante muy cualificada de grave adicción a sustancias tóxicas del art. 21.2 del Código Penal, en relación a la exención o atenuación por drogadicción, la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo a este respecto distingue:

- a) Eximente completa del art. 20.2.º del Código Penal, para los supuestos de intoxicación plena o síndrome de abstinencia que impiden comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión.
- b) Eximente incompleta del art. 21.1.º CP, para los supuestos de grave adicción. En suma, cuando nos encontramos ante uno de los supuestos de acentuada intensidad y antigüedad de la adicción con deterioro de la personalidad, que el Tribunal Supremo (STS de 14-07-00, 19-02-00, 9-12-00...) ha subsumido en la eximente incompleta de drogadicción, dado que, la Psiquiatría, actualmente, considera la adicción a la cocaína y a la heroína, en tales supuestos, como enfermedades crónicas.

- c) La atenuante del 21.2 del Código Penal, para los supuestos en que no estén afectadas las facultades psíquicas e intelectivas pero sí las volitivas a consecuencia de la adicción, siendo además, exigible que exista una relación entre el delito cometido y la ausencia de droga que padece el agente.

En caso de que las facultades volitivas estén afectadas de forma leve, se apreciaría la atenuante simple y si están afectadas de forma moderada-intensa, se apreciará la atenuante como muy cualificada.

A la vista del dictamen pericial (folios 128 a 130) y de la declaración de la Médico Forense en el acto del juicio oral, se desprende claramente que no se aprecian signos de venopunciones, ni de síntomas de abstinencia de tóxicos y que las capacidades volitivas y cognoscitivas de la acusada se hallaban conservadas en el momento del reconocimiento médico, por lo que a la vista del referido informe no puede concluirse que en el momento de la realización del hecho delictivo Celia tuviera mermada su capacidad volitiva, por lo que la alegación ha de decaer.

**Sentencia 412/2012, AP Cáceres, de 2 de noviembre**

---

Ponente: **Don Valentín Pérez Aparicio**

Resumen: **Falta de lesiones. Agresión en grupo**

Recurso de Apelación: **n.º 856/2012**

Artículos: **27, 28, 116, 617 y 620 Código Penal**

**Falta de lesiones: Cambio de fallo sin alterar hechos probados y cambiando únicamente las conclusiones en atención a pruebas practicadas. Condena. Grupo que agrede a una persona. Condena de parte de los intervinientes por su participación en los hechos y asunción de los resultados.**

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

---

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...)

Únicamente cabe la condena pronunciada en apelación, tanto si el apelado había sido absuel-

to en la instancia como si fue condenado y la sentencia de apelación empeora su situación, cuando en segunda instancia no se altere el relato de hechos probados sobre el que se asienta la Sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a pe-

sar de modificarse, tal alteración no resulta del análisis de medios probatorios que exijan de la intermediación para su valoración sino de otros datos de la causa respecto de los que la posición del juzgador de instancia y la del de apelación son iguales, particularmente las pruebas no presenciales documentadas, o, por último, cuando el Tribunal de apelación se limite a no compartir el proceso deductivo empleado por el de instancia a partir de los hechos base tenidos por acreditados en la sentencia apelada, a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales...

**Tercero.—(...)**

(...) en relación con la coautoría en el delito de lesiones, es doctrina jurisprudencial reiterada considerar a todos los miembros de un grupo como responsables de la lesión final originada por su ataque, si era previsible para ellos que ese resultado pudiera derivarse del tipo de agresiones llevadas a cabo. En tales casos, cuando todos

los sujetos emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el condominio funcional del hecho en cuanto que la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima. En estos supuestos, el elemento subjetivo de la coautoría (el acuerdo de voluntades) puede ser un convenio tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos casos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica. Pueden citarse en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 7 y 10 de noviembre de 2001, 11 de noviembre y cuatro de diciembre de 2002, entre otras. Esa es la situación que se aprecia en el presente caso. Los denunciados participaron, en unión de otras personas no identificadas, en una agresión colectiva en la que los diferentes agresores emplearon similares medios violentos (golpes) de los que resultaron las lesiones que sufrió la víctima, resultado que es por tal motivo imputable por igual a todos y cada uno de los intervinientes. La violencia empleada sobre el apelante hace a los dos denunciados, a la vista de las lesiones que aquel sufrió, coautores de una falta del artículo 617.1 del Código Penal.

**Sentencia 1454/2012, AP Madrid, de 12 de noviembre**

Ponente: **Doña María Jesús Coronado Buitrago**

Resumen: **Concurso ideal entre lesiones dolosas y resultado culposo**

Procedimiento: **n.º 25/2012**

Artículos: **20, 21, 66, 77, 147, 148, 150, 152 y 456 Código Penal**

**Lesiones: Agravación por el resultado. Inicial conducta dolosa dirigida a menoscabar la integridad física con resultado de pérdida de órgano principal. Desaparecida la figura de la preterintencionalidad se tratará como concurso ideal. Atenuante de drogodependencia. Denuncia falsa: absolución.**

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.—(...)**

Los rigores de la aplicación de la teoría del dolo eventual también han sido matizados por el Tribunal Supremo que ha ido introduciendo la

posibilidad de resolver la situación del exceso del resultado a través del concurso entre la acción inicial dolosa y la imprudencia por el resultado y así se pronuncian, entre otras, las SSTs 887/2006, de 25 y 269/2007, de 29.3.

En este caso este Tribunal considera que por parte del autor de los hechos no existió, no solo dolo directo de causar la pérdida de un órgano al lesionado, sino ni siquiera un dolo eventual por el que pudiese representarse dicho resultado o la previsión del peligro de que el mismo se produjera. Y para ello hay que recordar que al acusado golpeó a Luis Pedro con un palo por la espalda, en la región costal izquierda y por lo tanto en una zona del organismo protegida por elementos óseos, que ni siquiera fracturó, y sobre la que es muy dudoso que conociese que podía estar alojado el bazo, por lo que muy difícilmente pudo representarse, ni siquiera mínimamente, aquel resultado de la pérdida del bazo, y aceptarlo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aplicado la doctrina del dolo eventual a situaciones muy distintas a la ahora enjuiciada y así tratándose de casos de lesiones agravadas por el resultado ha tenido en consideración, a modo de ejemplo, que se trataba de una desviación del tabique nasal como consecuencia de un puñetazo en la cara en una persona experta en artes marciales, STS 1160/2000, de 30.6; de una mordedura en el pabellón auditivo externo que provoca su amputación STS 1685/2001, de 29.9; o de un golpe con un casco de moto en la boca de la víctima STS 83/2001, de 24.1, entre otras sentencias.

Por ello dadas las circunstancias del hecho y condiciones del acusado considera este Tribunal que los hechos son constitutivos de un delito de lesiones del artículo 147.1 en relación con el artículo 148.1 y 152.1, 3.º del Código Penal toda

vez que abandonada la posibilidad de aplicar a la culpabilidad del acusado no solo la superada teoría del «versari in re ilícita» sino del dolo eventual, es de aplicación la solución concursal antes aludida, que en ningún caso no produce ningún tipo de indefensión al acusado al introducir una conducta imprudente para justificar su condena en cuanto que la propia Letrada del acusado en trámite de informe planteo que en todo caso las lesiones sufridas por la víctima lo habrían sido a título de imprudencia...

(...).

**Cuarto.**—El encaje de los hechos objeto de enjuiciamiento en un delito de lesiones dolosas del artículo 148.1 del Código Penal en relación con un delito de lesiones imprudentes, por el resultado producido, del artículo 152.1, 3.º del Código Penal, en concurso ideal, hace de aplicación las previsiones que se contienen en el artículo 77 del Código Penal y así la posibilidades de aplicar en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave que en este caso es la correspondiente al delito de lesiones dolosas que situaría la consecuencia punitiva en los tres años y seis meses de prisión, mientras que si se procede a penar ambos delitos por separado, imponiendo al acusado la pena en el límite inferior de cada una de ellas, con amparo en las previsiones que se contienen en el artículo 66.1, 1.ª del Código Penal, las penas a imponer son las de dos años de prisión por el delito doloso y la de seis meses de prisión por el delito imprudente, en total dos años y seis meses de prisión que en todo caso son más beneficiosas.

### **Sentencia 16/2012, AP Segovia, de 13 de noviembre**

---

Ponente: **Doña María Felisa Herrero Pinilla**

Resumen: **Robo con violencia. Concurso medial con detención ilegal**

Procedimiento: **n.º 16/2012**

Artículos: **8, 22, 77, 163, 237, 242 y 617 Código Penal**

**Robo con violencia e intimidación y detención ilegal: Valoración de existencia entre ambos delitos de concurso de leyes, concurso real o concurso medial. En atención a la duración y forma de la retención se opta por el concurso ideal. Agravantes de disfraz y abuso de superioridad. Aplicación solo de la segunda. Cálculo de la pena. Validez de la intervención telefónica.**

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—(...)

Entrando en el análisis de las consecuencias jurídico-penales que conlleva el hecho de que los acusados ejecutaran actos ilícitos que vulneran tanto el patrimonio como la libertad ambulatoria de las personas, hemos de decir que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha preocupado, de forma reiterada, por establecer los criterios y límites que sirven para determinar cuándo, en supuestos como el presente estamos en presencia de un concurso de normas (art. 8 CP) o de delitos, ya real (art. 73 CP), ya ideal (art. 77 CP).

La STS 1323/2009, de 30 de diciembre, establece que la regla fundamental

«Ha de ser una valoración jurídica según la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante el concurso de normas, y en caso contrario, ante un concurso de delitos, real o ideal (STS 1424/2005 de 5.12). O dicho de otra forma: si la privación de libertad es un instrumento necesario y proporcionado para el apoderamiento de la cosa habrá concurso de normas, con absorción de la detención ilegal por el robo violento, en caso contrario, estaremos en un concurso de delitos (STS 479/2003 de 31.3.12/2005 de 20.1)».

A los efectos de aplicar la anterior regla, son diversos los criterios que se suelen atender. La STS n.º 372, de 29 de abril de 2010, rec. 11016/2009, dictada en casación en un supuesto que guarda gran similitud con el que ahora nos ocupa, fija tales criterios generales tomando como referencia las sentencias dictadas por el propio Tribunal n.º 282/2008 de 22 de mayo y 814/2009 de 22 de julio, si bien señalando la necesidad ineludible de examinar las características y circunstancias de cada caso concreto:

«a) Duración, conforme al cual cabe hablar de un límite mínimo por razón del cual se estima absorbida la detención por el delito patrimo-

nial si dura un período de tiempo mínimamente irrelevante (Tribunal Supremo Sala 2.ª, núm. 856/2007, de 25 de octubre, rec. 11.189/2006: lo que excluye el delito en caso de privaciones de libertad instantáneas o fugaces), y de un límite máximo que permite diferenciar la calificación de un concurso medial frente a un concurso real. Este criterio adolece de cierta ineludible indeterminación, puesta de relieve en nuestra Sentencia núm. 1539/2005, de 22 de diciembre, rec. 211/2005.

b) No exigencia, fuera de tales casos de un especial elemento subjetivo de desprecio a la víctima, distinta de la que supone el dolo como expresión del conocimiento y voluntad de privar a otra persona de dicha libertad ambulatoria (*ibidem*).

c) Se advierte que la regla del artículo 77.2 del Código Penal exige que la relación de funcionalidad sea caracterizable como necesaria, de tal suerte que no basta la instrumentalidad de la privación de libertad, procurada a tal fin por el autor, si la sustracción no lo exigía de manera necesaria (STS núm. 590/2004, de 6 de mayo). La no necesidad funcional de la privación de libertad para la comisión del otro delito, cuya ejecución es realizable prescindiendo de la privación de libertad, en alguna sentencia se traduce en la calificación de los hechos como autónomos (STS 2.ª núm. 622/2006, de 9 de junio, rec. 1.719/2005), siquiera este criterio no signifique cosa diversa que la ausencia de aquella necesidad medial, que expusimos en la Sentencia de esta Sala, núm. 1.539/2005, de 22 de diciembre, rec. 211/2005; y debiendo además atenderse, para calificar esa necesidad funcional, también a la gravedad del atentado a la libertad ya que, como dijimos en nuestra Sentencia, núm. 71/2007, de 5 de febrero, rec. 857/2006, los supuestos en los que robo y detención concurren independientemente, sin poder atribuirse ese carácter medial por la excesiva gravedad de esta segunda infracción, respecto de su necesidad para la comisión del acto depredatorio o su innecesaria prolongación en el tiempo con respecto a éste, han de calificarse de concurso real».

Y añade citada resolución:

«Así recientemente hemos recordado en la STS n.º 430/2009 de 29 de abril, que la jurisprudencia ha exigido para entender que la privación de libertad no queda absorbida en la dinámica propia del robo, que el encierro o el traslado no queridos rebasen el tiempo normal y característico de la mecánica comisiva del robo, debiendo quedar excluidas del tipo sancionador de la privación de libertad las inmovilizaciones del sujeto pasivo del robo de corta duración e inherentes a la actividad expoliatoria desplegada por los agentes, sin sustantividad propia penal, que queda absorbido por el comportamiento depredatorio.

(...) El concurso será el previsto en el art. 77 del Código Penal cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo o se produzca durante la dinámica comisiva del mismo. Así en los casos de detención para despojar a la víctima de sus cosas muebles o para asegurar la ejecución del robo o la fuga del culpable ( SSTS. 1008/98 de 11 de septiembre, 1620/2001 de 25 de septiembre, 1652/2002 de 9 de octubre.

Por el contrario, si la detención excede del tiempo necesario para llevar a cabo el acto depredatorio, o surge el robo después de la detención, existiría también una situación de concurso real —Sentencias de este Tribunal de 29 de noviembre de 2000 y 477/2002 de 12 de marzo— (...) En definitiva —decíamos en la STS 179/2007 de 7.3— este concurso será real (art. 73 CP) cuando la detención se produzca una vez concluida la dinámica comisiva del delito de robo, esto es, una vez terminada la conducta típica del robo (STS 1334/2002 de 12.7), cuando ya el delito de robo se ha consumado (SS. 30.10.87 y 14.4.88), aunque la detención se realice a continuación y seguidamente de concluirse el robo (SS. 21.11.90 y 3.5.93), como ocurre: cuando los acusados de robo, perseguidos inmediatamente por los policías, consiguen ponerse fuera de la vista y alcance de éstos y después realizan la privación de libertad de las personas que están en una vivienda para que les oculten (STS 646/97 de 12.4); o cuando la detención se prolongó después de finalizado el robo, obligando a la perjudicada a trasladar a los autores de los hechos lejos del lugar donde estos se habían

producido (STS 655/2000 de 11.4), o si concluido el robo, los autores realizan otra acción para evitar la libertad de la víctima (STS 1890/2002 de 13.11)».

A la vista de la anterior doctrina, podemos sacar una primera conclusión. Y es que, contrariamente a lo razonado por las acusaciones, no podemos hablar de un concurso real entre el delito de detención ilegal y el delito de robo con violencia. Ceferino no fue retenido más allá del tiempo durante el que se ejecutaron los actos depredatorios, ni con posterioridad a los mismos, sino que la detención fue medio necesario para cometer el robo y produjo dentro de la dinámica comisiva del mismo. Eso sí, en unas condiciones tales que permiten entender que la actuación vulneradora de la libertad ambulatoria del agredido no quedó embebida en el ilícito contra sus bienes, como más adelante veremos.

La segunda conclusión es que sólo podemos hablar de un delito de detención ilegal, el ejecutado sobre la persona de Ceferino, y no en referencia a su esposa Rocío. La privación de libertad que sufrió la mujer al ser arrojada sobre la cama e inmovilizada a través de la presión que uno de los agentes ejerció sobre su cabeza contra el colchón, fue de muy corta duración, sólo mientras los demás agresores se desplazaban hasta una habitación contigua para comprobar que la caja fuerte estaba abierta y vacía. Por ello la carencia de libertad ambulatoria a la que se vio sometida la Sra. Rocío ha de entenderse inherente a la propia actividad expoliatoria desplegada por los agentes, sin sustantividad propia penal, quedando así absorbida por el comportamiento depredatorio contra el patrimonio de la víctima.

La tercera conclusión no es otra que la de apreciar la concurrencia del delito de detención ilegal, pero en concurso medial con el robo con violencia e intimidación. Hemos de entender que la privación de libertad de Ceferino, no tanto por su duración (aunque sí tuvo la suficiente entidad temporal que exige el tipo del delito, en torno a los veinte o treinta minutos) como por sus especiales características, presenta una entidad cuyo aspecto negativo en cuanto ataque al bien jurídico protegido, no queda cubierto por la sanción del delito de robo (STS n.º 372/2010). Esto es, aun considerando la inevitable priva-

ción de libertad que todo ataque contra el patrimonio conlleva, objetivamente el ataque a la libertad que sufrió la víctima, quien fue atado de pies y manos, amordazado, intimidado con objetos peligrosos, arrojado y arrastrado por el suelo, golpeado y pateado por los implicados, ha de considerarse de mayor entidad que el simple ataque al patrimonio (SSTS 479/2003 de 31 de marzo y 12/2005 de 20 de enero). Acudiendo de nuevo a la STS 372 /2010,

«Por eso esta Sala ha dicho, en un caso de robo cometido con armas en que, además se ató y amordazó a las víctimas, que la privación de la libertad fue desde el primer momento un elemento adicional a la violencia ejercida por los autores mediante las armas que portaban, pues la acción de atar y amordazar a las víctimas aparece como un agregado sobre abundante que no puede ser considerado dentro de la unidad de la

acción propia del delito de robo (STS 273/2003 de 26.2)».

En casos como el señalado, continúa razonando nuestro Alto Tribunal que «dicha privación de libertad constituye ciertamente, medio necesario, en sentido amplio y objetivo, para la comisión del robo, pero su intensidad —no olvidemos que las víctimas fueron golpeadas reiteradamente mientras permanecían inmovilizadas— (...) excedió de la mínima privación de libertad in-sita en la dinámica comisión del delito contra la propiedad, afectando de un modo relevante y autónomo al bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal».

Es por ello que ha de ser tenida en cuenta la doble vulneración de bienes jurídicos autónomos, la libertad ambulatoria y el patrimonio, a través de las reglas del concurso medial del art. 77.2 CP.

### Sentencia 290/2012, AP Palma de Mallorca, de 15 de noviembre

Ponente: **Doña Francisca María Ramis Rosello**

Resumen: **Delito contra la propiedad industrial. Venta ambulante de objetos falsificados**

Recurso de Apelación: n.º 113/2012

Artículos: **274 Código Penal, 741 y 792 LECrim**

**Delito contra la propiedad industrial: Venta ambulante de objetos falsificados. Absolución. La copia burda, la diferencia de precio y el lugar de venta dificultan la capacidad de crear error en el consumidor. Falta de acreditación por la acusación del registro de alguna de las marcas falsificadas.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...).

(...) en el artículo 274, tipifica de modo expreso y sin remisión a Ley alguna, la comercialización de productos con una marca registrada con infracción de los derechos de exclusividad que corresponden al titular de la misma. No se requiere en esta modalidad delictiva que el sujeto reproduzca, imite o modifique una marca, este ilícito penal únicamente exige que se pongan los productos en el comercio. Ahora bien, sentado lo anterior, la segunda cuestión, consistente en

determinar si el tipo en cuestión exige el llamado error en el consumidor, sí es una cuestión estrictamente jurídica sobre la que se puede entrar a debatir en esta alzada. El artículo 274.1 del Código Penal (tanto antes como después de la modificación del precepto por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre), sanciona la conducta del que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico

tico o confundible con aquel, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de la propiedad industrial se encuentre registrado. Entiende la Sala, con un criterio que no es compartido por todas la Audiencias Provinciales, que la remisión contenida en el segundo apartado del precepto, exige, como elemento del tipo, que los signos distintivos que se incorporen a los productos y servicios poseídos para la comercialización o puestos en el comercio, sean idénticos o confundibles con los originales, esto es, que si no son idénticos, tal y como se desprende en el caso de autos de la prueba examinada, que al menos induzcan a confusión al consumidor. Además, y esto es importante destacarlo, con arreglo a una interpretación conforme al artículo 3.1 del Código Civil estas infracciones responden también a la finalidad primaria de proteger al consumidor para que éste pueda llevar a cabo la elección del producto en términos de autentica libertad y, por consiguiente, sin ningún tipo de confusiones y equívocos que, en definitiva son fraudes y ocasionan graves daños al comercio y a su necesaria transparencia. Sin embargo la protección penal de la propiedad industrial que es muy positiva en cuanto favorece la libertad de elección del consumidor y estimula el esfuerzo empresarial, no puede llevarse a cabo más allá de lo que el Legislador ha fijado como presupuestos del delito —objetivos y subjetivos— de forma inequívoca.

Para acreditar la inexistencia de dolo específico era preciso desvirtuar los habituales cinco indicios de su existencia, a saber:

- A) Las circunstancias de adquisición de las prendas u objetos no auténticos.
- B) El precio de venta de éstas, en comparación con el correspondiente a las prendas originales.

- C) La tenencia o emisión de facturas en el puesto, fuere de compra o de venta.
- D) La profesionalidad del vendedor de las prendas no auténticas.
- E) La imposibilidad de que fuesen prendas u objetos de, las denominadas «de defecto», es decir, de las originales desechadas por el fabricante por presentar leves defectos de confección o terminación.

Si los signos distintivos utilizados son similares a los originales —o aun los originales colocados en prendas no auténticas— pero otras circunstancias apreciables a la vista desmienten la autenticidad del producto —por ejemplo, la inferior calidad del objeto, el precio muy inferior al del producto original, la imitación burda de éste, la venta del mismo en cadenas o puntos de venta no habituales como pueden ser los mercadillos ambulantes, etc.—, y ese desmentido resulta apreciable por cualquier comprador que adquiere el producto, se habrá usado ilícitamente un signo distintivo, es cierto, pero no se habrá creado el riesgo objetivo de confusión, necesario para criminalizar la conducta.

Por todos los argumentos antes expuestos, trasladando la doctrina antes citada al supuesto examinado, debe entenderse que a la vista de las circunstancias en las que se encontraban las mercancías supuestamente imitadas fraudulentamente, según resulta de la pericial practicada, no concurren los elementos del tipo del art. 274 del Código Penal.

**Tercero.**—(...) La acusación no se ha preocupado por acreditar cuál es el contenido concreto de las marcas o signos distintivos registrados conforme a la Ley de marcas, necesidad de la inscripción registral de las marcas que constituye un elemento del tipo expresamente establecido en el artículo 274 del Código Penal y que es necesario acreditar como elemento del tipo por las acusaciones.

**Sentencia 561/2012, AP Madrid, de 20 de noviembre**

Ponente: **Doña Marái del Rosario Esteban Meilán**

Resumen: **Deslealtad profesional y apropiación indebida**

Recurso de Apelación: **n.º 254/2012**

Artículos: **8, 21, 253 y 467 Código Penal**

**Deslealtad profesional de abogado: Absolución: El tipo exige causación de un perjuicio que no se ha producido porque el cliente mantuvo su derecho de acción y no sufrió menoscabo económico. Apropiación indebida de provisión de fondos: Absolución. Cantidad que fue devuelta. Concurso de leyes.**

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Único.—(...)**

En cuanto a la vulneración del derecho de defensa por el magistrado en el curso del procedimiento invocada, ante las intervenciones del mismo en la dirección de la vista oral celebrada. Tras el examen del DVD incorporado a las actuaciones en el que consta la grabación del juicio celebrado al efecto. El tribunal no advierte que el magistrado conculcara derecho de defensa alguno. Intervino en el interrogatorio a fin de que las preguntas se formularan conforme a las normas procesales y en fase de informe ante la multiplicidad de argumentos expuestos por la defensa de la acusada, manifestó a la defensa ante lo avanzado de la hora que fuese concluyendo. De la manifestación aludida no puede decirse, que se haya producido un quebranto en el derecho de defensa, resulta habitual y no por ello improcedente cuando el Juzgador está suficientemente ilustrado y para evitar repeticiones innecesarias indicar al letrado informante vaya concluyendo ante avanzado de la hora debido a la sobrecarga de trabajo que sufre la Administración de Justicia....

Se inicia el examen por el artículo 467.2 del Código Penal y partiendo de la relación fáctica de la sentencia con la excepción aludida, recogida en esta segunda instancia. Entendemos el recurso debe prosperar por aplicación indebida del citado precepto, al no haberse cometido el delito de deslealtad profesional al que alude la resolución dictada.

El artículo 467.2 del Código Penal exige para la comisión de este delito que el sujeto activo, en este supuesto abogado en cuanto comprometido con el asesoramiento defensa o representación de un determinado cliente haya creado un peligro concreto para los intereses de la parte que defiende(STS 1653/99 de 26 noviembre).

La STS 279/2005 del 9 marzo, alude a este perjuicio o peligro concreto para los intereses de la parte afirmando que el tipo exige que el perjuicio de la acción u omisión, en este caso omisión, conforme consta en la sentencia, sea manifiesto en relación con los intereses que le fueron encomendados es decir, ello no puede significar otra cosa sino que el perjuicio ha de seguirse necesariamente de la conducta procesal del abogado.

Con relación a la acción *pro indiviso*, no consta una conducta procesal en el abogado perjudicial para la parte, pues de hecho con posterioridad se interpuso la acción por otro abogado y al parecer llegó a buen fin. La parte declaró en el plenario no considerarse perjudicada por el comportamiento de la letrada, al cobrar el dinero abonado en concepto de provisión de fondos.

Con relación a la reclamación de cantidad la consecuencia del tácito desistimiento, conforme manifestó la acusada, al dejar morir la acción ante la conversación con su socia «Milagros», aunque no pudiera demostrarlo. No supuso la renuncia al derecho y que no pudiese volver a ser reproducida en nuevo juicio y de hecho fue reproducida nuevamente, conforme declaró el testigo-denunciante.

Así pues, en ambos casos el desistimiento afecta al proceso, no a la acción (cuestión distinta hubiese sido el desistimiento de un recurso porque implica la firmeza de la resolución recurrida). Todo ello con independencia de la responsabilidad civil por daños y perjuicios en que pudiera haber incurrido la letrada (...). Tampoco considera el Tribunal se haya cometido el delito de apropiación indebida. Ambos delitos están íntimamente unidos y ambos delitos exigen la

conurrencia de perjuicio. El artículo 252 del Código Penal delito de apropiación indebida es más específico, ya que contempla una determinada manera de perjudicar de entre todas las posibles al alcance de los profesionales, en este caso de la abogacía, en la relación con sus clientes. Es por lo que, en definitiva, la aplicación de este tipo penal excluye la del artículo 467.2 en aplicación de lo que dispone el artículo 8.1 del Código Penal (STS 1259/2003 de 3 octubre).

### Sentencia 517/2012, AP Burgos, de 26 de noviembre

---

Ponente: **Don Roger Redondo Argüelles**

Resumen: **Delitos contra la fauna. Caza de especie cinegética sin autorización**

Recurso de Apelación: **n.º 171/2012**

Artículos: **77, 335 y 336 Código Penal, 545, 551, 569 y 708 LECrim**

**Caza de especie cinegética, corzo, sin la debida autorización: Absolución. Procede sanción administrativa pero la acción no es penalmente punible. Utilización de lazos para la caza, medio con eficacia destructiva no selectiva: Condena. Requisitos para la validez del registro domiciliario consentido por el detenido. Registro del vehículo. Inexistencia de falta de imparcialidad en el Juzgador.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

---

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### **Quinto.**—(...)

(...) el tipo penal anterior era más amplio que el actual, en el sentido de que antes de la última reforma del CP era suficiente que no estuviese expresamente autorizada la caza de la especie, mientras que ahora lo que se exige es que esté expresamente prohibida. Pues aún en aquellos casos la caza sin licencia o permiso se consideraba atípica incluso cuando no existiera autorización, siempre que la raza o especie animal admitiera dicha posibilidad.

En el supuesto objeto de enjuiciamiento resulta que el corzo es un animal que como especie cinegética puede ser objeto de caza, con la debida autorización y dentro de los periodos reglamentariamente previstos. Así el artículo 43 de la Ley de Caza de Castilla y León no establece la prohibición de cazar el corzo. La Juzgadora argumenta que la prohibición expresa viene

consignada en número uno: «Se prohíbe cazar en los periodos de veda o fuera de los días hábiles señalados en la orden anual de caza, salvo lo dispuesto en los planes cinegéticos». Sin embargo ello constituye una prohibición genérica que afecta a todas las especies cinegéticas haciendo referencia a la época de temporada de caza, pero no a la concreta especie, la cual tampoco aparece como prohibida en la Orden Anual de Caza de la Junta de Castilla y León para el periodo anual de 2010.

Por ello entendemos que debe ser acogido el motivo del recurso y absolver al recurrente del delito previsto en el artículo 335 del Código Penal por el que venía siendo condenado.

**Sexto.**—Por lo que atañe a la aplicación del artículo 336 del Código Penal debemos hacer las siguientes consideraciones: dicho precepto dispone que «El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes

de similar eficacia destructiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de uno a tres años. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior».

Entendemos que del relato fáctico se desprende que el acusado estaba utilizando una serie

de artes prohibidas, como eran los lazos metálicos, los cuales colocaba en los cotos de caza con la finalidad de cazar corzos, interesándole únicamente los machos por su cornamenta, sin embargo con ello además de cazar hembras las cuales dejaba abandonadas, implicaba un riesgo para cualquier animal, puesto que en las trampas podrían quedar atrapados indiscriminadamente, implicando la destrucción de la fauna.

### **Sentencia 628/2012, AP Madrid, de 27 de noviembre**

Ponente: **Don Eduardo Víctor Bermúdez Ochoa**

Resumen: **Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente**

Procedimiento: **n.º 47/2011**

Artículos: **21, 120, 121, 325 y 326 Código Penal**

**Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente: Prolongada extracción de áridos y depósito de residuos sin autorización. Exigencia de peligro potencial, no basta la mera prohibición. Agravante específica de desobediencia de órdenes de suspensión de la actividad. Responsabilidad subsidiaria de empresa que deberá proceder a la restauración del suelo afectado.**

### **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **Primero.—(...)**

Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial. Se concluye así que no es bastante constatar una contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino que se exige algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa, lo que significa que habrá que analizar, no sólo la naturaleza de la actividad de extracción de los áridos y de realización de los vertidos administrativamente prohibidas, sino también si hubieran podido tener importantes efectos sobre el equilibrio ambiental. O lo que es lo mismo, lo que debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta para poderla incardinar en el mencionado tipo delictivo.

La idoneidad o naturaleza de tipo de aptitud implica que la realización extractiva de áridos y de vertidos sólo será típica si han devenido peligrosos para el bien jurídico protegido. Si a pesar de haber realizado actuaciones no autorizadas, el objeto material no es potencialmente capaz de poner en peligro el medio ambiente, el hecho no será típico, sin perjuicio de que se pueda imponer sanción administrativa, en su caso.

En este supuesto, estamos ante una actividad muy prolongada en el tiempo, desde diciembre del año 2006 hasta abril del 2008, en la que se han detectado en muy numerosas ocasiones una explotación de extracción de áridos y un número muy elevado de vertidos de residuos: así entre los días 2 y 9 de febrero de 2007 se llegaron a observar un total de 40 vertidos de todo tipo de material de desecho. Los camiones que realizaban los vertidos pertenecían a empresas diversas, en todo caso distintas de la minera, como relataron los Agentes Forestales, lo que revela la realidad de un auténtico vertedero ilegal. Las

extracciones de áridos fueron constantes, como se advierte en la totalidad de las actas de vigilancia levantadas, a las que se hará mención expresa más adelante. Se concluye con toda claridad la aptitud o idoneidad de la conducta des-

plegada para afectar al bien jurídico protegido, y que el resultado causado es de aquellos que precisamente se pretenden evitar con la conducta impuesta o la prohibición contenida en la norma protectora infringida.

### Sentencia 577/2012, AP Oviedo, de 3 de diciembre

---

Ponente: **Doña María Covadonga Vázquez Llorens**

Resumen: **Delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos**

Procedimiento: **n.º 43/2012**

Artículos: **28, 29, 77, 131, 404, 432 y 433 Código Penal**

**Prevaricación: Condena: Alcalde que, sin competencia para ello, reconoce dedicación exclusiva de concejal para cotizar a la seguridad social. Inexistencia de esa dedicación y de pago de sueldo pero sí de ingresos a la TGSS y retenciones a la AEAT. Malversación de caudales públicos: Absolución. El dinero no deja de tener destino público, al pasar del Ayuntamiento a la TGSS y a la Agencia Tributaria.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

---

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—En lo referente al delito de malversación de caudales públicos (...). Nuestra legislación exige como elemento subjetivo del tipo el ánimo de lucro y como consecuencia de ello el subsiguiente ánimo de apropiación (SSTS 1532/99 de 2 de noviembre y 1564/05 de 4 de enero), esto es, de integrar en el patrimonio del funcionario o de un tercero el fondo público. Por otro lado, el tipo de la distracción exige que se le dé un fin privado a los fondos públicos y en el presente caso de las pruebas practicadas se desprende que los acusados no se apropiaron de cantidad alguna, no sustrajeron fondos públi-

cos, y si bien es cierto que con su actuación el Ayuntamiento de Cabrales sufrió un perjuicio en las arcas municipales, por importe de 51.435,05 euros correspondientes a las cotizaciones de la S. Social y retenciones del IRPF practicadas, como se recoge en el relato de hechos probados, dichas cantidades fueron ingresadas en la Hacienda Pública y en la Seguridad Social, manteniendo por ello el carácter de fondos públicos y pertenecientes a la Administración. Por todo ello y habida cuenta que es necesario que concurra en el autor de los hechos un claro ánimo de apropiación, algo que no se observa en el supuesto de autos, es evidente procede la libre absolución de los acusados respecto de dicho delito.

**Sentencia AP Barcelona, de 30 de enero de 2013**

Ponente: **Don Eduardo Navarro Blasco**

Resumen: **Delitos de aborto ilegal, asociación ilícita y falsedad en documento oficial**

Procedimiento: n.º **103/2011**

Artículos: **74, 145, 145 bis, 390, 392, 515 y 517 Código Penal; 785 y 786 LECrim**

**Delito de aborto consentido: Absolución. No se acredita invalidez de certificaciones médicas que sirven de fundamento a la acción. Delitos de asociación ilícita y falsedad en documento oficial: Absolución. Estudio de cuestiones previas de nulidad de grabaciones telefónicas y otras. Valoración de prueba de grabación con medios ocultos con provocación de delito.**

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Previo.—(...)**

Se considera que en modo alguno supone prueba directa de los hechos que aquí se juzgan sino, en todo caso, su aportación supuso una mera «notitia criminis», considerada además como inidónea para acordar la reapertura de la causa (entonces sobreseída provisionalmente) por el propio juzgado de instrucción en su auto de fecha 02-02-2007. Por otra parte, la utilización de cámara oculta en la elaboración de tal reportaje, y aun para el supuesto negado de que la prueba se considerara idónea en cuanto a su relevancia, plantea la ilicitud de la misma. Así lo ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de nuestro TS y muy recientemente el TC ha tenido ocasión de manifestarse, si bien en el ámbito puramente periodístico y en cuanto a su difusión, considerando ilegítimo el uso de la cámara oculta sin el conocimiento y autorización del interlocutor, entendiéndose que supone una intromisión ilegítima en derechos fundamentales como el de la intimidad y libertad personal y el de la propia

imagen. Si se ha considerado ilegítimo el uso de tal técnica periodística en el ámbito de su difusión en medios de comunicación, con mayor razón ha de rechazarse su admisión como medio de prueba lícito en un proceso penal, ni directamente con la reproducción de la grabación (propuesta por alguna de las acusaciones populares) ni a través de sus autores como testigos de referencia. La utilización de cualquier «agente provocador» aparece vedada en nuestro ordenamiento jurídico penal fuera de los excepcionales casos a los que se refiere el art. 282 bis cuando regula el agente encubierto. Por el mismo motivo se desestimó la reproducción de los reportajes periodísticos que se reseñan como más documental y la pericial de la traductora Estefanía, por venir su intervención referida a la testifical antes denegada. Por último, se rechaza la testifical de Secundino, quien no parece tener otra conexión con la causa que haber realizado un reportaje periodístico en la revista «Época» en el año 2002 entendiéndose que lo que pudiera aportar resulta irrelevante respecto de los hechos que se juzgan, referidos exclusivamente al año 2007.



Revista de

**Derecho  
Penal**

-----  
**DOCTRINA DE LA FISCALÍA  
GENERAL DEL ESTADO**  
-----



# **CIRCULAR 1/2013, SOBRE PAUTAS EN RELACIÓN CON LA DILIGENCIA DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS**

[...]

## **26. CONCLUSIONES**

### **1. Pautas generales**

1.1. A la hora de hacer acopio de materiales que puedan llegar a servir de prueba, los Sres. Fiscales han de cuidar de que los mismos se obtengan con exquisito respeto a los derechos fundamentales, cuya protección les está encomendada. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad.

1.2. Los Sres. Fiscales deben velar para que en las intervenciones de las comunicaciones telefónicas acordadas en el seno de un proceso penal se observen todas las garantías exigidas por nuestros Tribunales, partiendo de que en tanto esta diligencia se desenvuelve acompañada de la declaración de secreto el Fiscal, como única parte procesal activa, ha de extremar su celo para que la actuación del instructor sea plenamente respetuosa con los derechos fundamentales de quienes están sometidos a investigación mediante la observación de sus comunicaciones.

### **2. Contenidos protegidos por el secreto de las comunicaciones**

2.1. En todo caso, la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas a la policía, sin consentimiento del titular del teléfono, requiere resolución judicial.

2.2. De entre todos los datos de tráfico generados en el transcurso de una comunicación telefónica, merecen la protección reforzada del art. 18.3 CE los datos indicativos del origen y del destino de la comunicación, del momento y duración de la misma y, por último, los referentes al volumen de la información transmitida y el tipo de comunicación entablada.

2.3. Los Sres. Fiscales velarán para que la entrega de los listados de las llamadas también se acuerde por medio de auto y no por simple providencia. Si, no obstante, la resolución reviste finalmente la forma de providencia, esta circunstancia aislada no deberá entenderse por sí como causante de nulidad.

### **3. Revelación por un comunicante**

Las grabaciones y revelaciones de las conversaciones por uno de los interlocutores no afectan al secreto de las comunicaciones, pudiendo afectar al derecho a la intimidad, por lo que en línea de principio pueden articularse como prueba aunque se hayan efectuado sin autorización judicial.

### **4. Utilización del teléfono por persona distinta al titular o al usuario**

4.1. La autorización judicial cubre las comunicaciones realizadas por el teléfono concernido, aunque lo utilicen otras personas no mencionadas en la resolución autorizante.

4.2. Cuando la intervención se realiza en base a la titularidad del terminal, y el teléfono es no obstante utilizado por un tercero tampoco hay lesión al derecho al secreto de las comunicaciones de ese tercero.

4.3. La utilización esporádica del teléfono por otra u otras personas del grupo de personas implicado en la actividad delictiva enjuiciada no exige una nueva autorización de la intervención en función de quien lo utilice en cada momento.

### **5. Teléfonos móviles**

5.1. El acceso a la libreta de contactos de un teléfono móvil no supone una injerencia en el secreto a las comunicaciones.

5.2. El acceso a los datos de registro de llamadas de un teléfono móvil supone una injerencia en el secreto a las comunicaciones.

5.3. El acceso a los mensajes contenidos en el teléfono móvil de los detenidos hayan sido o no leídos, exigirá autorización judicial.

### **6. Intervención en relación con terminal telefónico sustraído**

En estos casos cabe adoptar la medida de intervenir el teléfono asociado al IMEI.

### **7. Escucha y/o grabación directa de conversaciones**

7.1. Puede entenderse admisible adoptar con autorización judicial como diligencia de investigación la grabación de las conversaciones privadas entre dos o más personas por medio de micrófonos ocultos o direccionales, ante hechos graves frente a los que no se disponga de otras líneas de investigación, siempre cumpliendo *mutatis mutandis* las exigencias requeridas para las intervenciones telefónicas.

7.2. No puede considerarse vulneración del secreto de las comunicaciones la escucha, sin utilización de ningún artificio, de una conversación telefónica o directa por hallarse el que las oye en las inmediaciones del lugar en que se produce.

## **8. Supuestos especiales**

### **8.1. Visionado directo del número entrante.**

La visión del número emisor que automáticamente aparece en la pantalla del receptor al margen de la voluntad de quien llama, y perceptible por cualquiera que tenga a la vista el aparato no entraña interferencia en el ámbito privado de la comunicación.

### **8.2. Conversaciones radiofónicas a través de redes de uso público.**

La protección del art. 18.3 CE no alcanza a las conversaciones radiofónicas a través de redes de uso público.

## **9. Hallazgos casuales**

9.1. Los hallazgos casuales son válidos, pero la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo requiere de una renovada autorización judicial.

9.2. No se vulnera la especialidad cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una mera adición o suma.

9.3. Una vez que el Juez tenga conocimiento del hallazgo casual de un hecho delictivo distinto al investigado, deben distinguirse dos supuestos: 1) si se trata de un delito relacionado con el inicialmente investigado, esto es, cuando exista conexidad entre ambos, deberá dar una orden judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica y proseguir la investigación en la misma causa; 2) si se trata de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior el Juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar la oportuna causa, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se prosiga una investigación diferente de la que ha sido el mero punto de arranque, de modo que siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso.

9.4. No es necesario dictar la nueva resolución que acomode la investigación a los hallazgos casuales sino cuando los indicios que van apareciendo adquieren el significado preciso para justificar un nuevo auto de injerencia.

## **10. Sistema SITEL**

10.1. Es ajustada a Derecho la utilización probatoria de las conversaciones grabadas por el sistema SITEL.

10.2. En tanto la doctrina jurisprudencial ya ha estimado que, con carácter general, el sistema SITEL ofrece suficientes garantías para la validez probatoria de las intervenciones que lo utilicen, y teniendo en cuenta que es el sistema de uso habitual en todos los procedimientos judiciales, resulta innecesaria la práctica de una compleja y dilatoria prueba pericial informática para conocer o acreditar las características básicas del sistema.

10.3. Los Sres. Fiscales deberán velar para que se destruyan en ejecución de sentencia las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL.

## 11. IMSI e IMEI

11.1. La información albergada en la serie IMSI e IMEI no puede catalogarse como dato externo integrable en el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones.

11.2. La captación de IMSI e IMEI puede llevarse a cabo por la Policía Judicial sin necesidad de mandamiento judicial.

11.3. Para que las operadoras puedan ceder datos sobre IMSI e IMEI es necesaria autorización judicial.

## 12. Investigación del IP

12.1. Los rastreos policiales para localizar direcciones IP pueden realizarse sin necesidad de autorización judicial, ya que no se trata de datos confidenciales preservados del conocimiento público.

12.2. Tras la averiguación del IP, las subsiguientes actuaciones de identificación y localización de quién sea la persona que tiene asignado ese IP se deben llevar a cabo bajo control judicial.

12.3. Cuando en el marco de las diligencias de investigación desarrolladas por las Fuerzas y Cuerpos Policiales en la persecución de actividades delictivas de cualquier naturaleza es necesario dirigirse a una operadora para conocer el IP utilizado debe considerarse necesario obtener autorización judicial, conforme a las previsiones de la Ley 25/2007.

## 13. Correo electrónico

Debe considerarse necesaria la autorización judicial para acceder a cualquier mensaje enviado por correo electrónico, ya se trate de correo electrónico enviado y recibido pero no leído, correo en fase de transferencia o correo ya enviado, recibido y leído y que se encuentra almacenado.

## 14. Cesión de datos almacenados por las operadoras

14.1. La Ley 25/2007, de 18 de octubre *de Conservación de Datos de Comunicaciones Electrónicas* exige autorización judicial para acceder no sólo a los datos de tráfico (terminales conectados, identificación de los usuarios y datación de la comunicación), sino también a otros que podrían ser calificados como servicios de valor añadido.

14.2. En el marco jurídico vigente, toda investigación policial o del Ministerio Fiscal para el esclarecimiento de un hecho delictivo que requiera la cesión de alguno de los datos almacenados por las operadoras a los que se refiere la Ley 25/2007, afecten o no al secreto de las comunicaciones, exigirá autorización del Juez de Instrucción.

14.3. La Ley 25/2007 restringe la posibilidad de cesión a la averiguación de delitos graves. Conforme a una exégesis teleológica y sistemática, la gravedad debe definirse en atención a las circunstancias concretas del hecho, teniendo en cuenta el bien jurídico

protegido y la relevancia social de la actividad, de conformidad con la jurisprudencia recaída en relación con los delitos susceptibles de ser investigados mediante intervenciones telefónicas.

### **15. Otras vías de comunicación a través de Internet**

15.1. Las conversaciones o comunicaciones que tengan lugar en el seno de chats o foros de Internet abiertos a cualquier usuario no pueden considerarse comprendidas dentro del ámbito del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo que no precisan de autorización judicial para su grabación u observación.

15.2. Distinto habrá de ser el tratamiento de los supuestos en los que se use la opción de comunicación bidireccional cerrada entre dos usuarios, pues en estos casos, conforme a la propia naturaleza del acto comunicativo, deben activarse de nuevo las garantías del art. 18.3 CE.

15.3. La apertura de archivos de un disco duro o de unidades externas de un ordenador tampoco afecta al derecho al secreto de las comunicaciones. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado pueden, sin autorización judicial, intervenir y reproducir un soporte magnético o electrónico (por ejemplo, la lectura de un disco duro), aun cuando su contenido material pudiera afectar al derecho a la intimidad del art. 18.1 CE si concurren razones de urgencia y se persigue un fin constitucionalmente legítimo.

### **16. Concurrencia de indicios suficientes para acordar la intervención**

16.1. Los indicios suficientes para acordar la intervención son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento.

16.2. Las sospechas no han de ser tan solo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan hallarse apoyadas en datos objetivos.

16.3. La resolución judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo.

16.4. No se puede confundir la exigencia de indicios para ordenar la injerencia, con que desde el primer momento queden ya cumplidamente probados los hechos que precisamente se van a comenzar a investigar.

### **17. Informaciones anónimas**

17.1. La policía no tiene que revelar la fuente inicial de investigación cuando se trata de un confidente.

17.2. La información anónima no puede ser la única base para una medida restrictiva de derechos.

17.3. La información anónima sí puede ser el desencadenante de la investigación y ser además un dato complementario de una base indiciaria plural que justifique la intervención de las comunicaciones.

### **18. Actuación del Fiscal en caso de insuficiencia del oficio policial**

En caso de incumplimiento o de un cumplimiento no satisfactorio de la exigencia legal de aportación de indicios es improcedente denegar sin más la diligencia solicitada por la Policía. Los Sres. Fiscales promoverán en estos casos que por el Juez de Instrucción se oficie a la Policía a fin de que proceda a una ampliación de los datos.

### **19. Procedimiento seguido para la identificación del terminal**

19.1. Es frecuente la alegación de que la policía no indicó cómo obtuvo el número de teléfono. Esta alegación debe considerarse carente de trascendencia.

19.2. Es también frecuente que se alegue ilegitimidad en el procedimiento empleado por la Policía para identificar el número telefónico del sospechoso, sin aportar ningún indicio de ilegitimidad. No es exigible que la Policía acredite no haber infringido derechos fundamentales salvo que se ofrezcan indicios de ilegitimidad en la obtención de la información.

19.3. En todo caso, la obtención de la titularidad y del número del teléfono sería una injerencia en la intimidad de carácter leve.

### **20. Identificación del titular del terminal**

20.1. No es indispensable para la legitimidad de la injerencia la previa identificación del titular del número a intervenir.

20.2. La persona investigada no tiene que ser necesariamente titular del terminal objeto de injerencia.

20.3. No tiene trascendencia la simple confusión en la identificación nominal del usuario.

### **21. Momento relevante para valorar los indicios**

La valoración de los indicios que fundamentan la medida ha de hacerse en un juicio *ex ante*, por lo que no es motivo suficiente para privar de legitimidad a la injerencia el hecho de que alguno de esos indicios existentes *a priori* y utilizados para la intervención luego resulten desvirtuados o pierdan potencialidad o se hayan revelado *a posteriori* como explicables por razones distintas.

### **22. Proporcionalidad**

22.1. El sistema constitucional, asentado sobre el equilibrio de libertades y derechos fundamentales, exige limitar la interceptación telefónica a los delitos de mayor entidad.

22.2. A tales efectos, no sólo ha de tenerse en cuenta la gravedad de la pena fijada al delito, sino también su trascendencia y repercusión social. Así, cabe *ad exemplum* considerar de suficiente gravedad los delitos cometidos por cargos públicos, los delitos de robo con violencia y los delitos de contrabando.

22.3. Deben igualmente ponderarse, a la hora de valorar la gravedad, el bien jurídico protegido, el hecho de que participen organizaciones criminales, y la incidencia del uso de las tecnologías de la información.

22.4. La comprobación de la proporcionalidad de la medida y, en concreto, de la gravedad de los hechos, ha de ponderarse *ex ante*, analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción.

### **23. Excepcionalidad**

Solo debe acordarse la intervención cuando, desde una perspectiva razonable, no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado y útiles para la investigación.

### **24. Motivación**

24.1. La resolución judicial legitimadora de la adopción de la medida debe adoptar la forma de auto.

24.2. En el momento inicial del procedimiento en que se acuerda no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva.

24.3. La forma del impreso no es recomendable, pero no se considera incumplido el requisito de la necesidad de motivación del auto por el mero hecho de utilizar impresos o modelos en la resolución, siempre que su contenido último y completo satisfaga las exigencias del art. 120.3 CE.

24.4. Aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos, se admite la motivación por remisión, de modo que puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad.

### **25. Valoración de los resultados de intervenciones telefónicas practicadas en otro proceso judicial**

25.1. Debe rechazarse que del derecho a la presunción de inocencia o del principio *in dubio pro reo* se derive que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas.

25.2. La ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias.

## **26. Adopción de la medida en diligencias indeterminadas**

26.1. La posición del Ministerio Fiscal como inspector de la instrucción garante de la pureza del procedimiento le obliga a oponerse a la posibilidad de que la medida de intervención se acuerde en diligencias indeterminadas, debiendo exigir que se haga en el seno de alguno de los procedimientos penales previstos legalmente.

Ello no obstante, habrán de partir los Sres. Fiscales de que el solo hecho de haber sido dictado el auto en el seno de unas diligencias indeterminadas no implica la nulidad del mismo.

26.2. En todo caso, si se hubiera adoptado la medida en el seno de unas diligencias indeterminadas, inmediatamente tal circunstancia sea conocida, los Sres. Fiscales promoverán su conversión en alguno de los procedimientos penales previstos legalmente.

## **27. Control judicial**

Para considerar cumplido el requisito de que las intervenciones se ejecuten bajo control y supervisión judicial es suficiente con verificar que los autos de autorización y prórroga fijan términos y requieren de la fuerza policial ejecutante dar cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, así como que el órgano judicial ha efectuado un seguimiento de las mismas.

## **28. Notificación al Fiscal de la adopción de la medida**

28.1. La falta de notificación al Ministerio Fiscal solo constituye una irregularidad procesal sin trascendencia respecto del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

28.2. Tampoco genera nulidad el hecho de que se constate que el Fiscal no ha ejercido sus funciones de control o supervisión.

28.3. Sin perjuicio de lo expuesto en las anteriores conclusiones, los Sres. Fiscales promoverán una notificación diligente y efectiva de estas resoluciones y supervisarán su correcta ejecución.

## **29. Traslado al Fiscal para dictamen sobre la procedencia de la medida**

En los casos en los que se dé traslado a tales efectos el Fiscal habrá de evacuar el dictamen dentro del servicio de guardia, conforme al principio de celeridad y cumplimentando las exigencias que en cuanto a motivación le impone la Instrucción n.º 1/2005, de 27 de enero, *sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal*.

## **30. Competencia. Normas de reparto**

El incumplimiento de las normas que regulan el reparto no supone vulneración del derecho al Juez competencialmente ordinario y por ende del derecho constitucional al juicio justo y con garantías, salvo en la exclusiva hipótesis de que se advierta la constancia de que por esa vía se ha quebrado la garantía del Juez imparcial.

### **31. Extensión temporal de la medida**

31.1. El plazo de la intervención es uno de los extremos que deben hacerse constar en el auto autorizante.

31.2. No es suficiente con señalar un plazo de duración dentro de los límites permitidos por la LECrim, sino que además es necesario que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, ese plazo no sea abusivo ni desproporcionado.

31.3. El plazo empezará a contar desde la fecha en que se dicta la resolución judicial, independientemente de cuándo comience a hacerse efectiva.

31.4. Las exigencias de motivación deben ser igualmente observadas en las prórrogas y las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente obtenida.

31.5. Para acordar la prórroga es necesario que el Juez cuente con datos objetivos que aconsejen el mantenimiento de la medida, pero no es necesario ni la entrega de la totalidad de las grabaciones, ni su audición ni su transcripción.

31.6. Cabe, con respeto al principio de proporcionalidad, acordar prórrogas sucesivas.

31.7. Los efectos de la extralimitación en el plazo son los de que la interceptación telefónica realizada en ese concreto lapso temporal carece de cobertura judicial, debe entenderse que es nula y, por ello mismo, que las conversaciones grabadas durante esos días no pueden desplegar efectos probatorios.

31.8. La prórroga ha de adoptarse antes del vencimiento del plazo.

31.9. La ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera.

### **32. Intervención de comunicaciones y secreto de las actuaciones**

32.1. Para que la diligencia de intervención telefónica sea eficaz ha de estar acompañada necesariamente del secreto de las actuaciones.

32.2. De ello deriva la necesidad de cohonestar los plazos de una y otra medida, superando las aparentes discrepancias entre los plazos legales.

32.3. La no declaración de secreto, pese a poder ser considerada irregular, no genera defectos insubsanables.

### **33. Cuestiones derivadas de la cooperación jurídica internacional**

33.1. Los Tribunales españoles no deben supervisar la legalidad de las intervenciones telefónicas practicadas en el extranjero conforme a la normativa española, cuando se trate

de países en los que se mantengan de modo efectivo los mismos valores y principios que en España se consagran en la Constitución.

33.2. Queda abierta la posibilidad de valorar si las intervenciones fueron practicadas conforme a las normas procesales del país de obtención. En este caso, corresponde a quien lo alega la prueba de la inobservancia de la norma procesal extranjera y por tanto de la ilegalidad y nulidad de esta prueba.

33.3. No es procedente imponer a servicios policiales extranjeros las mismas normas internas que la doctrina jurisprudencial interna ha establecido para los servicios policiales españoles.

#### **34. Incorporación como prueba en el juicio oral**

34.1. Los Sres. Fiscales deberán valorar, en cada caso, la oportunidad de estar presentes en la audición de las grabaciones que se lleve a cabo durante la instrucción, acudiendo a este acto cuando consideren conveniente participar en el proceso de selección de las conversaciones, indicando aquellas que tengan trascendencia para los hechos investigados.

34.2. La audición directa en el juicio oral de las conversaciones no escapa a las exigencias de pertinencia y de necesidad de la prueba: no es necesario oír la totalidad de las grabaciones sino los pasajes indicados por cada una de las partes que interesan a efectos probatorios.

34.3. Ninguna norma exige que haya de hacerse la transcripción total o parcial de lo grabado, siendo más una posibilidad que una exigencia. Por ello no es imprescindible la transcripción de las grabaciones, que es simplemente una medida facilitadora del manejo de las mismas, descansando su validez en la existencia de la totalidad de los soportes en la sede judicial y a disposición de las partes.

34.4. La impugnación de las transcripciones cede ante la directa audición en el plenario.

34.5. Debe supervisarse que los agentes que practican la intervención remiten al Juez la totalidad de las grabaciones, sin que les esté permitido seleccionar o desechar determinadas conversaciones bajo el pretexto de su inutilidad para la investigación.

34.6. La exigencia de aportación de soportes originales se orienta a descartar cualquier duda acerca de la autenticidad e integridad del soporte, de suerte que quede excluido todo riesgo de manipulación, alteración o sustitución de contenidos.

Esta exigencia debe relativizarse en algunos supuestos. La grabación ejecutada mediante el sistema SITEL, por definición, carece de soporte original, en la medida en que las conversaciones se registran en un ordenador central del que se extraen las sucesivas copias.

#### **35. Identificación de voces**

35.1. La validez de las escuchas telefónicas no exige como presupuesto constitutivo el aval de un informe pericial que dictamine acerca de la coincidencia entre la voz registrada y la de aquella persona a la que esa voz se atribuye por la investigación.

35.2. En ocasiones se pone en cuestión por las defensas que la voz registrada en la grabación se corresponda con la voz del acusado. Si no se solicita por las mismas una pericial acústica, difícilmente podrá atenderse tal alegación.

35.3. Tras la audición en el plenario de las conversaciones grabadas, la identificación de la voz como la de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes.

### **36. Cuestiones relativas a la conexión de antijuridicidad**

Los Sres. Fiscales, en principio, deberán defender la tesis de la desconexión de antijuridicidad en supuestos de ulterior autoincriminación del sujeto investigado.

### **37. Pautas específicas de actuación para los Fiscales**

37.1. Deberán los Sres. Fiscales instar la declaración de nulidad de la intervención si a pesar de su vigilancia la misma se ha practicado sin habilitación judicial suficiente.

37.2. Los Sres. Fiscales deberán solicitar el sobreseimiento de la causa cuando la intervención obtenida con infracción del precepto constitucional sea la única prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, o las restantes pruebas deriven de ella en conexión directa de antijuridicidad.

37.3. Los Sres. Fiscales propondrán la prueba para su práctica en el juicio oral solicitando que estén presentes la totalidad de las grabaciones por si alguna de las partes interesa su audición.

37.4. Los Sres. Fiscales interpondrán los recursos en cada caso procedentes ante decisiones judiciales que incorrectamente declaren la nulidad de intervenciones telefónicas ajustadas a Derecho.

## **CIRCULAR 2/2013, SOBRE INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES**

[...].

### **9. CONCLUSIONES**

- 1.** El Ministerio Fiscal carece de legitimación para promover el incidente de nulidad previsto en el art. 241.1 LOPJ cuando ni ha sido ni ha debido ser parte en el proceso subyacente.
- 2.** Los Sres. Fiscales deberán intervenir siempre que se les dé traslado para que informen en un incidente de nulidad sobre violación de derechos fundamentales promovido por parte legítima, aunque no hayan sido partes en el proceso subyacente.
- 3.** En los procesos sin intervención del Fiscal en los que se promueva el incidente y se dé traslado al Ministerio Público, el informe habrá de versar exclusivamente sobre lo relativo a la lesión de derechos fundamentales, evitando abordar cuestiones carentes de relevancia constitucional.
- 4.** En los procesos en los que el Ministerio Fiscal ha sido parte o hubiera debido serlo, el mismo estará legitimado para su promoción e intervendrá en el incidente de nulidad de actuaciones aunque no haya sido el promotor.
- 5.** Los Sres. Fiscales deberán prestar especial atención a la resolución de estos remedios procesales, en ejercicio de sus funciones de defensa de los derechos de los ciudadanos.
- 6.** Los Sres. Fiscales habrán de motivar suficientemente sus dictámenes, incluido el de inadmisión.
- 7.** En ningún caso será admisible un informe formulario que postule, sin motivación, la mera inadmisión o desestimación del incidente, ni la mera remisión al recurso de amparo constitucional.
- 8.** Si la lesión de derechos fundamentales que se denuncia ha tenido lugar antes de la sentencia y ha habido posibilidad de alegarla y de ser resuelta con anterioridad, los Sres. Fiscales deberán advertirlo así, motivadamente, para que la nulidad de actuaciones pueda ser rechazada *a limine*, neutralizando estrategias procesales dilatorias o simplemente, actuaciones erróneas.
- 9.** En todo caso, los Sres. Fiscales promoverán una interpretación en el sentido más favorable para permitir la tutela de los derechos fundamentales en fase jurisdiccional, opo-

niéndose a que la providencia de inadmisión sea utilizada para resolver sobre el fondo.

- 10.** Los Sres. Fiscales Superiores y Fiscales Jefes designarán, de entre los miembros de la plantilla, a un Fiscal encargado de coordinar el despacho de los incidentes de nulidad previstos en el art. 241 LOPJ, con las facultades que, conforme a su autonomía organizativa, se estimen oportunas.
- 11.** En los casos en los que una Fiscalía territorial pretenda promover el incidente de nulidad previsto en el art. 241 LOPJ, con carácter previo y por conducto del Fiscal Jefe o del Fiscal coordinador de la materia, habrá de evacuar consulta con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

## **CIRCULAR 3/2013, SOBRE CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL**

[...].

### **XVI. CONCLUSIONES**

- 1.º Si no concurre peligrosidad, la absolucióndel inimputable menor de edad no debe llevar aparejada la imposición de un internamiento terapéutico, sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse desde el área de Protección de Menores.
- 2.º Estas medidas terapéuticas (internamiento o tratamiento ambulatorio) pueden aplicarse a los menores que las necesiten, aunque su enfermedad o adicción no haya determinado supresión o disminución de su imputabilidad, con los límites derivados de los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación.
- 3.º El internamiento terapéutico, en tanto tiene la consideración legal de medida privativa de libertad, no podrá exceder en su duración del tiempo ni comportar mayor rigor que los inherentes a la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable.
- 4.º Cuando el internamiento terapéutico se imponga como consecuencia de la aplicación de una eximente, a la hora de seleccionar un régimen concreto, esto es, cerrado, semiabierto o abierto, habrán de valorarse circunstancias ajenas a las retributivas, tales como el riesgo de fuga, la necesidad de contención, o los requerimientos terapéuticos específicos.
- 5.º El internamiento terapéutico sólo podrá imponerse en régimen cerrado cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 9.2 LORPM (hechos tipificados como delito grave, hechos tipificados como delito menos grave cometidos con violencia, intimidación o grave riesgo, hechos cometidos en grupo o por banda).
- 6.º Las previsiones de los arts. 10.1 b) y 10.2 LORPM sobre periodos de seguridad del internamiento cerrado no deben considerarse aplicables al internamiento terapéutico en régimen cerrado.
- 7.º El internamiento terapéutico en régimen cerrado no podrá ejecutarse en un Centro Penitenciario, ni siquiera en una Unidad Psiquiátrica Penitenciaria.
- 8.º Es aplicable a los internamientos terapéuticos la previsión del art. 51.2 inciso primero LORPM, por lo que puede el Juez de Menores, cuando hubiera sustituido la medida de internamiento terapéutico en régimen cerrado por la de internamiento terapéutico en régimen semiabierto o abierto, dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar

la medida sustituida de internamiento terapéutico en régimen cerrado si el menor evoluciona desfavorablemente.

- 9.º En el internamiento terapéutico en régimen semiabierto cabrá acordar la suspensión de actividades fuera del centro en atención a la evolución del menor y al cumplimiento de los objetivos previstos. Si la medida se ha impuesto a un menor amparado por una eximente, la suspensión de actividades deberá estar aconsejada desde una perspectiva terapéutica.
- 10.º No cabe aplicar a los internamientos terapéuticos semiabiertos impuestos en sentencia la previsión del inciso segundo del apartado segundo del art. 51 LORPM (sustitución por la medida de internamiento en régimen cerrado).
- 11.º Los permisos y salidas en el internamiento terapéutico cerrado deben ser autorizados por el Juez de Menores.  
Los permisos y salidas en el internamiento terapéutico semiabierto y abierto pueden ser autorizados por Director del Centro de Internamiento o el órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.
- 12.º Debe entenderse no aplicable al internamiento terapéutico en régimen cerrado el requisito de haber cumplido un tercio de la medida para poder conceder permisos.  
En estos casos, si el programa individualizado de ejecución de la medida considera conveniente desde la perspectiva terapéutica la posibilidad de conceder estos permisos antes del transcurso del primer tercio de la medida, será admisible tal concesión. Del mismo modo, a fin de salvaguardar el núcleo terapéutico de la medida, tampoco deberán entenderse aplicables los topes máximos de días de permiso.
- 13.º En el internamiento terapéutico cerrado será necesaria la resolución judicial para la revocación de permisos, mientras que para la revocación en los internamientos terapéuticos en régimen semiabierto y abierto habrá de reconocerse competencia al Director del Centro de Internamiento o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.
- 14.º Cuando los medios de contención hayan de aplicarse en relación con menores que cumplen medidas de internamiento terapéutico por razones de salud mental, habrá de entenderse que como regla general deberá preservarse la intervención a través de profesionales sanitarios.
- 15.º Para aplicar el régimen disciplinario a menores a los que se haya impuesto una medida de internamiento terapéutico como consecuencia de una anomalía o alteración psíquica o de una alteración en la percepción será necesario que en el propio expediente quede constancia de que ya han superado las circunstancias que les impedían comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a aquella comprensión.
- 16.º Para cumplir una medida de internamiento terapéutico en un centro de internamiento ordinario, éste deberá contar con una Unidad terapéutica autónoma.  
La posibilidad de ejecutar la medida en centros socio-sanitarios, previa autorización judicial, estará subordinada a la comprobación de que el centro designado sea adecuado para el cumplimiento de los fines terapéuticos de la medida.



Revista de

**Derecho  
Penal**

-----  
**CRÓNICA LEGISLATIVA**  
-----



## ENERO

---

- Resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2013 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE del 30).
  - Actualiza las **cuantías indemnizatorias** para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación recogidas en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor).
  - Se revisan las cuantías de las tablas indemnizatorias referentes a:
    - Indemnizaciones básicas por **muerte** (incluidos daños morales) (Tabla I).
    - Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por **muerte** (Tabla II).
    - Indemnizaciones básicas por **lesiones permanentes** (incluidos daños morales) (Tabla III).
    - Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por **lesiones permanentes** (Tabla IV).
    - Indemnizaciones por **incapacidad temporal** (compatibles con otras indemnizaciones) (Tabla V).

## FEBRERO

---

- Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (BOE del 23):
  - **Exención de la tasa** para los laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo.
  - **Cuota tributaria:** nueva escala específica para las personas naturales, con un tipo inferior al general, que se reserva para las personas jurídicas.
  - **Limitación cuantitativa** de la aplicación de la tasa **en el orden contencioso-administrativo** cuando el recurso se interponga contra resoluciones sancionadoras: la tasa no podrá superar el 50% del importe económico de aquélla.
  - Clarificación de los problemas y dudas que en la práctica afectaban a los **procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores y a las acciones que pue-**

**den interponer los administradores concursales o los de división de patrimonios.**

- Ley de **Asistencia Jurídica Gratuita**: se **amplían** los supuestos de **reconocimiento del derecho** (víctimas de violencia de género, de terrorismo, de trata de seres humanos, menores de edad o discapacitados psíquicos que sean víctimas de abusos o maltratos o víctimas de accidentes con secuelas permanentes en la reclamación de indemnizaciones por los daños personales y morales sufridos), **elevación de los umbrales actuales** y **sustitución de la referencia al salario mínimo interprofesional por la del indicador público de renta de efectos múltiples** (IPREM).

## MARZO

---

- Orden HAP/490/2013, de 27 de marzo, por la que se modifica la Orden HAP 2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación (BOE del 30):
  - Nueva **exención parcial del 60%** de la cuantía de la tasa: interposición de los recursos de apelación y casación por parte de los funcionarios públicos, cuando, en el orden contencioso-administrativo, actúan en defensa de sus derechos estatutarios.
  - **Recurso contencioso-administrativo**: si tiene por objeto la impugnación de resoluciones sancionadoras, se establece un límite de la cuantía total de la tasa del 50% del importe de la sanción económica objeto del recurso.
  - Se establece una **cuantía variable y un máximo variable** de la tasa de importes más reducidos para las personas físicas.
  - **Modelo 696**: se modifica la tramitación en la Oficina judicial a fin de reflejar el plazo de diez días introducido para subsanar la falta de presentación del pago de la tasa.
  - **Modelo 695**: nueva redacción del ámbito objetivo de los supuestos en los que se puede solicitar la devolución del 60% de la tasa pagada. Se aplica a los procesos en los que tiene lugar el allanamiento total o se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio, siendo aplicable igualmente cuando la Administración demandada reconozca totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante.

Revista de

# Derecho Penal

---

**BIBLIOGRAFÍA**

---



## DERECHO PENAL

### I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo sancionador. Parte General. Teoría y práctica del Derecho Penal Administrativo*, 3.ª ed., Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

MORALES GARCÍA, O. (Dir.), *Código Penal con Jurisprudencia*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

MUÑOZ CONDE/LÓPEZ PELEGRÍN/GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho penal medioambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

### II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Problemas actuales de la justicia penal*, Colex, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA (Dir.), *Nuevas amenazas a la Seguridad Nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

REBOLLO VARGAS/TENORIO TAGLE (Dir.), *Derecho Penal, Constitución y Derechos*, Bosch, Barcelona, 2013.

### III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

ARTAZA VARELA, O., *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad criminal. Fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

ROCA AGAPITO, L., *Las acciones cotidianas como problema de participación criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SIERRA LÓPEZ, M.V., *La medida de libertad vigilada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ZYSMAN QUIRÓS, D., *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las «United States Sentencing Guidelines»*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

### IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

ÁLAMO MORANTE, J.J., *El homicidio por imprudencia grave derivado de accidente de tráfico*, Bosch, Barcelona, 2012.

ARANA BERÁSTEGUI, X., *Drogas, legislaciones y alternativas*, Tercera Prensa, San Sebastián, 2012.

CÁCERES RUIZ, L., *La responsabilidad por imprudencia en los accidentes de tráfico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GÓMEZ RIVERO, C., *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GORJÓN BARRANCO, M.C., *La tipificación de género en el ámbito penal*, Iustel, Madrid, 2013.

LAPORTA, M.H., *Delito fiscal. El hecho punible, determinación del comportamiento típico*, B de f, Montevideo, etc., 2013.

LAURENZO COPELLO, *Dogmática y política criminal del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., *La protección jurídico-penal del agua*, Dykinson, Madrid, 2013.

SUÁREZ LÓPEZ, J.M., *El tratamiento penal del hurto y robo de uso de vehículos de motor*, Dykinson, Madrid, 2013.

## V. DERECHO PENITENCIARIO

RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*, Iustel, Madrid, 2013.

## VI. CRIMINOLOGÍA

MIRÓ LINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

## DERECHO PROCESAL PENAL

### I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

ALCAÑIZ RODRÍGUEZ, A., *Derecho Procesal Práctico*, volumen I, *Parte Penal*, Ed. Rasche, Madrid, 2013.

DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MORENO CATENA, V., *Tomo III. Esquemas de Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia, 2013.

### II. MONOGRAFÍAS

ALCACER GUIRAO, R., *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ARMENGOT VILAPLANA, A., *El Imputado en el Proceso Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

ARMENTA DEU, T., *La convergencia entre proceso civil y penal. ¿Una dirección adecuada?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2013.

ARTAZA VARELA, O., *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal Fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2013.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *Modelo y propuestas para el proceso penal*, Praxis, Barcelona, 2013.

CABALLERO GEA, J.A., *Violencia de género. Juzgados de violencia sobre la mujer penal y civil. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*, Dykinson, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Problemas Actuales de la Justicia Penal*, Colex, Madrid, 2013.

LOZANO EIROA, M., *La declaración de los coimputados*, Civitas, Madrid, 2013.

OVEJERO PUENTE, A.M., *La presunción de inocencia y los juicios paralelos*, La Ley, Madrid, 2013.

SANCHEZ MELGAR, J., *Inviolabilidad e inmunidad de diputados y senadores. Derecho Procesal parlamentario: excepciones al régimen ordinario de protección de los derechos de los ciudadanos*, La Ley, Madrid, 2013.

SERRANO DE LA CRUZ SÁNCHEZ, A., *El abogado frente al interrogatorio policial*, Sepin, Madrid, 2013.

TRAVERSI, A., *La Defensa Penal. Técnicas Argumentativas y Oratorias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

III. OTROS

CAROL I JOVAL, L., *Valoración del daño corporal. Manual de consulta en accidentes de tráfico y pólizas de seguro*, Atelier, Barcelona, 2013.

LORCA NAVARRETE, A.M., *Jurisprudencia comentada de las sentencias del Tribunal Supremo sobre el proceso penal con Tribunal del Jurado. Estudio procesal penal de las sentencias del Tribunal Supremo sobre el Proceso Penal con Tribunal del Jurado a partir de su reinstauración en 1995*. Vol. I: años 1998, 1999 y 2000, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2013.

PRAT WESTERLINDH, C., *Relaciones entre el Poder Judicial y los medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

**Recensión de la obra:**  
**SÁNCHEZ-OSTIZ, P.**  
***Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios,***  
Marcial Pons, Madrid, etc., 2012, 278 páginas

ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid*

La más reciente monografía del Profesor SÁNCHEZ-OSTIZ, con el título arriba indicado, constituye una aportación fundamental —adelanto así mi valoración global— a una ciencia, la Política Criminal, que pese a los dos siglos transcurridos desde su decisivo impulso por FEUERBACH, ha merecido una atención muy inferior a la dispensada a las otras dos ciencias (Criminología y Dogmática jurídico-penal) que, junto a ella, conforman la *gesamte Strafrechtswissenschaft*, por recurrir una vez más a la extendida caracterización de Franz VON LISZT. Tan es así que a fecha de hoy falta una sistematización ampliamente aceptada de los principios que la informan. El mérito fundamental de la obra que presentamos reside, precisamente, en la propuesta de un modelo de sistematización que, aunque discutible en algunos detalles, manifiesta un grado muy notable de coherencia interna. Veamos cuál es el curso de la argumentación del autor<sup>(1)</sup>.

La obra se divide en tres partes diferenciadas, a las que precede un capítulo introductorio en el que se parte de la Política criminal como una de las actividades «práxicas», expresión con la que el autor quiere poner de manifiesto que «*su finalidad no es la obtención o fabricación de objeto alguno, sino la acción humana en cuanto tal, en cuanto realizable, “agible”*» (p. 25). Más concretamente, la Política criminal sería «*aquel saber que tiene por objeto (...) la prevención de acciones humanas consideradas delitos*» (p. 25). Tras aclarar el sentido y alcance de esta definición, destaca SÁNCHEZ-OSTIZ la existencia de tres niveles de la Política criminal: «la mera decisión política puntual (Tópica), la ordenación de la decisión en un sistema complejo y articulado de decisiones (Dogmática), y los fundamentos que legitiman en última instancia esa decisión (Filosofía)» (p. 36). De acuerdo con ello, la investigación se articulará en tres partes: «una de *fundamentación*; otra, *tópica*; y la última, *dogmática*». La primera «*expone las bases sobre las que se construye la política criminal como praxis*»; en la segunda, se ordenan «*de manera sistemática las diversas reglas y excepciones percibidas en la Política criminal real*» y la tercera «*expone la justificación de algunos de los temas claves del Derecho penal desde los principios*» (p. 45).

---

(1) Las páginas indicadas en el texto corresponden siempre a las de la obra que comentamos. Se mantienen, por otra parte, las cursivas utilizadas por el autor en las expresiones o frases literalmente extraídas del texto, que ofrecemos siempre entrecorridas.

De acuerdo con esta distribución de la materia objeto de estudio, la primera parte de la obra, dividida en dos capítulos, se ocupa de los presupuestos de una política criminal entendida como *praxis*. El primero de sus capítulos —segundo de la obra— trata de los «presupuestos metodológicos: principios y reglas» y constituye, en sí mismo, una completa investigación relativa a estas controvertidas categorías de la Teoría del Derecho. Los «principios» constituyen «enunciados normativos caracterizados por estar dotados de generalidad y de una pretensión de aplicación máxima» (p. 49), punto de partida a partir del cual va pasando revista el autor a las divergencias (pp. 49 y ss.) y puntos de acuerdo (pp. 52 ss.) en torno al concepto, para terminar definiéndolos como «*enunciados normativos con pretensión de validez y aplicación*, caracterizados por ser *origen* de otras decisiones jurídicas a las que *dan sentido*, pero también por estar dotados de *elevado grado de abstracción* que los hace *inoperantes para la aplicación directa por subsunción* en ellos» (p. 59). «Regla» sería, siempre según SÁNCHEZ-OSTIZ, «un enunciado normativo derivado de la ponderación entre dos o más principios, con pretensiones de aplicación a un grupo de casos», de modo que «bajo una regla puede subsumirse un caso», cosa que no es posible, como hemos visto, bajo un principio (p. 68). Distinción entre principios y reglas que, como muestra a continuación el autor (pp. 69 ss.), no es completamente coincidente con la —por otra parte, tan influyente— ofrecida por ALEXI. Todavía ofrece nuestro autor un ulterior concepto, el de «subprincipio» (pp. 73 ss.), antes de adentrarse en la relación entre «regla» y «excepción»: «una regla particular que rige para un caso o grupo de casos, que deriva a su vez de la confrontación de principios, pero que se aparta de la solución que para un grupo de casos mayor aporta otra regla» (p. 75). Finalmente, denomina SÁNCHEZ-OSTIZ «metarreglas» a los «criterios operativos para casos de conflicto entre principios» (p. 79), centrándose en tres de ellas (pp. 80 ss.): la de la «*prioridad condicionada entre principios*», que alude a la cierta jerarquía existente entre ellos, la de «*no exclusividad*», que «impide resolver cualquier conflicto entre principios con base sólo en uno de los que entran en lid», y la de «*compensación entre principios*»: «en la medida en que una solución suponga la preponderancia de un principio sobre otro que se le opone sin ser contradictorio, es preciso que el tercero opere para resolver algún subgrupo de casos».

El tercero de los capítulos de la obra que comentamos (segundo de su primera parte), que cobra un carácter central en la argumentación del autor, se ocupa de los que, a su juicio, constituyen los tres principios básicos de la política criminal, sobre los que va a girar toda la investigación y que aparecen ya enunciados desde sus primeras páginas. Leemos, en efecto, en la página 24: «hay tres enunciados básicos de la Política criminal, basados a su vez en otros tantos radicales humanos. En primer lugar, la *socialidad* humana, sobre la que se basa el *principio de seguridad* en cuanto “necesidad de tutela de la vida social”. En segundo lugar, la *libertad* humana y la consiguiente exigencia de normas para la conducta, y que fundamenta el *principio de legalidad*. En tercer lugar, la *dignidad* humana, sobre la que se enuncia el *principio de respeto de la dignidad*». Y ya en el capítulo que ahora nos ocupa, insiste en que «socialidad, libertad y dignidad se presentan como tres “radicales” de la persona humana, en cuanto constitutivos de ésta, en cuanto rasgos de su esencia». Estaríamos así ante «realidades valorativas y deónticas que se hallan enraizadas en la persona humana. Más aún, que constituyen el ser personal. Es decir, que no es en virtud de los tres elementos por los que llega la persona a ser, a existir, sino que *es ya social, libre y digna*» (p. 90). Como ya hemos apuntado, cada uno de estos «radicales» se concretará en un

principio fundamental de la Política criminal, cuyo sentido va esclareciendo en las páginas siguientes: el principio de seguridad en la vida social (pp. 96 ss.), el principio de legalidad (pp. 101 ss.) y el principio de respeto a la dignidad (pp. 110 ss.). Merece destacarse, en este contexto, el sucinto pero preciso análisis dispensado por el autor al enlace histórico del principio de legalidad con el ideal ilustrado de libertad, que está en el origen del denominado Estado de Derecho, así como a la raíz inequívocamente kantiana de la idea de dignidad. Cierran el capítulo una nueva referencia al carácter deóntico de las proposiciones de la política criminal (pp. 116 ss.) y al sentido «práxico» de esta ciencia (pp. 123 ss.); y es que, en último término, «el razonamiento jurídico se presenta como una modalidad bien precisa de razonamiento práctico, esto es, como un *procedimiento para aportar razones justificativas de las decisiones*» (p. 124).

Sigue a esta primera parte, de «fundamentación», otra de carácter «tópico», donde, bajo la rúbrica «principios y reglas de la política criminal», se van desarrollando, en los capítulos cuarto a sexto, los contenidos respectivos de los tres principios antes mencionados. Así, del principio de seguridad (capítulo cuarto, pp. 131 ss.), se derivarán tres subprincipios. En primer lugar, el de «prevención pública», en el que prevalece la seguridad sobre la dignidad y que se concretará en las reglas siguientes: oficialidad y monopolio estatal del *ius puniendi* (pp. 132 ss.), prohibición de *infra* y *supraprotección* (pp. 134 ss.) y limitación de derechos en la fase procesal; reglas que, a su vez, conocen excepciones, como va poniendo de manifiesto SÁNCHEZ-OSTIZ. Tendríamos, en segundo lugar, el subprincipio de «necesidad», donde prevalece el principio de seguridad sobre el de legalidad y que se concreta en las siguientes reglas (que, de nuevo, tienen excepciones): la institución de la *prescripción* de delitos y penas (pp. 143 ss.), la *prohibición de las dilaciones procesales indebidas* (pp. 145 ss.) y la *igualdad* en sentido *formal* (pp. 149 ss.). Finalmente, en el subprincipio de «subsidiariedad», donde se efectúa una compensación entre seguridad y legalidad, encontramos las siguientes reglas de concreción: exigencia de lesividad (pp. 151 ss.), el Derecho penal como *ultima ratio* (pp. 154 s.) y el carácter externo de la infracción penal (pp. 155 ss.).

El capítulo quinto desarrolla los contenidos derivados del principio de legalidad, proponiendo, como subprincipios de este, en primer lugar, el mandato de determinación, en el que prevalece la legalidad sobre la seguridad y que se presenta, al menos, en las siguientes reglas: la taxatividad de las previsiones de delitos y penas (pp. 164 ss.) —una de cuyas excepciones, basada en el respeto a la dignidad, sería la analogía a favor del reo (p. 168)—; la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos (pp. 169 ss.) —que tiene como excepción, apoyada también en la idea de dignidad, la posibilidad de aplicación retroactiva de las disposiciones que favorezcan al reo (p. 170)— y la exigencia de ley formal y estricta (y reserva de ley orgánica) (pp. 171 ss.), que no excluye la posibilidad de recurrir a leyes penales en blanco, excepción motivada por razones de seguridad o necesidad de tutela de la vida social (p. 175). Tenemos, en segundo lugar, el subprincipio de aplicación de la ley, donde prevalece la legalidad sobre la dignidad y que se plasma, entre otras, en las siguientes reglas: la legalidad en sentido procesal (pp. 177 s.), la aplicación judicial de las leyes (pp. 178 ss.), el control judicial de la ejecución (pp. 180 s.) y la producción de efectos de «cosa juzgada» (pp. 181 ss.). Finalmente, en el subprincipio de sometimiento al proceso se compensarían los principios de legalidad y adecuación de la reacción a la dignidad personal, dando lugar, entre otras, a las siguientes reglas: juez imparcial previsto en la

ley (garantía judicial) (pp. 184 ss.), presunción de inocencia (pp. 187 s.), *nemo tenetur se ipsum accusare* (pp. 189 s.), derecho de defensa (pp. 190 s.) y preceptiva motivación de las resoluciones judiciales (pp. 191 ss.)

Y cierra esta segunda parte la exposición (en el capítulo sexto) de los contenidos derivados del principio de respeto a la dignidad. Se ocupa aquí, en primer lugar, del subprincipio de interdicción de la desproporción, donde la dignidad se impone sobre la legalidad, y que se concreta en las siguientes reglas: *ne bis in idem* material (pp. 196 ss.), la admisibilidad de la analogía *pro reo* (pp. 199 ss.), el *favor rei (in dubio pro reo)* (pp. 202 ss.) y la retroactividad de las disposiciones penales favorables (pp. 205 ss.). En segundo lugar, bajo el subprincipio de utilidad se recogen una serie de reglas que reflejan la preponderancia de la dignidad sobre las necesidades preventivas, como son: la idoneidad o rendimiento de la reacción penal para la tutela de la vida social (pp. 208 ss.), la abolición de la pena de muerte (pp. 210 s.), la prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes (pp. 212 s.) y la no desocialización del condenado durante el cumplimiento de las penas (pp. 213 ss.). Finalmente, el subprincipio de culpabilidad, en el que se vienen a compensar seguridad y dignidad, incluiría, al menos, las siguientes reglas: personalidad de las penas (pp. 217 ss.), exigencia de *dolo* para castigar (pp. 219 s.), sanción en función de las *condiciones de la personalidad* del delincuente (pp. 220 ss.) e igualdad material (pp. 222 s.).

Es digno de destacar que cada uno de estos tres capítulos que desarrollan la vertiente «tópica» de la investigación se cierra con un útil cuadro resumen, que recoge el contenido de los correspondientes subprincipios, reglas y (en su caso), excepciones. Cuadro-resumen que, en forma conjunta, se reproduce en el utilísimo «Anexo» que cierra la obra (pp. 259-262).

De manera ya más resumida, la tercera parte (dogmática) de la obra expone, en un capítulo único (el séptimo) un intento de justificación del *ius puniendi* estatal desde la lógica de los principios de la política criminal desarrollados en los capítulos anteriores. En concreto, centra su análisis en las que considera cuestiones básicas en la discusión político-criminal. En primer lugar, «la justificación del *ius puniendi* mismo y de la pena de prisión en particular: la cuestión de *¿cómo prohibir?*, es decir, *¿cómo y cuando resulta adecuado prohibir en el marco de los principios constitucionales?*» (p. 227), donde resume el sentido del contraste entre las teorías penales (pp. 228 ss.), antes de abordar la cuestión de los fines del Derecho penal en una política criminal principalista (pp. 236 ss.), para concluir que «en la lógica de los principios de la Política criminal aquí expuestos, *fin del Derecho penal es la re-estabilización del orden social a costa del culpable, en razón de la infracción cometida (gravedad del hecho y culpabilidad del agente) y a través de instrumentos jurídicos*» (p. 243). Estudia, en segundo lugar, SÁNCHEZ-OSTIZ «el proceso de determinación de las realidades protegidas con el Derecho penal: los bienes jurídico-penales» (p. 227), o «*¿qué se puede prohibir?*» (pp. 245 ss.), entendiendo por «bienes jurídico-penales» aquellos «*ámbitos de dignidad personal que repercuten en la socialidad y que son tutelados a través del Derecho (legalidad)*», añadiendo que «no se tutela así mediante el Derecho penal la mera libertad de elección, ni la simple sociedad, ni el Derecho formal, sino el *adecuado y ponderado equilibrio del ser personal, configurado por su socialidad, su libertad y su dignidad*» (p. 249). Y concluye esta parte dogmática con una reflexión «sobre las reglas de conducta y las reglas de imputación, o *¿a quién se puede hacer responsable?*» (pp. 251 ss.), en la estela del planteamiento ofrecido por HRUSCHKA.

Hasta aquí, en apretada síntesis, la propuesta de SÁNCHEZ-OSTIZ, a quien hay que agradecer —lo destaca también SILVA SÁNCHEZ en su esclarecedor Prólogo (p. 15)— la notable claridad con la que nos la presenta. Claridad que se ve reforzada con los resúmenes que cierran los distintos capítulos, así como —ya lo hemos indicado— los cuadros sinópticos que acompañan la parte «tópica» de su exposición, y que aparecen integrados en el Anexo final. Esta cualidad cobra aún mayor relevancia si pensamos en la dificultad de la materia abordada que, apenas es necesario recordarlo, posee un marcado carácter interdisciplinar. Baste mencionar la competencia que pone de manifiesto el autor al abordar los debates de carácter metodológico, iusfilosófico y constitucional implicados en la concreción de conceptos tan controvertidos como los de «principio» y «regla». No en vano, estamos ante uno de los pocos juristas españoles que ha añadido a su especialización como penalista la de filósofo<sup>(2)</sup>. Ello le permite salir con éxito de un empeño tan complejo como el abordado.

Ahora bien, en cuanto obra de referencia, sin duda, para el inmediato debate político criminal, suscita, como es lógico, diversos interrogantes y algunas consideraciones críticas que no sería honesto dejar de plantear, aunque sea de manera muy sucinta y sin entrar a cuestionar —pues ello requeriría una capacidad y esfuerzo equivalente al del autor de la obra que comentamos, lo que en modo alguno estoy en condiciones de aportar— los tres pilares (socialidad, legalidad y respeto a la dignidad) sobre los que construye SÁNCHEZ-OSTIZ toda su edificio lógico. En primer lugar, por lo que se refiere a la estructura de la obra, entiendo que hay un cierto desequilibrio entre la primera y la tercera parte, en el sentido de que tras prestar una atención muy detenida al contraste entre «principios» y «reglas» o a la fundamentación de los principios de política criminal de los que se parte, se despacha de forma excesivamente rápida la adopción de posiciones en torno a cuestiones tan centrales, desde la perspectiva político-criminal, como la teoría penal o el concepto de bien jurídico subyacentes a la propuesta del autor. Pasando a un orden de consideraciones más concretas, me referiré sólo, de manera telegráfica, a las siguientes: Entiendo que resulta algo oscura la argumentación en torno al sentido que cobra la positivación de los principios (p. 61). En la p. 83 se admite que alguna de las «metarreglas» propuestas tiene carácter lógico, mientras que las otras «poseen un estatuto material valorativo», lo que suscita de inmediato la duda de si esta diversidad de «estatuto material» permite situarlas en el mismo nivel. A propósito del papel de FEUERBACH en la construcción ilustrada de la idea de legalidad (pp. 102 ss.), echo en falta la consideración del trabajo, a mi juicio fundamental, de GONZÁLEZ VICEN sobre los orígenes del formalismo jurídico<sup>(3)</sup>. No termina de convencerme la expresión «carácter externo de la infracción penal» (pp. 155 ss.) para referirse

(2) Cabe traer aquí a colación su labor de difusión en el ámbito español e iberoamericano del pensamiento un penalista tan próximo a los planteamientos propios de la Filosofía del Derecho y la Metodología Jurídica como HRUSCHKA, o la importante monografía dedicada por SÁNCHEZ-OSTIZ a la doctrina kantiana de la imputación, que recoge su tesis doctoral en Filosofía. Véase, respectivamente, HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, ed. a cargo de P. SÁNCHEZ-OSTIZ, Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2005 (hay 2.ª edición, latinoamericana, publicada por B de f, Buenos Aires, 2009) y SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, B de f, Buenos Aires, 2008.

(3) Véase GONZÁLEZ VICEN, F., «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 141-169.

a algo que, de forma muy extendida, viene caracterizándose como «principio del hecho». La analogía *pro reo* (pp. 199 ss.) y el *in dubio pro reo* (pp. 202 ss.) aparecen, por un lado, como excepción a una regla y, por otro, como reglas derivadas del subprincipio de interdicción de la desproporción, lo que podría quebrar la exigencia del carácter «completo» de todo sistema. El vocablo «utilidad» resulta equívoco en el contexto en el que se utiliza (pp. 207 ss.); esto es, para referirse a la preponderancia de la dignidad sobre las necesidades preventivas. El recurso al término «subprincipio» lleva, por ejemplo, a que se califique de tal al de «culpabilidad» (pp. 215 ss.), lo que contrasta con la terminología convencional. Finalmente, cabría aclarar más en el concepto de bien jurídico que se defiende (pp. 249 ss.) y señalar en qué medida se aproxima, como entendemos que sucede, a la denominada concepción «personal» defendida por autores como HASSEMER.

Cabría, obviamente, mencionar otras muchas cuestiones, porque la lectura de la obra que reseñamos tiene la virtud de suscitarlas de continuo. Más aún, confieso que una vez leída la obra no puedo sino añorar aquellos magníficos seminarios de la Universidad Pompeu Fabra, a alguno de los cuales, por amabilidad de su promotor, el Profesor SILVA SÁNCHEZ, tuve la fortuna de acudir. Como pone de manifiesto SÁNCHEZ-OSTIZ en la Nota Previa (pp. 17-18) del libro que comentamos, es en el contexto de alguno de estos seminarios donde se han ido presentando los resultados provisionales de su investigación, sometiéndolos al correspondiente debate científico que, cabe pensar, tuvo que resultar apasionante. Lástima que en la crecientemente burocratizada (y desmotivada) Universidad española apenas haya espacio para este tipo de actividades.

Cabe, en fin, concluir esta presentación insistiendo que estamos ante una obra fundamental que, sin duda alguna, determinará el inmediato debate político criminal. Sólo resta, pues, recomendar encarecidamente su lectura.

**Recensión de la obra:**  
**HOYOS SANCHO, M. (directora)**  
***Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables***  
***en el marco jurídico de la Unión Europea***  
Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

PATRICIA TAPIA BALLESTEROS

*Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesora de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Chile.  
Colaboradora Honorífica de la Universidad de Valladolid*

La obra que reseñamos comprende parte de los resultados obtenidos en el marco del Proyecto de Investigación cuyo objeto de estudio es la tutela jurisdiccional de las víctimas especialmente vulnerables, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Plan Nacional I+D+i (Ref. DER2009-10749), del que ha sido investigadora principal Montserrat de Hoyos Sancho, profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid. Precisamente, con la presentación de esta obra se pone el broche final a dicho Proyecto, al tiempo que representa un punto de partida decisivo del que será el próximo Proyecto de Investigación del equipo, ya concedido en el momento en que se redactan estas líneas, y cuya temática entronca directamente con la anterior, pues tiene por objeto el análisis del estatuto general de la víctima de hechos delictivos.

Se trata de una edición bilingüe hispano-inglesa, en la que a través de sus veintinueve Capítulos, refutados juristas del ámbito universitario y/o de la práctica del Derecho han estudiado en profundidad el problema de la protección de las víctimas consideradas especialmente vulnerables, en el marco de la Unión Europea —centrándose especialmente en la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos<sup>(1)</sup>—, así como en su eventual trasposición en el ordenamiento jurídico español, y otros países de nuestro entorno.

De este modo, inicia la obra VERVAELE justificando en el artículo 82 del Tratado de Reforma de Lisboa la necesidad de elaborar normas comunitarias relacionadas con los derechos de las víctimas de delitos. Se apoya, además, en normas de carácter internacional así como, fundamentalmente, en el estudio de la jurisprudencia más destacada de las Cortes internacionales —Corte Internacional de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Europea de Justicia de la Unión Europea—. Tras este análisis, el autor se cuestiona si con la Propuesta de Directiva se incorpora en la práctica una regulación paralela a la llevada a cabo en el ámbito comunitario respecto de los sospechosos y

---

(1) COM (2011)275, convertida recientemente en la Directiva de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, el 12 de septiembre de 2012.

acusados. VERVAELE concluye rechazando esta opción porque no afecta al «núcleo duro de la actuación de la víctima», a pesar de contener importantes innovaciones en lo que a los derechos procesales, a servicios y a protección se refiere.

TAMARIT SUMALIA y DE HOYOS SANCHO analizan detalladamente algunos aspectos de la Propuesta de Directiva. TAMARIT SUMALIA repasa las iniciativas comunitarias dirigidas a proteger a las víctimas desde la Decisión Marco de 2001 hasta la Propuesta de Directiva de 2011, deteniéndose en los cambios que en esos 10 años se han producido en el concepto y contenido de víctima especialmente vulnerable, concluyendo con una interesante reflexión sobre la trasposición de la normativa europea en nuestro ordenamiento jurídico. El autor pone de manifiesto cómo la legislación española se ha limitado desarrollar una especial protección a las víctimas del terrorismo y de la violencia de género, olvidando otros sectores de la sociedad necesitados también de una especial protección, como son los menores y las personas con discapacidad.

Por su parte, DE HOYOS SANCHO alaba la inclusión en la Propuesta de un capítulo dedicado a las víctimas especialmente vulnerables, prestando especial atención a la trata de seres humanos y los menores víctimas de abusos sexuales y explotación sexual. Del estudio de la autora, cabe destacar su interesante propuesta de «Estatuto de la víctima». DE HOYOS SANCHO defiende un estatuto en el que se incluyan, junto a los derechos, las obligaciones que como víctimas éstas deben asumir. Entre los derechos que deberían incorporarse y que, a día de hoy, no se han reconocido, la autora alude a: el reconocimiento a la víctima del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; la participación de la víctima tanto en las distintas opciones de conformidad o de justicia penal negociada, como en la adopción de algunas decisiones destacadas en la fase de ejecución de la condena; y las consecuencias de la inobservancia de los derechos que tiene reconocidos. Todo ello, puntualiza, sin olvidar «las garantías y derechos procesales fundamentales del sospechoso/acusado/condenado en el marco del debido proceso».

Tras estos tres primeros capítulos, de carácter general, a lo largo de la obra se analizan las distintas categorías de víctimas consideradas especialmente vulnerables: mujeres, inmigrantes, menores, mayores y personas con discapacidad.

Así, inician este bloque LAURENZO COPELLO y MAQUEDA ABREU cuestionándose la inclusión de las personas inmigrantes y de las mujeres en la citada categoría de especialmente vulnerables. Ambas defienden que se trata de colectivos que, más que vulnerables *per se*, son situados en una posición de vulnerabilidad por la propia sociedad y los ordenamientos jurídicos. Sobre esta premisa, LAURENZO COPELLO cuestiona el objetivo real del delito previsto en el artículo 318 bis del Código Penal español, en el que se penaliza la inmigración clandestina. La autora considera que «La victimización de los inmigrantes se convierte [...] paradójicamente, en una herramienta bien pensada para consolidar una política de exclusión fuertemente apuntalada por el Derecho penal». Y esto es así desde el momento que se persigue penalmente a cualquiera que ayude en el proceso de traslado, incluso cuando se lleva a cabo sin ánimo de lucro.

Una posición muy similar adopta MAQUEDA ABREU respecto al colectivo de las mujeres en relación al ejercicio de la prostitución y de la trata. La autora muestra cómo desde sectores feministas se ha potenciado la idea de que la mujer prostituta es un sujeto necesitado de una especial protección, asimilándola a los menores de edad. De este modo,

se presume que «no son libres, [...] hay que protegerlas aun en contra de su voluntad como seres débiles que necesitan la tutela del derecho y del estado». Teniendo en cuenta esto, y unido a la posición de vulnerabilidad que se atribuye a los inmigrantes, la autora advierte que se ha creado un discurso victimista en torno a las mujeres inmigrantes que ejercen la prostitución, discurso que ha sido asumido por la normativa nacional e internacional. Ante esta situación, MAQUEDA ABREU insta a promover un cambio en la racionalidad jurídica, de manera que no se presuponga la vulnerabilidad de los inmigrantes y de las mujeres que ejercen la prostitución, como una característica inherente a su condición de tales.

Otro colectivo perteneciente a la categoría de víctima especialmente vulnerable es el de las personas mayores. De su análisis se encarga JAVATO MARTÍN, quien centrará su estudio en el maltrato y abandono de estas. Para ello, previamente, realiza un recorrido por los distintos tipos penales en los que se protege a este colectivo de manera específica, con lo que detecta una escasa atención a las personas mayores tanto en las normativas, nacional e internacional, como en la doctrina. No obstante, en base a la regulación vigente, el autor propone el uso de algunos mecanismos para que a lo largo del proceso penal el mayor vulnerable sea protegido. De este modo, considera que debería tomarse declaración al anciano en fase de instrucción como prueba anticipada, con el objeto de evitar por un lado su victimización y por otro perder la principal prueba de los hechos al no poder reproducir el relato en el juicio oral por estar enfermo o, incluso, por haber fallecido. También propone que se evite el uso del careo, fomentando en contraposición la videoconferencia. En este sentido, considera que la especial posición de vulnerabilidad del mayor obliga a adoptar determinadas medidas en su declaración y restricciones en la publicidad del proceso.

Tras un pormenorizado análisis de la protección jurídico-penal de las personas mayores, MIRANDA ESTRAMPES, SERRANO MASIP, GUILARTE MARTÍN-CALERO, VIDAL FERNÁNDEZ y GARCÍA MEDINA se ocupan de la protección de los menores, desde distintas vertientes.

Así, MIRANDA ESTRAMPES prestará especial atención a las medidas aprobadas en Europa para evitar la doble victimización del menor en el proceso penal. Tras ello, se referirá a la regulación vigente en España y a las modificaciones propuestas en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de julio del 2011. Al respecto, considera insuficientes las normas actuales aprobadas por Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, mediante la que se estableció como imperativo legal que la toma de declaración de los testigos menores de edad se llevase a cabo «evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba» —artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—. Si se aprobase la propuesta de reforma, sin embargo, no cabría duda respecto a la posibilidad de que el menor víctima de un delito no declare en la fase del juicio oral, bastando con la reproducción de la declaración tomada por un especialista, presentes las partes mediante cámara o espejo unidireccional —tal y como, por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya ha admitido en sentencias como la 96/2009, de 10 de marzo—. Concluye el autor este capítulo manifestando la necesidad de crear un estatuto autónomo y específico de los menores víctimas de delitos, de manera independiente, en el que se tuviera en cuenta la posición de especial vulnerabilidad que en la propuesta de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Penal se presume.

Por su parte, SERRANO MASIP se ocupa de la protección civil que pueden precisar los menores en una situación de riesgo o desamparo, producida, en ocasiones, por los propios progenitores. En este contexto, la autora analiza quién o qué instituciones deben intervenir cuando se ven lesionados los derechos de un menor y cuáles son los procesos civiles que permiten otorgarles una adecuada protección. Además, expone las distintas iniciativas del Consejo de Europa y de algunas de las instituciones de la Unión Europea dirigidas a alcanzar una Justicia adaptada a los menores. No obstante, señala la insuficiencia del principio de reconocimiento mutuo en este ámbito del Derecho, considerando necesario llevar a cabo iniciativas que favorezcan la aproximación de las legislaciones de los distintos Estados. De este modo, igual que MIRANDA ESTRAMPES, aboga por la creación de un estatuto jurídico del menor, en este caso aplicable a los procesos civiles en los que se dilucidan derechos e intereses que han de salvaguardarse por los poderes públicos.

Siguiendo con la protección del menor, GUILARTE MARTÍN-CALERO y VIDAL FERNÁNDEZ abordarán el problema de los conflictos parentales. La primera de estas autoras expone la situación en la que, en ocasiones, se sitúa a los menores dentro de un conflicto existente entre los progenitores. En este contexto, hace un repaso de la tipología de conflictos parentales en la que se puede ver inmerso un menor: desde el considerado estándar, caracterizado por la ruptura de la convivencia de los progenitores «asumida e incluso armoniosa», en palabras de la autora, hasta supuestos en los que se priva de la patria potestad a uno, o a ambos, progenitores. GUILARTE MARTÍN-CALERO concluye realizando una reflexión sobre la necesidad de actuar siempre en el «interés superior del menor» —de cuyo concepto y contenido se encargará GARCÍA MEDINA en el Capítulo 21—, para lo que se precisa un sistema flexible, que permita adoptar la medida más adecuada para el menor. Sólo así se evitarán automatismos indeseables por los que se deba mantener a toda costa la relación con los progenitores o, al revés, dicha relación deba desaparecer.

VIDAL FERNÁNDEZ concluye el estudio de la protección del menor víctima, ocupándose del problema de la sustracción parental transfronteriza de menores. Es decir, analizará aquellos supuestos en los que un menor es trasladado o retenido ilegalmente por uno de sus progenitores en otro Estado, vulnerando el derecho de custodia legal o judicialmente atribuido, o el mero derecho de visita legal o judicialmente establecido. La autora desarrolla las distintas opciones previstas en el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores —de aplicación, también, en el marco de la Unión Europea de forma simultánea con las reglas previstas en el artículo 11 del Reglamento 2201/2003, denominado Bruselas II bis—. VIDAL FERNÁNDEZ, desde un punto de vista material, valorará positivamente el Reglamento Bruselas II bis, ya que conforma un «instrumento idóneo para que las libertades de circulación y de establecimiento no se vean atacadas por la existencia de fronteras judiciales». Sin embargo, la autora entiende que ese no es el objetivo principal a alcanzar, sino la preservación del «superior interés del menor». Por esta ineficacia, VIDAL FERNÁNDEZ propone distintas soluciones, entre las que se encuentra la mediación familiar internacional o una mejora del funcionamiento del sistema previsto en el Reglamento.

Como ya anunciáramos, GARCÍA MEDINA se ocupa de la delimitación del concepto y del contenido del interés superior del menor. Para ello, el autor distingue entre la

idea de interés superior del menor como principio rector previsto en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996 y el contenido que se atribuye al mismo. De tal manera que, como principio rector, «ha de estar presente y ser inspirador de cada una de las actuaciones que se llevan a cabo en ese proceso de decisión que acaba, en general, en una sentencia», si bien el concretar en qué consiste exactamente ese interés resulta una tarea especialmente compleja. En base a la normativa internacional —principalmente la Convención de Derechos del Niño de 1989— y nacional —en el paso de España, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor—, ese contenido no será otro que el respeto y la garantía de los derechos y libertades fundamentales del menor. Sin embargo, en las situaciones denominadas «hard cases» no siempre es fácil determinar cuál es la mejor solución para preservar sus derechos y libertades —el autor expone, entre otros, los problemas que surgen en torno al derecho a la intimidad del que el menor es titular y la necesidad de que preste declaración en determinados procesos de divorcio o separación de los progenitores—, de manera que los Jueces y Tribunales deben evaluar la situación. Siendo esto así, se reconoce una gran discrecionalidad judicial que sólo se verá limitada por la obligación de argumentar su decisión.

Junto con los colectivos estudiados, también son especialmente vulnerables las personas con discapacidad. De la concreción de su condición de vulnerables y de las medidas de protección se encarga GANZENMÜLLER ROIG. El autor analizará, principalmente, la llamada Convención del siglo XXI —Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la ONU de 13 diciembre de 2006, firmada por la Unión Europea el 30 de marzo de 2007—, con la que, más que reconocer nuevos derechos, se pretende garantizar el ejercicio de los derechos comunes en condiciones de igualdad a las personas con discapacidad. Para ello se prevén situaciones particulares en las que debido a su condición de persona con discapacidad pueden encontrarse, y que no hacen más que agravar su posición de vulnerabilidad, como es la pobreza, situaciones de riesgo y emergencia humanitaria, explotación, violencia y/o abuso, etc. En concreto, el autor se detendrá en los supuestos de tortura y malos tratos, ya que no es extraño encontrar a personas con discapacidad bajo el control absoluto de otra; suelen ser objeto de formas de inmovilización en los casos de detención y reclusión, frecuentemente sufren abusos y violaciones de su derecho a la integridad física y mental mediante experimentos o tratamientos dirigidos a corregir y aliviar discapacidades concretas, etc. Teniendo en cuenta las múltiples situaciones de riesgo ante las que se encuentran las personas con discapacidad, GANZENMÜLLER ROIG concluye manifestando la necesidad de que estas personas tengan acceso a la Justicia para que puedan hacer valer sus derechos. Así lo exige la Convención, pero en la legislación española se prevé de manera vaga y dispersa.

Completando lo analizado respecto a los colectivos de menores y de personas con discapacidad, LÍBANO BERISTAIN lleva a cabo un estudio, desde el punto de vista procesal, de las infracciones perseguibles a instancia de parte cuando la víctima es menor de edad o incapaz. Tal y como señala la autora, en los delitos no perseguibles de oficio es el ofendido por los hechos delictivos quien está facultado para iniciar el proceso, si bien, en los casos estudiados por ella, la capacidad para actuar deberá completarse mediante un representante legal. En este contexto, LÍBANO BERISTAIN expone los eventuales problemas que pueden producirse en el acto de inicio del procedimiento, según la infracción penal enjuiciada sea pública o perseguible a instancia de parte, en aquellos casos en los que el agraviado

haya sido un «impúber» o un menor emancipado. Además, señalará que, en el caso de los incapaces, la determinación de qué sujetos lo son y cuáles no es compleja, ya que no existe correlación con la declaración de incapacidad civil. Concluye su aportación exponiendo algunas de las peculiaridades que se producen en los procesos en los que se enjuicia un delito privado, defendiendo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal intervenga cuando se enjuicie un delito de calumnias o de injurias, del que es víctima un menor o incapaz, bastando, incluso, con la denuncia de aquél para iniciar el proceso.

Dentro de la obra, conforman otro bloque a destacar los capítulos dedicados a la violencia de género<sup>(2)</sup>. De este modo, inicia el estudio GÓMEZ TOMILLO planteando los posibles conflictos que pueden producirse entre los deberes de denuncia y de confidencialidad, propios de los profesionales sanitarios. Y es que, en el transcurso de su actividad laboral, no es difícil que detecten o directamente tengan conocimiento de actos delictivos, de los que han sabido sólo por su condición profesional. Así, el autor entiende que, en la actualidad, se otorga libertad al profesional de la sanidad en lo que a la denuncia de los hechos delictivos se refiere. Por ello, propone una regulación legal que, entre otros aspectos, proporcione a los pacientes confianza hacia los profesionales sanitarios pero también seguridad jurídica a éstos respecto de cuál es la conducta a seguir. GÓMEZ TOMILLO considera que no es viable la previsión de una obligación general de denuncia, ya que sería incompatible con el deber-derecho de secreto profesional y los convertiría en «una especie de agentes del Estado». De manera que defiende la existencia de un deber jurídico sólo en aquellos supuestos en los que se detecte que un «paciente no se encuentre en condiciones de autoprotgerse o de formarse un juicio sobre la trascendencia real de lo acaecido». Siendo esto así, no estaría justificada la obligación de denuncia sistemática de todo acto de violencia contra una mujer.

Continúa SENÉS MOTILLA llevando a cabo un estudio sobre la especialización judicial en este ámbito, materializada en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La autora considera que dicha especialización «no está suficientemente justificada desde el punto de vista técnico-jurídico», lo que entiende se ha demostrado en las numerosas cuestiones de competencia promovidas desde su creación a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. En este sentido, la autora defiende la aprobación de una reforma en la que se delimite la competencia de los Juzgados de Violencia con rigor técnico-jurídico, al tiempo que se concreten los tipos penales de los que debe ocuparse, dejando fuera aquellos que resultan «irreconciliables con la realidad que comporta la violencia de género» e incluyendo otros fundamentales, como es el del quebrantamiento de condena o de medida cautelar.

Por su parte, MARTÍNEZ ESCRIBANO se detiene en los aspectos civiles de las crisis matrimoniales cuando se enmarcan en un caso de violencia de género. De este modo, la autora expondrá las distintas consecuencias jurídicas previstas en los supuestos de separación y divorcio, valorando su adecuación cuando los anteriores se producen en un contexto de violencia de género. Al respecto, critica la ausencia de normas civiles adaptadas a estas

---

(2) Si bien, debemos advertir, no abordan el habitual análisis de los aspectos relacionados con la tutela jurisdiccional, estudiado ampliamente por la doctrina, en general, y por la propia DE HOYOS SANCHO, en particular, en una obra colectiva anterior, en la que participaba gran parte del equipo de profesionales aquí intervinientes —*Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 845—.

situaciones, existiendo sólo una alusión a la violencia de género en el ámbito de la guarda y custodia de los hijos. Siendo esto así, MARTÍNEZ ESCRIBANO advierte que «la violencia de género no se configura como un elemento determinante para el reconocimiento de derechos u obligaciones en la crisis matrimonial», salvo en determinadas ocasiones en lo que a los hijos se refiere. Considera necesario potenciar los acuerdos prematrimoniales donde se establezcan las consecuencias derivadas de una eventual ruptura, evitando que una separación o divorcio de mutuo acuerdo se realice con vicio en el consentimiento, originado por una situación de violencia de género. En definitiva, advierte que el mero establecimiento de unos Juzgados especializados en violencia de género no es suficiente si no se prevén herramientas legales adecuadas a los supuestos con los que dichos Juzgados se van a encontrar.

De la posición de vulnerabilidad de las mujeres en el ámbito laboral se ocupará SERRANO ARGÜELLO. La autora relacionará la vulnerabilidad atribuida a determinadas mujeres víctimas de los delitos de violencia de género, situaciones de explotación y de trata de seres humanos, con los actos discriminatorios de que son objeto, señalando la posibilidad de que existan casos de discriminación múltiple por contar con otro rasgo de especial vulnerabilidad, como la etnia, la religión, la discapacidad, la edad o la exclusión social. Ante este panorama SERRANO ARGÜELLO rechaza como única medida la implantación de acciones de tutela —las únicas vigentes en la actualidad—. En este sentido, considera imprescindible conocer los motivos por los que la mujer llega a una situación de pobreza, convirtiéndola en un colectivo vulnerable. Bajo esta idea, expone las distintas medidas que en el ámbito del Derecho Comunitario se han llevado a cabo, analizando su implantación efectiva en el ordenamiento jurídico español.

Especial importancia ostenta también el estudio que se lleva a cabo de cuestiones procesales, como la protección de testigos o la protección de datos obtenidos en el proceso, las cuales afectan a todas las víctimas, con mayor incidencia a las especialmente vulnerables.

De la primera de las cuestiones citadas se ocupará JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, quien defiende la armonización de las políticas y programas relativos a los testigos en el ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea. De este modo, alaba los últimos movimientos efectuados en el ámbito comunitario, concretados en la Propuesta de Directiva de la orden de protección europea, aprobada el 23 de septiembre de 2011 por los Ministros de Justicia de la Unión Europea. El autor afirma que, de aprobarse, permitirá proteger de forma efectiva a los sujetos que ostentan la doble condición de testigo y de víctima o afectado por el delito. No obstante, critica la regulación prevista en el ordenamiento jurídico español, ya que se ha prestado atención sólo a la vulnerabilidad de ciertas víctimas, como son las mujeres víctimas de violencia de género y los menores, olvidándose de otros colectivos necesitados también de protección y recogidos en la normativa comunitaria.

De la otra de las cuestiones citadas, el estudio de la protección de los datos personales de las víctimas, se encargará TORIBIOS FUENTES. Y es que, como señala el autor, cualquier proceso penal supone un auténtico repositorio de datos personales. Esto puede lesionar el derecho fundamental a la «autodeterminación informática», reconocido en el artículo 18.4 de la Constitución española. Como es sabido, este derecho otorga al sujeto el poder de controlar el uso y destino de sus datos personales, evitando así «su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad», por lo que implica la imposición de deberes a terceros, como por

ejemplo el deber de informar sobre el destino y uso de los datos recogidos. Tras exponer la regulación de este derecho en el proceso penal, advierte la existencia de una colisión entre el mismo y el derecho a la publicidad del proceso, reconocido dentro de la tutela judicial efectiva. Esta confrontación se dirime a favor del derecho a la autodeterminación informativa de las personas físicas, si bien habrá que tratar de ceder sólo en lo estrictamente necesario para que puedan satisfacerse ambos derechos, respetando el principio de proporcionalidad.

ARMENTA DEU analiza el Código de Buenas Prácticas para la protección de las víctimas vulnerables en Europa, nacido en el seno de una Ayuda Europea de la Comisión de Justicia sobre «La protección de la víctima en los sistemas penales europeos: los menores como víctimas especialmente vulnerables». La autora expone los distintos derechos y aspectos procesales que deben estar presentes e inspirar a las legislaciones nacionales —derecho a recibir información, derecho de asistencia específica y gratuita, derecho a la protección y derecho a indemnización— según dicho Código, no sin antes aclarar los conceptos de víctima y de víctima especialmente vulnerable. Señala ARMENTA DEU que en el marco europeo se quiere potenciar la participación de la víctima en el proceso, de manera que se protejan sus intereses legítimos en el mismo, lo que se lleva a cabo mediante el denominado «derecho de audiencia». Además, considera oportuno potenciar la formación de las personas intervinientes en el proceso, de manera que cuenten con los conocimientos necesarios para tratar con víctimas, sobre todo con aquellas especialmente vulnerables. En la línea de proteger a la víctima, se prevé también facilitar la declaración de aquellas víctimas que residen en un Estado miembro diferente a aquel en el que se ha cometido el delito, mediante el uso de videoconferencia e instrumentos de cooperación judicial.

Tras el estudio de las garantías y los derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el ordenamiento jurídico español y en el Derecho Comunitario, ARANGÜENA FANEGO analiza la eficacia transnacional de las medidas de vigilancia y de protección establecidas mediante la Decisión Marco sobre la orden europea de vigilancia o sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional, aprobada en 2009, y la Directiva que regula la orden europea de protección en materia penal, de 2011. La autora realiza una valoración positiva de ambas iniciativas. Entiende que con la Decisión Marco se evita una situación de discriminación entre los ciudadanos europeos en atención a su nacionalidad, si bien ahora es necesario que se implemente en los ordenamientos jurídicos nacionales. Considera, además, que la Directiva es ciertamente positiva por aplicarse a toda clase de hechos delictivos, aunque critica la falta de exigencia a los Estados miembros de introducir medidas de protección, comunes y uniformes, en todo el territorio de la Unión, aunque reconoce que en la transposición a los Estados miembros resulta necesaria una «habilidad técnica considerable», con el objeto de respetar los ordenamientos jurídicos nacionales.

BARONA VILAR, CASTILLEJO MANZANARES y MARTÍN DIZ analizan la posibilidad de acudir a la mediación penal. Al respecto, BARONA VILAR Y CASTILLEJO MANZANARES apuestan por su aplicación también en los supuestos en los que la víctima es especialmente vulnerable, mientras que MARTÍN DIZ duda de su adecuación.

En efecto, BARONA VILAR señala la importancia exponencial que este instrumento ha ido adquiriendo en determinados casos, debido a que trata de favorecer la reconstrucción de la paz social lesionada por el hecho delictivo a través del diálogo, buscando la repa-

ración del daño y la prevención especial. La autora lleva a cabo una exposición de los tipos de mediación y de su cabida en nuestro ordenamiento jurídico, proponiendo, finalmente, la creación de una Ley de mediación penal. Dicha Ley debería regular qué es la mediación, cuáles son sus principios y elementos, así como el procedimiento y las consecuencias derivadas de obtener, o no, un acuerdo. La autora concluye su intervención advirtiendo que la delimitación objetiva y subjetiva de la mediación debe dejarse en manos de Jueces y Tribunales, de manera que sean éstos los que la recomienden, o no, a unas víctimas determinadas, evitando así la cosificación de las víctimas por parte del legislador.

CASTILLEJO MANZANARES continúa con este estudio, centrándose en la mediación para los supuestos de violencia de género. La autora señala cómo este instrumento de resolución de conflictos está previsto en materia de familia, desde la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 5/2005, de 8 de julio, y sin embargo se prohíbe cuando se producen episodios de violencia de género, sin ningún tipo de matización, en contra de lo que propone la psiquiatría especializada. La autora entiende imprescindible valorar el apoyo social con el que cuenta la víctima, así como los recursos psicológicos de afrontamiento, entre otros, para determinar si, efectivamente, la mediación se llevaría entre dos sujetos con voluntad.

Por su parte, MARTÍN DIZ expone los problemas y dificultades que implica la mediación penal cuando existe una víctima especialmente vulnerable. El autor, tras un estudio exhaustivo de la mediación y de la condición de víctima especialmente vulnerable, considera que existen algunos efectos beneficiosos para ésta en la mediación, como son el menor coste temporal y económico —evitando que se produzca una victimización secundaria— y el alto grado de cumplimiento, y por lo tanto de reparación de la víctima. Sin embargo, encuentra también aspectos negativos que deben valorarse. Y es que resulta habitual que la víctima especialmente vulnerable ostente una posición débil frente al victimario, actuando en ocasiones sin pensar en su propio beneficio sólo para solucionar el conflicto. Teniendo en cuenta lo anterior, MARTÍN DIZ analiza la casuística —menores, mayores, inmigrantes, incapaces, dependientes/enfermos y violencia de género—, concluyendo lo que ya hemos adelantado: la mediación no es recomendable debido a la desigualdad existente entre las partes. En este sentido considera que, de admitirse, deberían establecerse las medidas necesarias para garantizar la igualdad y eliminar los problemas ante los que se enfrenta la víctima.

Otro modo de resolver el conflicto es a través de la llamada conformidad o acuerdo. Al respecto, GALAÍN PALERMO propone una modificación en el sentido de que la reparación del daño sea una respuesta penal. Y es que el autor entiende que sólo se debe alcanzar un acuerdo de resolución del conflicto penal respetando los principios del Estado de Derecho y haciendo partícipes a los protagonistas del delito: víctima y autor. Considera GALAÍN PALERMO que sólo la reparación pactada con la víctima debe ocupar un lugar en la punibilidad porque cumple con los fines materiales —como la protección de los bienes jurídicos— y los fines, preventivo general y especial, propios de la pena. De este modo, la reparación sería un «instituto del sistema penal funcional para el autor de un delito», ya que valora el esfuerzo del autor de reparar voluntariamente a la víctima mediante un comportamiento positivo y porque le permite «librarse del proceso y del reproche de culpabilidad». En estas condiciones, la víctima también se vería satisfecha porque ha participado en la decisión.

Terminamos nuestra reseña aludiendo al análisis de Derecho Comparado aportado por D'AGOSTINO, DAVO, FULCHIRON y ALVES COSTA, quienes nos aproximan a los ordenamientos jurídicos italiano, francés y portugués, en lo que a la protección y garantía de las víctimas especialmente vulnerables se refiere.

Así, D'AGOSTINO muestra el modelo italiano, calificándolo de insuficiente. El autor advierte que la protección de la víctima especialmente vulnerable en el proceso penal se concentra en el ámbito de las medidas cautelares personales y en lo relacionado con su declaración testifical. De este modo, desde 2001 se han ido incorporando medidas cautelares como el alejamiento del domicilio familiar o la prohibición de acercarse a determinados lugares, pero D'AGOSTINO critica que no puedan solicitarse directamente por la víctima ante el Juez. En cuanto a la declaración de la víctima como prueba, con el objeto de evitar una victimización secundaria, se prevé la posibilidad de que declare con anterioridad a que se produzca el juicio oral, sin que tenga que repetir su testimonio, aunque sólo en casos determinados por la Ley, lo que supone que sólo las víctimas de los delitos previstos sean consideradas vulnerables. El autor considera que hubiera sido deseable que se atribuyera al magistrado la valoración de la vulnerabilidad de la víctima, para evitar que sujetos que sí lo son se queden fuera de dicha protección por el simple de que el delito del que han sido objeto no está previsto en el catálogo de la Ley.

DAVO se ocupará del modelo francés, centrándose en la protección penal. De este modo, señala que en este ordenamiento jurídico se considera especialmente vulnerables a «las personas mayores, los menores, los discapacitados, los incapacitados, las personas en situación de debilidad por su posición profesional (dependencia jerárquica) y cualquier vulnerabilidad que pueda ser permanente o continua, siempre que pueda ser probada», así como a las víctimas de las sectas. Teniendo en cuenta esto, la autora expone las dos vías mediante las cuales se les protege en el ámbito penal, que son mediante la tipificación de infracciones específicas y a través de circunstancias agravantes. Tras ello, concluye que la regulación de la protección de las víctimas vulnerables no es todo lo eficaz que se desearía, ya que existen problemas a la hora de probar la vulnerabilidad de los sujetos víctimas. Parece aconsejable, tal y como señala la autora, crear subcategorías dentro de la propia de «vulnerable» para dar una respuesta concreta según las necesidades que presenten cada uno de los colectivos.

El estudio del ordenamiento jurídico francés lo completa FULCHIRON, analizando la protección de los mayores desde una perspectiva civil. El autor considera que la protección de las personas mayores vulnerables supone uno de los principales desafíos de las sociedades del momento —sobre todo europeas— debido al progresivo envejecimiento de la población. Sin embargo, critica, no existe una Declaración Universal o Convenio Europeo que ofrezca a los legisladores nacionales una guía a la que seguir. Tampoco el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto, limitándose su jurisprudencia a cuestiones procesales relacionadas con el internamiento de oficio en un establecimiento. Ante este panorama, FULCHIRON propone una relectura del Derecho francés en base a las Recomendaciones, principalmente las aprobadas en el Consejo de Europa de 1999, así como el Convenio de los derechos de las personas con discapacidad. Considera el autor que debe rechazarse un sistema que restrinja automáticamente la capacidad de las personas mayores vulnerables, siendo más acertado separar la protección civil

de otros aspectos como son el derecho al voto o a testar, abogando por mantener la mayor capacidad posible.

El apartado de Derecho Comparado lo concluye ALVES COSTA, aportando unas indicaciones sobre el marco jurídico portugués. El autor parte de la exposición del marco común general, aplicable a todas las víctimas, para llevar a cabo posteriormente un estudio sobre las particularidades que existen en torno a cada una de las consideradas especialmente vulnerables: mujeres, menores, ancianos, incapaces, inmigrantes y trabajadores. De este modo, señala el reconocimiento de derechos intraprocesales con los que cuentan las víctimas, teniendo el Ministerio Público una especial obligación de protección de ciertas categorías. Resulta novedoso el tratamiento de los trabajadores asimilado a los menores o incapaces, el cual fundamenta en su posición de inferioridad frente a la entidad patronal, pudiendo ser objeto de tratos abusivos que afectan a su dignidad, como persona.

Tras esta presentación de la obra dirigida por DE HOYOS SANCHO, sólo nos resta manifestar nuestra valoración positiva de ella. Entendemos que se trata de un trabajo que satisface un área de estudio que se encontraba pendiente de explorar de forma exhaustiva. En él se recoge la evolución histórica de las distintas medidas protectoras que en el ámbito de la Unión Europea, principalmente, se han ido aprobando con el fin de proteger a las víctimas consideradas especialmente vulnerables. Pero su verdadero valor añadido se encuentra en las propuestas señaladas.

Parece que no cabe duda de la necesidad de crear un «Estatuto de la Víctima» más completo que el recientemente aprobado por la Directiva de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, el 12 de septiembre de 2012. Es una exigencia generalizada que, en él, además de sus derechos y obligaciones comunes, se tengan en cuenta las particularidades de cada uno de los colectivos que integran la categoría de especialmente vulnerables, de tal manera que alcance una protección efectiva y, al mismo tiempo, se evite una sobreprotección que redunde en el ahondamiento de la vulnerabilidad.



## NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista de Derecho Penal publica, con una periodicidad cuatrimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Penal. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. ***Dirección de envío:*** Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la *Revista de Derecho Penal* (Lex Nova, C/General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: gloria.sanchez@thomsonreuters.com. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
2. ***Compromiso de publicación y originalidad:*** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
3. ***Exclusividad:*** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
4. ***Evaluación:*** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
5. ***Extensión y formato:*** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres (contando con los espacios). Preferiblemente, el interlineado será a doble espacio

y las páginas se numerarán correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenece.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.

ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.

RECURSO DE INTERNET: <URL>.

7. **Jurisprudencia:** Los trabajos destinados a la Sección «Comentarios de Jurisprudencia», además de contar con el contenido recogido en los números 5 y 6 anteriores, deberán ir precedidos de la cita textual total o parcial (en los términos relevantes para el comentario) de los fundamentos de Derecho de la sentencia comentada.
8. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.